Estudios Jurídicos

Tratado de Derecho de la vivienda

1.ª edición

Matilde Cuena Casas
Julio Tejedor Bielsa
(Directores)

Boletín Oficial del Estado

TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

Estudios Jurídicos, 23

TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

DIRECTORES:

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense.
Julio Tejedor Bielsa
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2025

Primera edición: octubre de 2025

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

© De los contenidos, sus autores
© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2025

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

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-25-119-8(edición en papel)
144-25-120-0 (edición en línea, PDF)
144-25-118-2 (edición en línea, Epub)
ISBN: 978-84-340-3090-9
Depósito legal: M-19628-2025

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

SUMARIO

Páginas

LISTADO DE AUTORES. XIII

ABREVIATURAS XIX

PRESENTACIÓN. *Directores de la obra* XXXI

PRÓLOGO. *Sergio Nasarre Aznar* XXXIX

SECCIÓN 1. DERECHO A LA VIVIENDA

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

Coordinación: Julio Tejedor Bielsa

A. **Marco general del derecho a la vivienda.** *Julio Tejedor Bielsa* 49

B. **El derecho a la vivienda en el contexto internacional** 87

B.1 **La dimensión americana y su relación con el caso argentino.** *Christian Alberto Cao* 87

B.2 **El derecho a la vivienda en el derecho comparado europeo: modelos e imitaciones.** *Sabrina Ragone y Valentina Capuozzo* ... 107

C. **La tutela del derecho a una vivienda digna en el Derecho y en la jurisprudencia de la Unión Europea.** *José María Fernández Seijo* 127

D. **Objeto. Concepto de vivienda habitual. Delimitación de otras figuras afines.** *Gemma Caballé Fabra* 145

Páginas

E. **Acción pública en materia de vivienda. El problema de la distribución de competencias en materia de vivienda e introducción a la vivienda social, vivienda asequible y el sinhogarismo.** *Nuria Lambea Llop* 159

F. **Sujetos. Colectivos (vulnerables/menores). Grandes tenedores.** *Nicolás Alejandro Guillén Navarro* 183

G. **Función social de la propiedad vinculada al derecho a la vivienda.** *Juli Ponce Solé* 207

H. **Orden de distribución de competencias en materia de vivienda.** *Luis Pomed Sánchez* 233

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

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

Coordinación: Enrique Bueso Guirao y Sorcha Edward (Housing Europe)

A. **El derecho a la vivienda en el contexto europeo.** *VV. AA.* 261

B. **Modelos comparados de provisión, de tenencia de vivienda en el mercado y de intervención en el mercado de la vivienda.** *VV. AA.* ... 275

C. **El desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa. El promotor y gestor público de vivienda.** *VV. AA.* 301

SECCIÓN 3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MERCADO DE LA VIVIENDA

Coordinación: José García Montalvo y José María Raya

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

A. **Análisis económico del mercado de la vivienda.** *José Garcia Montalvo y Josep María Raya* 313

Páginas

SECCIÓN 4. VIVIENDA COMO OBJETO DE DERECHOS

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

Coordinación: María Teresa Alonso Pérez

A. **La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual.** *Loreto Carmen Mate Satué* 343

B. **Garantías por pagos a cuenta.** *Jesús Estruch Estruch* 365

C. **Responsabilidad civil por falta de conformidad de la vivienda adquirida a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra.** *María Teresa Alonso Pérez* 397

D. **Transparencia urbanística.** *Aurelio Barrio Gallardo* 429

V. MODOS DE ADQUIRIR LA VIVIENDA HABITUAL

Coordinación: Ana Lambea Rueda

A. **Régimen general: promoción pública y privada.** *Vega María Arnáez Arce* 455

B. **Adquisición del promotor y autopromoción individual.** *Adela Serra Rodríguez* 481

C. **Cooperativas: adjudicación en propiedad y cesión de uso de la vivienda. Otros supuestos.** *Ana Lambea Rueda* 511

VI. FORMAS DE TENENCIA DE LA VIVIENDA HABITUAL

Coordinación: Carmen Callejo Rodríguez y Alejandro Fuentes Lojo

A. **Propiedad de la vivienda.** 543

A.1 **Propiedad individual.** *Amelia Sánchez Gómez* 543

A.2 **Propiedad horizontal.** *Amelia Sánchez Gómez* 563

A.3 **La protección constitucional de la propiedad privada.** *Hector Simón Moreno* 585

Páginas

B. **La tenencia arrendaticia.** 607

B.1 **Aspectos prácticos relevantes en la regulación del contrato de arrendamiento de vivienda.** *Carmen Callejo Rodríguez* 607
B.2 **Intervención del mercado del alquiler. Control de rentas y limitación de garantías.** *Elga Molina Roig* 629
B.3 **Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario.** *Matilde Cuena Casas* 659
B.4 **Examen crítico de las últimas reformas legales sobre la regulación de arrendamientos de vivienda.** *Alejandro Fuentes-Lojo Rius* 677

C. **Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie.** *Josep M.ª Espinet Asensio* 695

D. **¿Nuevas formas de tenencia y alojamiento? «Cohousing, coliving».** *Ángel Juárez Torrejón* 725

E. **Modalidades de uso de la vivienda en los Derechos forales.** *Verónica San Julián Puig* 749

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

Coordinación: María Goñi Rodríguez de Almeida

A. **Vivienda habitual y crédito hipotecario** 783

A.1 **Particularidades del crédito hipotecario para vivienda habitual. Panorama general.** *Fernando Gomá Lanzón* 783
A.2 **Pluralidad de fuentes de regulación de los créditos hipotecarios e inmobiliarios: delimitación.** *Helena Díez García* 795
A.3 **Acceso al crédito hipotecario. Deber de Transparencia.** *Segismundo Álvarez Royo-Villanova* 821
A.4. **Crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento hipotecario.** *Matilde Cuena Casas* 845
A.5. **Gestión público-privada de situaciones de crisis.** *Ana María De la Encarnación* 875
A.6. **Hipoteca inversa y vivienda habitual: su fracaso histórico y su viabilidad.** *Pedro Garrido Chamorro.* 899

B. **Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía.** *Beatriz Sáenz de Jubera Higuero* 925

C. **«Crowdfunding» inmobiliario y vivienda habitual.** *Teresa Asunción Jiménez París* 953

Páginas

VIII. VIVIENDA HABITUAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Coordinación: Diego de Vigil Quiñones

A. **Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda.** *Diego Vigil de Quiñones Otero* 981

B. **Tratamiento registral de vivienda protegida.** *Rocío Perteguer Prieto* 1001

C. **Vivienda habitual y propiedad horizontal. Especial referencia a la problemática de las comunidades con viviendas turísticas.** *Juan Pablo Murga Fernández* 1015

D. **Cooperativas de vivienda y Registro de la Propiedad.** *María Paula Rodríguez Liévano* 1051

E. **Protección registral de la vivienda familiar: la constancia registral del carácter de vivienda familiar y sus consecuencias en ejecuciones forzosas.** *María Goñi Rodríguez del Almeida* 1081

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

Coordinación: Clara Gago Simarro

A. **Disposición «mortis causa» de la vivienda habitual en propiedad.** *Clara Gago Simarro* 1107

B. **Subrogación «mortis causa» en la vivienda arrendada.** *Clara Gago Simarro* 1121

C. **Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos.** *Clara Gago Simarro* 1133

D. **Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad.** *Teresa López Tur* 1155

Páginas

SECCIÓN 5. VIVIENDA COMO PROBLEMA EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA Y FAMILIAR

X. PATOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA

Coordinación: Cristina Argelich Comelles

A. **Usos anómalos.** *Cristina Argelich Comelles* 1185
B. **Discriminación residencial.** *Cristina Argelich Comelles* 1205
C. **Gentrificación.** *Cristina Argelich Comelles* 1221
D. **En particular, el uso turístico de la vivienda.** *M.ª Nélida Tur Faúndez* ... 1239
E. **Acoso inmobiliario.** *Cristina Argelich Comelles* 1261

XI. LA REACCIÓN FRENTE A SITUACIONES PATOLÓGICAS

Coordinación: Francisco López Simó

A. **Remedios procesales civiles de la vivienda en alquiler u ocupada en precario: los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario.** *Felip Alba Cladera* 1277
B. **El problema de la ocupación ilegal en España.** *Matilde Cuena Casas* 1321
C. **Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (I): El juicio verbal para el desahucio exprés de «okupas».** *Francisco López Simó* 1343
D. **Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (II): El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos.** *Jaime Vegas Torres* 1375
E. **Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (I): Praxis del delito de allanamiento de morada.** *Vicente Magro Servet* 1407
F. **Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (II): El delito de usurpación de inmuebles. Procedimientos penales para recuperar la posesión de un inmueble: diligencia de entrada y registro y medidas cautelares.** *Carlos Viader Castro* 1431
G. **Remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles: La actuación de las denominadas «empresas desokupas».** *Silvia Pereira Puigvert* 1455
H. **La movilización de la vivienda vacía, entre el fomento y la coerción.** *Cristina Argelich Comelles* 1467

Páginas

XII. VIVIENDA HABITUAL Y EJECUCIÓN FORZOSA

Coordinación: Ignacio Cubillo López

A. **Embargabilidad de la vivienda. El empresario de responsabilidad limitada.** *Bárbara Sánchez López* 1485

B. **La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria.** *Ignacio Cubillo López* 1527

C. **La ejecución de la vivienda habitual en el concurso de acreedores. Ejecución y exoneración del pasivo o régimen de segunda oportunidad.** *Matilde Cuena Casas* 1563

D. **Visión panorámica y recapitulatoria de los mecanismos procesales de protección a las personas vulnerables.** *Felip Alba Cladera* 1593

XIII. VIVIENDA FAMILIAR

Coordinación: Carmen López Rendo

A. **Adquisición de la vivienda familiar.** *Camino Sanciñena Asurmendi* 1611

B. **La vivienda familiar en la crisis matrimonial y de pareja.** *Carmen López-Rendo Rodríguez* 1635

C. **Disposición de la vivienda familiar.** 1669

C.1 **Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio.** *Ignacio Fernández Chacón* 1669

C.2 **Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial.** *Ignacio Fernández Chacón* 1691

D. **Derecho y contratos sobre la vivienda familiar.** 1719

D.1 **Derecho y contratos sobre la vivienda familiar: Contrato de arrendamiento: Contrato de Arrendamiento (arts. 12, 15 y 16 LAU).** *Carmen López-Rendo Rodriguez* 1719

D.2 **El contrato de alimentos.** *María José Azaustre Fernández* 1749

E. **Efectos fiscales derivados de la atribución de la vivienda familiar.** *Carmen López-Rendo Rodriguez* 1769

E.1 **La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales y su adjudicación en la liquidación del régimen.** 1769

E.2 **Efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/familiar en la liquidación del régimen de separación de bienes. Extinción de condominio.** 1787

E.3 **La adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y/o de la indemnización del artículo 1438 CC.** 1813

Páginas

SECCIÓN 6. VIVIENDA COMO OBJETO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

XIV. VIVIENDA SOCIAL COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Coordinación: Juli Ponce Solé

A. **Vivienda social como servicio de interés general en el derecho de la Unión Europea y en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.** *Juli Ponce Solé y Aleix Canals* 1827

XV. ACCIÓN DE FOMENTO Y ACCESO A LA VIVIENDA

Coordinación: Felipe Iglesias González

A. **Evolución de los planes de protección pública a la vivienda y efectos del reparto de competencias.** *Felipe Iglesias González* 1853

B. **La coexistencia de planes estatales y autonómicos de protección pública a la vivienda y efectos.** *Felipe Iglesias González* 1889

C. **Efectos de la Ley estatal de vivienda sobre los planes de protección pública a la vivienda.** *Felipe Iglesias González* 1895

XVI. VIVIENDA PROTEGIDA Y ACCESO A LA VIVIENDA

Coordinación: Elisa Moreu Carbonell

A. **Vivienda protegida. Transición de la vivienda en propiedad a la vivienda en alquiler y otras formas de tenencia.** *Felipe Iglesias González* 1901

B. **Evolución del régimen jurídico general de la vivienda protegida.** *Nicolás Alejandro Guillén Navarro* 1925

C. **La vivienda social en España.** *M.ª Asunción Casabona Berberana* ... 1945

Páginas

XVII. POLÍTICA DE VIVIENDA Y URBANISMO

Coordinación: Marcos Vaquer Caballería

A. **Planeamiento urbanístico y vivienda.** *Marcos Vaquer Caballería* ... 1967
B. **Reservas de vivienda protegida.** *Daniel B. Entrena Ruiz* 1987
C. **Vivienda dotacional.** *Rafael Fernández Bautista* 2009
D. **Los derechos urbanísticos de realojamiento y retorno.** *Judith Gifreu Font* 2023
E. **Deber de conservación y rehabilitación.** *Gerardo García-Álvarez* 2049

XVIII. INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO Y DE LA VIVIENDA

Coordinación: Andrés Boix Palop

A. **Patrimonios públicos de suelo y de vivienda.** 2075
A.1 **Patrimonios públicos de suelo y vivienda.** *Judith Gifreu Font* ... 2075
A.2 **Modelos comparados de funcionamiento del patrimonio público de suelo o instrumentos equivalentes en el entorno europeo y su empleo para la realización de políticas públicas de garantía del derecho a la vivienda: en especial, el ejemplo de Francia.** *Albert Ituren Oliver* 2101
B. **Sistema de control de precios.** 2119
B.1 **Incidencia de políticas públicas sobre el precio del suelo y su repercusión en la vivienda: liberalización, intervención pública y competencia.** *Joaquín López Vallés* 2119
B.2 **Los sistemas de control de precios de la vivienda, tanto para la compra como para el alquiler, ensayados en España: contenido, límites y evaluación.** *Claudia Gimeno Fernández* 2137
B.3 **Los sistemas de control de precios de la vivienda de alquiler en el entorno comparado.** *Andrés Boix Palop* 2161

XIX. LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA

Coordinación: Enrique Bueso Guirao y Juan Manuel Pérez Mira

A. **Problemática de la promoción y gestión pública de la vivienda en España.** *Enrique Bueso Gómez, Ana Silvestre Navarro y Enrique Bueso Guirao* 2189

Páginas

B. **Modalidades y régimen jurídico del Gestor Público de Vivienda.** *Enrique Bueso Gómez, Ana Silvestre Navarro y Enrique Bueso Guirao* 2209

C. **El régimen económico del gestor público de vivienda.** *Juan Manuel Pérez Mira* 2257

XX. CALIDAD DE LA VIVIENDA

Coordinación: Belinda López Mesa

A. **Calidad y condiciones de seguridad, funcionalidad y habitabilidad en viviendas.** *Marta Monzón Chavarrías y Julio Tejedor Bielsa* 2281

B. **La descarbonización del sector residencial: qué es y cuáles son sus retos en España.** *Belinda López Mesa y Carlos Beltrán Velamazán* 2295

C. **Vivienda, regeneración urbana y rehabilitación. Objetivos europeos y españoles y su implementación.** *Almudena Espinosa Fernández y Marta Gómez Gil* 2317

XXI. INSPECCIÓN DE VIVIENDA Y REGÍMENES SANCIONADORES

Coordinación: Juan Pemán Gavín

A. **La inspección en materia de vivienda.** *Francisco Javier Galicia Mangas* 2341

B. **Los regímenes sancionadores en materia de vivienda.** *Juan M.ª Pemán Gavín* 2363

XXII. FISCALIDAD DE LA VIVIENDA

Coordinación: M.ª Cristina Bueno Maluenda

A. **Adquisición y tenencia en propiedad de la vivienda.** *José María Salcedo Benavente* 2389

B. **La transmisión de la vivienda familiar.** *Lucía María Molinos Rubio y Miguel Diez Simón* 2415

Páginas

C. **Fiscalidad del arrendamiento de vivienda habitual.** *Sofía Borgia Sorrosal* 2441

D. **La rehabilitación de la vivienda para alquiler.** *Víctor Manuel Sánchez Blázquez* 2459

E. **Concepto de vivienda a efectos fiscales, y pérdida de la condición de vivienda habitual.** *José María Salcedo Benavente* 2485

F. **Fiscalidad de la vivienda vacía.** *Lucía Urbano Sánchez* 2509

G. **Las sociedades de inversión inmobiliaria: en particular, las SOCIMI y las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (EDAV).** *Cristina Bueno Maluenda* 2533

LISTADO DE AUTORES TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

DIRECTORES:

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

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

COORDINADORA GENERAL DE LA OBRA:

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

COORDINADORES:

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

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

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

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

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

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

AUTORES:

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

Vega María Arnaez Arce. *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto.*

María José Azaustre. *Profesora de Derecho romano. Universidad de Oviedo.*

Aurelio Barrio Gallardo. *Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.*

Carlos Beltrán Velamazán. *Investigador del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*

Andrés Boix Palop. *Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Valencia.*

Sofía Borgia Sorrosal. *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad Francisco de.*

Cristina Bueno Maluenda. *Profesora Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.*

Enrique Bueso Gómez. *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. · Carrau corporación.*

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

Gemma Caballé Fabra. *Investigadora postdoctoral en la Cátedra UNESCO d'Habitatge de la Universitat Rovira y Virgili.*

Carmen Callejo Rodríguez. *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*

Alex Canals Compan. *Profesor asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*

Christian Alberto Cao. *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires.*

Valentina Capuozzo. *Profesora en el Departamento de Ciencias políticas y sociales. Universidad de Bolonia.*

Asunción Casabona Berberana. *Doctora en Derecho y Jefa del Servicio de Patrimonio del Gobierno de Aragón.*

Ignacio Cubillo López. *Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Procesal de Córdoba.*

Helena Díez García. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León.*

Sorcha Edward. *Secretaria General de Housing Europe.*

Daniel B. Entrena Ruiz. *Profesor titular de Derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.*

Josep María Espinet Asensio. *Abogado Espinet Advocats.*

Almudena Espinosa. *Profesora Contratada Doctora del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*

Jesús Estruch Estruch. *Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valencia.*

Rafael Fernández Bautista. *Abogado y doctor en Derecho.*

Ignacio Fernández Chacón. *Profesor de Derecho civil. Universidad de Oviedo.*

José María Fernández Seijo. *Magistrado especialista en asuntos mercantiles. Titular del Juzgado Mercantil n.º 11 de Barcelona.*

Alejandro Fuentes-Lojo. *Abogado.*

Clara Gago. *Profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.*

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

Silvia Pereira Puigvert. *Profesora Agregada de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.*

Juan Manuel Pérez Mira. *Doctor en Economía. Socio director de AGES GPR. Consultor de sector público.*

Rocío Perteguer. *Registradora de la Propiedad.*

Johanne Pilippe. *Asistente de políticas Housing Europe.*

Alice Pittini. *Directora de investigación Housing Europe.*

Luis Pomed Sánchez. *Letrado Jefe de Doctrina Constitucional en el Tribunal Constitucional de España. Profesor titular (en excedencia) de Derecho administrativo.*

Juli Ponce Solé. *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*

Sabrina Ragone Prieto. *Profesora asociada en el Departamento de Ciencias políticas y sociales de la Universidad de Bolonia.*

José María Raya. *Catedrático de Economia en Tecnocampus, Universidad Pompeu Fabra.*

María Goñi Rodríguez de Almeida. *Profesora de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria.*

María Paula Rodríguez Liévano. *Doctora en Derecho. Investigadora Universitat Rovira i Virgili.*

Beatriz Sáenz de Jubera Higuero. *Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad de la Rioja.*

José María Salcedo. *Abogado especialista en Derecho fiscal.*

Verónica San Julián. *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra.*

Víctor Manuel Sánchez Blázquez. *Profesor Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

Bárbara Sánchez López. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.*

Camino Sanciñena Asurmendi. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.*

Adela Serra Rodríguez. *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.*

Ana Silvestre Navarro. *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia.*

Héctor Simón Moreno. *Profesor de Derecho Civil en la Universidad Rovira i Virgili. Director de la Cátedra de la UNESCO de vivienda.*

Nélida Tur Faundez. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Islas Baleares.*

Lucía Urbano Sánchez. *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad de Córdoba.*

Ana María de la Encarnación Valcárcel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.*

Marcos Vaquer Caballería. *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III.*

Carlos Viader Castro. *Magistrado.*

Diego de Vigil Quiñones. *Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil IEB-UCM.*

ABREVIATURAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense

Julio Tejedor Bielsa
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

PRÓLOGO

Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar
Catedrático de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgili

«in ea autem maiestate urbis et civium infinita frequentia innumerabiles habitationes opus est explicare. ergo cum recipere non possint areae planatae tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coegit devenire».
Vitruvio, De Architectura, Lib. II, 8, 19; 15 a. C.

«It is the supreme triumph of industrial civilisation that, in the huge cities which seem to have far too many houses, there is a hopeless shortage of housing».
G. K. Chesterton, The spirit of Christmas, The Thing, 1929

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

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

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

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

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

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

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

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

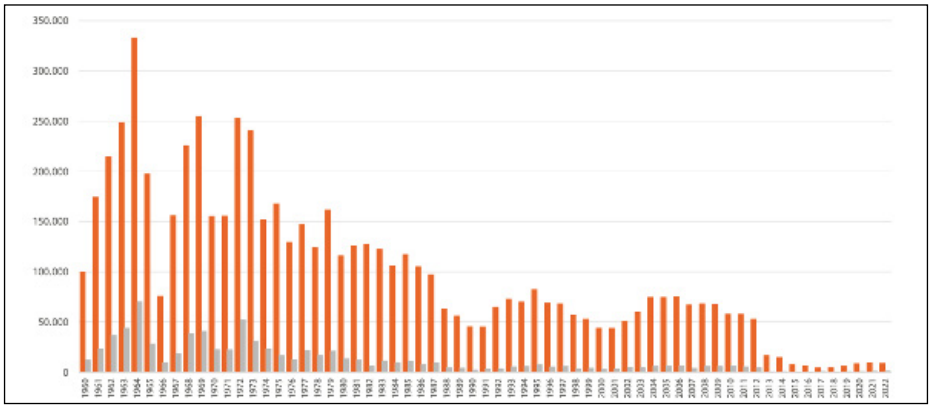
un 7 % y un 8 % anual desde 2015 (Banco de España, 2023), al tiempo que el control de rentas, de momento solo en vigor en Cataluña, está empeorando aún más la situación. Comprar una vivienda también es cada vez más caro, a pesar de que la regulación de la UE (como la Directiva 2014/17/UE transpuesta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

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

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

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

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



Fuente: García Montalvo et. al. 2023.

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

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

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

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

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

Acabo reseñando lo que me parece que falta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tarragona, agosto de 2024

Sección 1

Derecho a la vivienda

I

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

A. Marco general del derecho a la vivienda*

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

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

* Este trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

(10) Una exposición actualizada de la vivienda social como servicios de interés general en el ordenamiento de la Unión en Domínguez Martín, M., «Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general», en el volumen colectivo coordinado por Chinchilla Peinado, J. A., y López de Castro, García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid, pp. 113-123.

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

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

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

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

Las consecuencias de la configuración de la garantía pública de provisión de vivienda o alojamiento como servicio de interés económico general, según ha apuntado la doctrina, son diversas[11]. Así, la propia normativa

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

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

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

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

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

(12) Ponce Solé, J., «La provisión…», cit., 2008a, p. 202.

(13) Ponce Solé, J., «La provisión…», cit., 2008a, p. 203.

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

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

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

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

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

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

---

(16) Sobre la cuestión, López Ramón, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *REDC*, núm. 102 (2014), pp. 56-68; y «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», *RAP,* núm. 212 (2020), pp. 299-302; Nasarre Aznar, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 499-511; Chinchilla Peinado, J. A., «El derecho a la vivienda. La prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva», en el volumen colectivo coordinado por Chinchilla Peinado, J. A., y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid, 2024, pp. 72-74. Para una completa exposición de los diferentes niveles de construcción y tutela del derecho a la vivienda *vid.* Macho Carro, A., *Tutela multinivel del derecho a la vivienda,* CEPC, Madrid, 2024.

(17) López Ramón, F., *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 19; y, antes, Ponce Solé, J., «El derecho a la vivienda…», cit., 2008b: 80-102.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

(23) Tejedor Bielsa, J. C., «Régimen jurídico…», cit., 2010, pp. 336-339.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

(31) Macho Carro, A., *Tutela multinivel…,* cit., pp. 348-382.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(38) Menéndez Rexach, A., «Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: El deber de uso efectivo», en el volumen colectivo coordinado por Chincilla Peinado, J. A., y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid. 2024, pp. 149-196.

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

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

(41) Bassols Coma, M., «El derecho a la vivienda…», cit., p. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(49) Iglesias González, F., «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho local,* núm. 59, 2022, pp. 35-64; Vaquer Caballería, M., «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», *Revista d'estudis autonòmics y federals,* núm. 39, 2024, pp. 123-146; y Velasco Caballero, F., «Competencias estatales para la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda», en el volumen colectivo coordinado por Chincilla Peinado, J. A. y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid. 2024, pp. 23-48.

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

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

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

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

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

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

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

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

(53) Villar Ezcurra, J. L., *La protección pública a la vivienda,* Montecorvo, Madrid, 1981; García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda,* IEAL, Madrid, 1982, pp. 163-207; Gómez Jiménez, M. L., *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005,* Montecorvo-Grupo Pinar, Madrid, 2006, pp. 31-334; Bermejo Latre, J. L., «La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo XX», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 165-196; así como los diversos trabajos incluidos en AVS, 2009.

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

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

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

3. ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN POLÍTICAS DE VIVIENDA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(57) Iglesias González, F., *Administración pública y…,* cit., pp. 63-82.

(58) Iglesias González, F., *Administración pública y…,* cit., pp. 63-82.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

Aguado i Cudola, V. (2008), «La función inspectora y el régimen sancionador en materia de vivienda: Garantizar el buen funcionamiento de la legalidad», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Marcial Pons, Madrid.

Alonso Pérez, M. T. (Dir.) (2018), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda,* Aranzadi y Cátedra Zaragoza Vivienda, Pamplona.

Alli Aranguren, J.-C. (2011), «El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* núm. 268, pp. 69-121.

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

Argelich Comelles, C. (2023), *Ley por el derecho a la vivienda,* Aranzadi, Pamplona.

Bassols Coma, M. (1983), «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico,* núm. 85, 1983.

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

Beltrán de Felipe, M. (2000), *La intervención administrativa en materia de vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial,* Lex Nova, Valladolid.

Bermejo Latre, J. L. (2010), «La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo xx», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid.

Betrán Abadía, R. (2002), «De aquellos barros, estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista», *Acciones e investigaciones sociales,* núm. 16.

Blanco Barea, J. A. (2004), *Viviendas de protección pública (VPO). Tramitación administrativa y ayudas. Normativa estatal y autonómica,* Comares, Granada.

Burón Cuadrado, J. (2006), «El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 230.

— (2007), «Examen de la política de vivienda en Euskadi: situación actual y perspectivas», *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 79 (II).

— (2008), «Una política de vivienda alternativa», *Ciudad y Territorio,* núm. 155.

Chinchilla Peinado, J. A. (2024), «El derecho a la vivienda. La prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chinchilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid.

Domenech, G. (2024), «La verdadera función social del Derecho de propiedad», en *Almacén de Derecho,* https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada.

Domínguez Martín, M. (2024), «Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chinchilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda,* RDU editores, Madrid.

Escajedo, L.; Garrido, P., y Gorrotxategui, M. (2011), «La política de movilización de vivienda vacía en España», *Realidad urbana,* 3/2011.

Institute for Housing and the Environment (IWU), Darmstadt (2022), *Housing policies in the UE,* Bonn.

García-Álvarez, G. (2010), «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid.

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

Muñoz Castillo, J. (2000), *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa,* Colex, Madrid.

Nasarre Aznar, S. (Coord.); Ftacnik, M.; Lambea-Llop, N., y Rasnaca, L. (2021), *Concrete actions for social and affordable housing in the EU,* The Foundation for the European progressive studies (FEPS).

Nasarre Aznar, S. (2020), *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa,* Tirant lo blanch, Valencia.

Paleo Mosquera, N. (Editora) (2020), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente,* Tirant lo blanch, Valencia.

Ponce Solé, J. (2008a), «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho al a vivienda», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Marcial Pons, Madrid.

— (2008b) «La provisión de viviendas destinadas a políticas sociales como servicio de interés general. Servicio público y viviendas dotacionales», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Marcial Pons, Madrid.

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

Razquin Lizarraga, M. M. (2005), «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra», *Cuadernos de derecho local,* núm. 7.

Roca Cladera, J. (2010), «El marco urbanístico de la política de vivienda» en *La política de vivienda en España,* coordinado por Jesús Leal Maldonado, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.

Tejedor Bielsa, J. C. (1998), *Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico,* Aranzadi, Madrid.

— (1999), «Propiedad, urbanismo y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública,* núm. 148.

— (2005), «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón», *Cuadernos de derecho local,* núm. 7.

— (2010), «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid.

— (2012), *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria,* La Ley, Madrid.

— (2014), «Riesgo inmobiliario y saneamiento del sistema financiero. Cobertura de riesgos, valoración y transferencia de activos a la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria», *La reforma bancaria en la Unión Europea y España: el modelo de regulación surgido de la crisis*, coord. por Isabel Fernández Torres y Julio César Tejedor Bielsa, Civitas, Madrid, pp. 258-300.

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

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

B. EL DERECHO A LA VIVIENDA
EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

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

Christian Alberto Cao
Abogado
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
ccao@derecho.uba.ar

Resumen: *La vivienda es una necesidad en la vida contemporánea que permite resguardar la privacidad e intimidad a la persona.*
Desde mediados del siglo pasado el derecho internacional de los derechos humanos se preocupó por diseñar su reconocimiento, a la vez que las normas fundamentales de la época comenzaron a concebir su protección en términos de derechos constitucionales o directrices destinadas a permitir el acceso a la vivienda.

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

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100).

Abstract: *Housing is a necessity in contemporary life that allows the person's privacy and intimacy to be protected.*
Since the middle of the last century, international human rights law has been concerned with designing its recognition, while the Fundamental norms of the time began to conceive its protection in terms of constitutional rights or guidelines intended to allow access to housing.

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

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

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

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

1. LA NECESIDAD DE LA VIVIENDA EN LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Expongamos dos ejemplos.

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

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

Dicho esto, luego, cada legislación modulará el contenido esencial del derecho constitucional, tanto en su aspecto negativo –límites a los límites– como en su sentido positivo –afirmación de sus sustancia jurídico constitucional[1], conforme las particularidades que el texto defina.

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

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

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

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

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

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

(1) Parejo Alfonso, L., REDC, 1981, p. 63.
(2) Rey Martínez, F., 1994, p. 258.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entre esos aspectos figuran los siguientes:

a) Seguridad jurídica de la tenencia.

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

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

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

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

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

c) Gastos soportables.

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

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

d) Habitabilidad.

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

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

e) Asequibilidad.

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

f) Lugar.

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

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

g) Adecuación cultural.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Garrido Falla, F., p. 973.
(4) García de Enterría, E.; 2006, pp. 74-76.

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

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

Javier Pérez Royo avanza aún más y encuentra –dentro de algunos de los principios rectores– ciertas directrices por las cuales les cabría ser concebidos como derechos fundamentales[7].

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

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

3.2.1 *Acceso a la vivienda en propiedad privada*

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

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

---

(5) Jiménez Campo, J., 1999, p. 123.
(6) Gavara de Cara, J., 2010, pp. 51 y 53.
(7) Pérez Royo, J., 2010, pp. 444-445.
(8) Pérez Luño, A., Madrid, 1984, pp. 63-64.
(9) Prieto Sanchís, L., RCEC, 1995, p. 9 ss.

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

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

3.2.2 *Acceso a la vivienda en locación*

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

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

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

3.2.3 *Acceso a la vivienda bajo otras modalidades*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Expongamos algunos ejemplos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Veamos algunos precedentes jurisprudenciales.

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

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

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

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

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

6. EL CASO ARGENTINO. SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2002.

Badeni, G., *Tratado de derecho constitucional, La Ley,* Buenos Aires, 2004, 2 tomos.

Barra, R., *Principios de derecho administrativo,* Abaco, Buenos Aires, 1980.

Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico,* Tecnos, Madrid, 1985.

Bidart Campos, G., *La historicidad del hombre, del Derecho y del Estado,* Manes, Buenos Aires, 1965.

— *El orden socioeconómico en la Constitución,* Ediar, Buenos Aires, 1999.

Cao, C. A., *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales;* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2015.

— «La protección de los derechos económicos y sociales. El aporte del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en Revista Jurídica La Ley, Suplemento actualidad, 17 de junio de 2011.

— «El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables», en Revista Jurídica La Ley, t. 2011-B-658, Buenos Aires, 29 de abril de 2011.

Ekmekdjián, M., *Tratado de derecho constitucional,* Depalma, Buenos Aires, 1993, 4 tomos.

Garrido Falla, F., «Artículo 53», en Garrido Falla, Fernando y otros; Comentarios a la Constitución española de 1978, Cívitas, Madrid, 2001.

García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Gavara de Cara, J., *La dimensión objetiva de los derechos sociales,* Bosh, Barcelona, 2010.

Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías,* Trotta, Madrid, 1999.

Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

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

Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 22, Madrid, 1995.
Parejo Alfonso, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia a propósito de la STC de 8 de abril de 1981»; en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 3, 1981.
Rey Martínez, F., *El derecho a la propiedad privada en la Constitución española.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

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

Sabrina Ragone
Profesora titular de Derecho público comparado
Universidad de Bolonia
sabrina.ragone2@unibo.it

Valentina Capuozzo
Investigadora postdoctoral en Derecho público comparado
Universidad de Bolonia
valentina.capuozzo2@unibo.it

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN DE LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. EL CASO ITALIANO

3.1 **Fundamento constitucional**

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

(10) Véanse Merusi, F., «Artículo 47», en Branca, G. (coord.), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980, pp. 153 ss.; Salerno, G., «Artículo 47», en Crisafulli, V., Paladin, L. (coord.), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990, pp. 318 ss.; Baroncelli, S., «Artículo 47», en Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (coord.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 945 ss.

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

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

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

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

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

3.2 **Evolución legal**

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 **Evolución jurisprudencial**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. EL CASO FRANCÉS

4.1 **Fundamento constitucional**

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

4.2 **Evolución legislativa**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3 **Evolución jurisprudencial**

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. BREVES CONCLUSIONES

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., «Il Forum. Verso un futuro (più) sociale dell'Europa?», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2021.

Amato, G., «Tra Stato sociale e dimensione europea», *Rivista AIC*, 13 maggio 2009.

— «*La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta di Nizza*», *Quaderni costituzionali*, 3, 2020.

Baroncelli, S., «Artículo 47», en Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (coord.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 945 ss.

Bifulco, R., «Eccesso di tutela? Perché la sospensione delle procedure immobiliari limita alcuni diritti fondamentali», *Open.luiss.it*, 2021.

Bilancia, F., «Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione», *Istituzioni del federalismo*, 3,2010.

Breccia, U., *Il diritto dell'abitazione*, Milano, 1980.

Brouant, J. P., «Un droit au logement … variablement opposable», *ADJA*, 2008.

Ciocia, M., *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009.

Civitarese Matteucci, S., «L'evoluzione della politica della casa in Italia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 2010.

De Cabo Martín, C., «Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en contexto globalizador», in *RDCE*, 11, 2009.

Dutrey, R., «Bilandu DALO: efficacité et limites du dispositif», Après-demain, 33/NF, 1/2015.

Ferrari, G. F., «"Diritto alla casa" e interesse nazionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1988.

Giorgis, A., «Il diritto costituzionale all'abitazione, *Questione Giustizia*, 2007.

Giubboni, S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

— «Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali», *Quaderni costituzionali*, 4, 2017.

Guisellin, E., «L'accès à un logement décent et le droit de propriété: nivainqueur, nivaincu», *Les Petites Affiches*, 51, 2000.

Levy-Vroelant, C., «The Right to Housing in France: Still a Long Way to Go from Intention to Implementation», *Journal of Law and Social Policy*, 24, 2015.

Macho Carro, A., *Tutela multinivel del derecho a la vivienda. Posibilidades y límites en el ordenamiento español*, Madrid, 2024.

Merusi, F., «Artículo 47», en Branca G. (coord.), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980.

Olivito, E., *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017.

Paciullo, G., *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008.

Pegoraro, L., y Rinella, A., *Sistemi costituzionali*, Torino, 2024.

Ragone, S., «European Comparative law: Reasons for "Enhanced Comparison" and Role of the CJEU», *Revista de Derecho Politico*,112, 2021.

Salerno, G., «Artículo 47», en Crisafulli, V., Paladin, L. (coord.), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990.
Scagliarini, S., «Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2012.

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

José María Fernández Seijo
Magistrado

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

* Este trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100. Investigadora principal: Matilde Cuena Casas.

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

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

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

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

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

1. PUNTO DE PARTIDA

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LAS VÍAS CIVILES DE ACCESO A LA VIVIENDA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LAS DEBILIDADES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

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

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

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

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

4. LOS CORRECTIVOS A ESAS DEBILIDADES

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1) Que el deudor se encuentre al día en el pago de las cuotas hipotecarias, bien porque haya podido satisfacerlas dentro del concurso, bien porque terceros las hayan pagado en su nombre.

2) Que el valor actualizado de la vivienda sea inferior a la deuda hipotecaria pendiente (situación muy habitual, sobre todo en hipotecas concedidas antes de 2008, donde las cantidades prestadas se vinculaban a inmuebles sobrevalorados).

3) Que, por lo tanto, no haya interés por parte del acreedor hipotecario en instar el vencimiento anticipado y la realización en subasta del inmueble.

4) Que no haya una expectativa razonable de que en la venta dentro del concurso se pueda generar sobrante que permita mejorar los pagos al resto de acreedores del concurso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. ADVERTENCIA FINAL

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

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

Gemma Caballé Fabra
Investigadora postdoctoral
y subdirectora de la Cátedra
UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili
gemma.caballe@urv.cat

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

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

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

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

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

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

1. OBJETO

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

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

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

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

2. CONCEPTO DE VIVIENDA

Según Fox[(2)], existen cinco elementos o dimensiones que conforman el concepto de vivienda:

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

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

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

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

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

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

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

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

3. DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES A LA VIVIENDA

3.1 **Edificación, bien inmueble y finca**

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

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

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

Ni la ONU[7], ni el artículo 47 de la CE concretan si una vivienda debe ser necesariamente una edificación o un bien inmueble o si también puede

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

(4) RJ 2013\7009.

(5) RJ 2000/4005.

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

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

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

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

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

3.2 **Residencia, residencia habitual y domicilio**

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

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

---

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

(9) Bernà I Xirgo, J.; Roca Sastre, R., y Roca-Sastre-Muncunill, L., *Derecho Hipotecario,* Tomo I, Bosch, 9.ª ed., Barcelona, 2008, pp. 157-158.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(17) Albaladejo García, M.; *Artículos 40 y 41*… ob. cit., p. 6.

(18) RJ 1991\8117.

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

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

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

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

---

(20) RJ 1995\268.

(21) RJ 1995\865.

(22) RJ 1995\5387.

(23) RTC 1984\22.

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

(25) RTC 2002\10.

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

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

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

3.3 **Segundas viviendas**

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

Según la LDV se trata de una vivienda, pero con la particularidad que el tipo de uso es que no se destina como vivienda habitual[29].

3.4 **Infravivienda**

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

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

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

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

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

(30) Disponible en: https://www.feantsa.org/download/ethos_spain-2451810583665757549 2.pdf (última visita:18 de septiembre de 2024).

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

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

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

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

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

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

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

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

privada). Es el desarrollo habitual de la vida privada, íntima y familiar en una vivienda lo que hace que se considere como «vivienda familiar»[32].

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

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

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

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

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

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

(33) RJ 1996/9020.

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

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

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

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

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

5. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., *Artículos 40 y 41.* Comentarios al Código Civil. Tomo I, Vol. 3.º, artículo 17 a 41 del Código civil, 2.º ed., Edersa, Madrid, 2004.

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

Bernà i Xirgo, J.; Roca Sastre, R.; Roca-Sastre-Muncunill, L., *Derecho Hipotecario,* Tomo I, Bosch, 9.ª ed., Barcelona, 2008.

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

Caballe Fabra, G., *la intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda,* Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

Clapham D., *The meaning of housing. A pathways approach*, Britain, Policy Press, 2005.

Dominguez Martínez, P., «Definición y atribución del domicilio familiar», *Documento de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2008, pp. 4-32.

Fox L., *Conceptualising Home. Theories, Laws and Policies,* Hart Publishing, Portland, 2007.

Gálvez Montes, F. J., en Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ra. ed. ampliada, 2001.

García Carretero, B., «La residencia como criterio de sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» en Chico De La Cámara, P. (dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos conflictivos,* Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2013.

Glumac, B., y Caballé Fabra, G., «Housing in a Mobile World: A Definition of Flexible Housing and the Classification of Solutions» (*Working paper)* disponible en: https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/08/WP22019_housing-in-a-mobile-world-GCaballe.pdf.

Gullón Ballesteros, A., *Comentarios del Código Civil,* Bosch, Barcelona, 2006.

O'callaghan Muñoz, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia,* La Ley, 3.ª ed., Madrid, 2003.

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

Rodríguez de Almeida, M. G., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1 **Datos del sector**

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

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

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

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

---

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

(2) Vinuesa Angulo, J., y Palacios García, A. J. (2008), p. 48 y Alguacil Denche, A. *et al.* (2013), pp. 51-52.

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

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

No existe un concepto unitario a nivel internacional ni europeo de vivienda social[3], pues su función y las variables que cada país adopta para definir esta tipología de vivienda son diversas: las formas de tenencia, la tipología de proveedores, las personas beneficiarias y las fuentes de financiación, entre otros[4]. A pesar de esta diversidad, la doctrina y las instituciones y organizaciones internacionales[5] resaltan dos elementos esenciales para poder distinguir la vivienda social de la vivienda del mercado privado. La primera es su asequibilidad o precio por debajo del precio de mercado. La segunda son los criterios de adjudicación, los cuales se establecen por normativa y se basan en la necesidad de vivienda de la población.

En España, el concepto de «vivienda social» se ha asociado, tradicionalmente, al de «vivienda de protección oficial» (VPO) o, más recientemente, al de «vivienda protegida». Sin embargo, existen actualmente otros programas que sin ser VPO o vivienda protegida, entrarían en el concepto de «vivienda social» entendido a nivel europeo (ver apartado 1.4). A ello se le suma la diversidad de conceptos y programas existentes en las diferentes Comunidades Autónomas (CCAA), al ser la vivienda competencia exclusiva de estas (ver apartado siguiente). Así, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV), trató de aportar un cierto marco conceptual armonizador; sin embargo, enmaraña aún más esta situación, ofreciendo nuevos conceptos (como el de vivienda asequible incentivada)[6] e ignorando la línea seguida a nivel europeo e internacional.

Finalmente, en ocasiones encontramos que los términos de «vivienda asequible» o «vivienda pública» se utilizan de manera conjunta o indistinta al de «vivienda social», a pesar de referirse a realidades distintas. Por un lado, la vivienda pública es simplemente aquella vivienda que es de titula-

(3) Whitehead, C., y Scanlon, K. (2007), pp. 5-8 y Houard, N. (Ed.) (2011), p. 13.
(4) Pittini, A., y Laino, E. (2011), p. 22 y Ocde (2020), pp. 4 ss.
(5) Pittini, A., y Laino, E. (2011), p. 22; Rosenfeld, O. (2015); Haffner, M. *et al.* (2009), p. 4.
(6) El artículo 3 define el concepto de vivienda protegida, que divide entre vivienda social (incluyendo la vivienda dotacional pública y la vivienda social de emergencia) y vivienda de precio limitado (que no vuelve a aparecer en la ley) y el concepto de vivienda asequible incentivada; además de hablar del parque de vivienda y alojamiento del tercer sector. Los artículos 27 y siguientes regulan los parques públicos de vivienda.

ridad pública (existe vivienda social de titularidad privada). Por otro lado, el concepto de vivienda asequible es más amplio que el de vivienda social, pues cumple con el primer elemento esencial, el de la asequibilidad, que puede garantizarse por medio de instrumentos que vertebren el mercado de vivienda sin necesidad de contribución económica de la Administración (ej. estabilización de la renta o tenencias intermedias) o por medio de varias ayudas o incentivos públicos; pero por el contrario, no tiene por qué cumplir con el segundo criterio, el de la adjudicación. Por lo tanto, toda vivienda social es asequible, pero no toda vivienda asequible es vivienda social. El concepto de vivienda asequible, que en términos generales puede entenderse como aquella que permite «asegurar cierta calidad y/u otros estándares en la vivienda a un precio o alquiler que no imponga, a ojos de un tercero (generalmente el Gobierno), una carga irrazonable sobre los ingresos de la unidad familiar»[(7)], ha ido adoptando un cariz más complejo y multidimensional[(8)]. A nivel científico, se identifican más de treinta aspectos que influyen en la asequibilidad de una vivienda[(9)]. Igualmente, para medir y evaluar esta asequibilidad, deben tenerse presentes principios de sostenibilidad, en su dimensión económica, social, cultural y medioambiental. Así, no solo nos referimos al precio de la vivienda (en su acceso y mantenimiento) y los ingresos de la unidad de convivencia, o en los otros gastos de esta, sino que también cabe contemplar aspectos como la adecuación y la ubicación de la vivienda y el acceso a instalaciones, servicios, ofertas laborales y transportes, velando y procurando también aspectos como la calidad de vida de la persona y la buena convivencia en el vecindario, la inclusión y el compromiso social, la igualdad de género, la no discriminación o la eficiencia energética, entre otros[(10)]. Muchos de los aspectos que inciden en la asequibilidad y la sostenibilidad de las viviendas tienen una dimensión multinivel y transversal, por lo que no pueden abordarse de manera aislada, y requieren de una política coordinada a varios niveles.

1.3 **Las competencias multinivel y la diversidad terminológica**

España es un Estado descentralizado (art. 2 CE) en el que las CCAA tienen competencia exclusiva en materias como lo es la vivienda (art. 148.1.3 CE); materia que todas ellas han adoptado en sus Estatutos de Autonomía. Asimismo, los ayuntamientos también tienen competencia en vivienda

(7) Maclennan, D., y Williams, R. (1990), p. 9. Traducción propia.
(8) Haffner, M. E. A., y Hulse, K., *IJUS*, pp. 59-79.
(9) Stephen Ezennia, I., y Hoskara, S. O., *PLoS ONE*.
(10) Unece (2015).

(art. 25.2.a LRBRL)[11]; y cabe añadir a las Diputaciones Provinciales, y en el caso de Cataluña, a los Consejos Comarcales, los cuales pueden encargarse de la gestión mancomunada de vivienda de los municipios más pequeños a través de convenios con las CCAA y los Ayuntamientos. Por lo tanto, vemos como la competencia en vivienda se divide en tres niveles: el estatal, el autonómico y el local. Esto conlleva a destacar tres aspectos.

El primero es que los objetivos y medidas de las políticas públicas en vivienda pueden variar entre las diferentes CCAA[12], pues siguen sus propias leyes de vivienda y legislación en la materia y en sus planes de vivienda autonómicos (que pueden diferir o complementar los planes estatales). Estos Planes regulan las actuaciones protegibles (condiciones de construcción y adjudicación, otras actuaciones y programas financiables) y las modalidades de financiación pública y son, por lo tanto, los instrumentos principales para desarrollar las políticas de vivienda tanto a nivel estatal como autonómico. Inicialmente se regulaban solo a nivel estatal, desde el Plan Nacional de Vivienda 1961-1976[13]. Pero con la aprobación de la CE, las CCAA asumieron la competencia de vivienda y, aunque en un inicio se limitaban a administrar el parque público ya existente y a desarrollar los planes estatales[14], poco a poco fue apareciendo una tendencia progresiva a la descentralización[15], y los planes de vivienda autonómicos, que solían acompasarse con los planes estatales, dejaron de limitarse a complementarlos para regular, en algunos casos, tipologías de vivienda social propias[16]. Igualmente, los conceptos también han evolucionado a nivel estatal[17], pasando de la «vivienda de protección oficial», a la «vivienda protegida» a incluso desaparecer este término en los últimos Planes Estatales de Vivienda (2018-2021 y 2022-2025).

El segundo aspecto se refiere a la falta de coordinación que incluso puede llevar a aprobar legislación de vivienda incoherente o contradictoria a varios niveles[18], lo que conlleva inseguridad jurídica en este campo. Aquí

(11) En la materia de urbanismo, tienen competencia en «planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación».

(12) Leal Maldonado, J. (2011), p. 75.

(13) Ley 84/1961, de 23 de diciembre, sobre el Plan Nacional de la Vivienda para el periodo 1961-1976. *BOE* 28 de diciembre de 1961, núm. 310.

(14) Vinuesa Angulo, J., y Palacios García, A. J. (2008), p. 2.

(15) Mas Badia, M. D. (2014), p. 50.

(16) Sobre todo, a partir del Plan estatal de Vivienda 1996-1999, en el que se abrió la puerta para que las CCAA se insertasen en la financiación estatal con sus propias tipologías de vivienda protegida. Iglesias González, F. (2010), pp. 361-362.

(17) Ver la diversidad terminológica tanto a nivel estatal como autonómico en Lambea Llop, N. (2022), pp. 100 ss.

(18) Estudios europeos destacan, precisamente, que parchear las leyes no funciona, así como tampoco la existencia de esta legislación contradictora o incoherente multinivel. Nasarre Aznar, S. (coord.) (2021), p. 135.

se destacan las numerosas sentencias del TC resolviendo cuestiones de competencia entre administraciones, puesto que la competencia a nivel autonómico y local debe respetar siempre las bases mínimas generales que dicta el Estado, principalmente en materia de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª CE), de las bases de ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11.ª CE) y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE). A modo de ejemplo, destacamos la STC de 20 de julio de 1988 (19), referente a la competencia del Estado para publicar sus Planes estatales para regular actuaciones financiadas por fondos estatales por las competencias que le otorga la CE en su artículo 149.1 (puntos 1, 11 y 13 mayoritariamente); y todas las sentencias resolviendo recursos interpuestos contra legislación autonómica (más intrusiva) aprobada a raíz de las consecuencias de la crisis económica de 2007, ante la pasividad de regulación estatal, las cuales, en resumen y a modo genérico, declararon inconstitucionales las medidas que guardaban relación con la expropiación o el alquiler forzoso con el fin de evitar ejecuciones hipotecarias de los colectivos más vulnerables (20). Algunos de los artículos de la LDV también fueron declarados inconstitucionales por la STC de 21 de mayo de 2024 (21), y hay siete recursos de inconstitucionalidad más pendientes de resolverse (22). Los artículos que de momento se han declarado inconstitucionales se refieren a la regulación de la vivienda protegida y a las viviendas que integra los parques públicos de vivienda (23), pues se interpreta que el Estado se excede de su competencia en la materia.

El último aspecto por resaltar es la diversidad terminológica ya mencionada, lo que junto con la dispersión regulatoria lleva a una falta de datos en este sector que dificulta el desarrollo de un trabajo coordinado o en red, mientras que, en ocasiones, crea duplicidades y lagunas en los servicios. Contar con datos que reflejen la realidad en este sector es imprescin-

(19) STC 152/1988, de 20 de julio de 1988. *BOE* 24 de agosto de 1988, núm. 203.

(20) El TC argumenta que el hecho de que la normativa autonómica regule un nuevo mecanismo orientado a satisfacer una situación de necesidad ya regulada por normas estatales distorsiona la ordenación básica aprobada en virtud del artículo 149.1.13 CE, interfiriendo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (en este caso, del artículo 149.1.13 CE) y menoscabando la plena efectividad de dicha competencia estatal. Así lo dispuso ya la STC de 14 de mayo de 2015 (FJ 18), y la siguen las SSTC de 22 de febrero de 2018 (FJ 13), de 12 de abril de 2018 (FJ 5), de 26 de abril de 2018 (FJ 4) y de 5 de julio de 2018 (FJ 3), entre otras.

(21) Sentencia 79/2024, de 21 de mayo de 2024. *BOE* 24 de junio de 2024, núm. 152.

(22) A octubre de 2024.

(23) Concretamente, son los artículos 16 (vivienda protegida), 27.1.3.º (listado de viviendas que integran los parques públicos de vivienda), 27.3 (destinar los ingresos provenientes de sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda al parque público de vivienda) y la Disposición Transitoria 1.ª (viviendas calificadas con algún régimen de protección pública con anterioridad a la entrada en vigor de la ley).

dible para diseñar e implementar políticas públicas de vivienda que respondan a las necesidades reales de la población.

1.4 **Tipologías de vivienda social y regímenes jurídicos aplicables**

A esa variedad conceptual que se acaba de exponer, se le añade la pluralidad de regímenes legales existentes, tanto por la normativa multinivel como por la temporalidad de los planes de vivienda (estatales y autonómicos); y es que cada vivienda se rige por la normativa que le otorgó las ayudas económicas, lo que supone una «cascada aplicativa de normas formal o materialmente derogadas»[(24)]; es decir, al no tener estas normas normalmente carácter retroactivo, esto genera una pluralidad de regímenes coexistentes, que se aplicarán dependiendo de la fecha de calificación de la vivienda. Así, «no es tarea sencilla […] llegar a sistematizar coherentemente los diferentes tipos de viviendas protegidas existentes en España»[(25)], lo que dificulta al operador jurídico el conocimiento del régimen jurídico de cada vivienda protegida. Esa dificultad y confusión en el sector se ve reflejada en las sentencias existentes al respecto (ej. SSAP 9 de mayo de 2016, 17 de abril de 2018, 20 de marzo de 2019, 29 de marzo de 2019, 12 de septiembre de 2019, 23 de septiembre de 2019, 12 de diciembre de 2019, 7 de febrero de 2020).

Anteriormente, la normativa que regulaba las actuaciones protegidas se regulaba de manera separada e independiente de la normativa de financiación de esas actuaciones[(26)]. Esa disociación se fue difuminando, hasta el punto de que desde hace ya años los Planes de vivienda incorporan ambos aspectos. Por lo tanto, no existe, hoy, una ley más o menos estable en el tiempo que permita conocer el régimen jurídico de una vivienda protegida. Y la LDV, lejos de ayudar a armonizar conceptos, añade una pléyade de términos (vivienda asequible, vivienda protegida, vivienda social, vivienda de precio limitado, alquiler social, vivienda asequible incentivada, etc.) que poco ayudan a la armonización y estructuración del sector de vivienda social. Además de haberse declarado inconstitucionales precisamente varios de los artículos que regulaban la vivienda protegida y las viviendas que integran el parque público de vivienda.

A todo ello, se le añade que atendiendo al concepto de «vivienda social» de corte europeo (vivienda que se ofrece por debajo del precio de mercado, o a precio asequible, y que sigue reglas de adjudicación establecidas por normativa que tienen en cuenta criterios de necesidad de vivienda), existe

(24) Iglesias González, F. (2010), p. 354.
(25) Tejedor Bielsa, J. (2010), p. 322.
(26) Por ejemplo, el RD 2960/1976, de 12 de noviembre o el RD Ley 31/1978, de 31 de octubre, desarrollado por RD 3148/1978, de 10 de noviembre.

mayor variedad de viviendas que entrarían en este concepto; sobre todo a raíz de las políticas de vivienda de los últimos años centradas principalmente en captar vivienda vacía del sector privado hacia el sector de la vivienda social. A modo de ejemplo, en Cataluña encontramos las viviendas provenientes de los programas de mediación para el alquiler social y el de cesión (arts. 16 y ss. D 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda), las viviendas de inserción (art. 22 y ss. D 75/2014) y demás viviendas captadas por las entidades del tercer sector social, las captadas por programas como Reallotgem o el Programa 60/40 para destinarlas a las mesas de valoración de situaciones de emergencias económicas y sociales (art. 73 y ss. D 75/2014), los alojamientos dotaciones (art. 3.j Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda), etc. Esta Comunidad Autónoma contempla una definición de «viviendas destinadas a políticas sociales» (art. 74 Ley 18/2007), que engloba muchas de las viviendas mencionadas.

Ponce Solé constata que existe un «problema tradicional de las disposiciones en materia de vivienda, que han sido siempre dispersas, inconexas y, además, recogidas en normas reglamentarias»[(27)]. Asimismo, debe realzarse la inexistencia de normas especiales que aborden la compleja regulación de la administración y gestión de la vivienda social: las existentes en este ámbito, como la LAU, el CC, la LPH y la diversa normativa administrativa de las CCAA, no se encuentran planteadas para resolver posibles problemáticas existentes en el concreto campo de la vivienda social[(28)].

1.5 **Los modelos de gestión de vivienda social**

Los modelos de gestión de vivienda social deben hacer frente a la complejidad del sector expuesta anteriormente. Así, a nivel europeo, se destaca el replanteamiento de los proveedores y gestores de vivienda social, para dar respuesta a los nuevos retos sociodemográficos, medioambientales y tecnológicos[(29)], entre los que encontramos el incremento o pérdida de po-

(27) Ponce Solé, J., *Informe comunidades autónomas*, p. 814.

(28) Sanz Cintora, A. (coord.) (2012), p. 13. Por ejemplo, por lo que respecta a los arrendamientos de vivienda social, si bien existen límites en el establecimiento de las rentas, en cuanto a su régimen, estos se rigen por la LAU, y si bien la DA 1.ª de dicha Ley refleja una voluntad de tratar el tema, no existe ninguna concreción al respecto. En Cataluña, se estableció la necesidad de incluir el alquiler de viviendas sociales dentro del ámbito de la aplicación de un nuevo régimen de arrendamientos urbanos, dotándolo de un régimen especial. Así se estableció en la cuestión 1 de las Conclusiones a los Trabajos de la Comisión para la elaboración de unos criterios para un derecho de arrendamientos urbanos en Cataluña 17 de enero de 2017. Esos Principios seguían el mandato de la DF 6.ª de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre; pero no se llegaron a desarrollar. Por su lado, en Lambea Llop, N. (2022), pp. 561 ss., se propone un régimen especial para los alquileres sociales dentro de la LAU, con el fin de adaptarlo a las especificidades que presenta la gestión del parque de vivienda social, ofreciendo, por un lado, la flexibilidad suficiente a los gestores para evitar que busquen otras fórmulas más precarias y, por otro lado, una debida protección a los inquilinos sociales.

(29) Pittini, A. (dir.) (2019), p. 39.

blación, el incremento de flujos migratorios y de población en riesgo de o en situación de exclusión residencial, el envejecimiento poblacional, el cambio climático y los retos en eficiencia energética, la brecha digital, etc. Se trata de incorporar aspectos como el de la salud, el trabajo, la inclusión, la gestión urbana, la movilidad, la eficiencia energética, la digitalización de los servicios y el acceso a la vivienda por medio de diferentes fórmulas (como las tenencias intermedias o el *Housing First*). Por lo tanto, la gestión de un parque de vivienda social va mucho más allá de gestionar viviendas; debe centrarse también en la gestión de las personas beneficiarias, a nivel individual, comunitario y también con su relación con el entorno. Esta visión entronca con las estrategias establecidas en la Nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas (Quito, Habitat III, 2016)[30]. Y la necesidad de adoptar estrategias a nivel de ciudad que permitan evitar la segregación y la discriminación residencial y que permitan fomentar la convivencia intergeneracional, la integración social y la creación de tejido comunitario son retos de futuro que también destaca el informe España 2050, en su 6.º desafío «promover un desarrollo territorial equilibrado, justo y sostenible»[31]. Además, los proveedores deben combinar y buscar el equilibrio entre 3 prioridades: la disponibilidad de vivienda (vivienda suficiente para responder a la demanda), la asequibilidad de la vivienda y la sostenibilidad (en temas de uso de la energía, materiales naturales para construcción, etc.)[32].

A nivel internacional, hay gran diversidad en la tipología de entidades proveedoras de vivienda social. En términos generales, los parques gestionados solo por administraciones locales/regionales suelen asociarse a parques de menor tamaño, mientras que países donde predominan modelos de gestión privados sin ánimo de lucro (o de lucro limitado) cuentan con mayores parques de alquiler social[33].

A nivel español, a pesar de que el parque de vivienda social se gestiona, principalmente, a través de organismos e instituciones públicas de ámbito local o autonómico, existe una pléyade de entidades que gestionan vivien-

(30) Entre estas, encontramos: a) impulsar la provisión de diferentes opciones de vivienda adecuada, segura, asequible y accesible por los diferentes grupos de población existente, teniendo en cuenta la integración socioeconómica y cultural de las diferentes comunidades y de la población más vulnerable, evitando la segregación; b) apoyar la elaboración de políticas de vivienda que permitan vincular la vivienda con la educación, el trabajo y la salud, para prevenir la exclusión y la segregación; y c) empoderar a la ciudadanía y a los colectivos más vulnerables para asegurar su participación efectiva en la adopción de decisiones sobre el desarrollo urbano y territorial.

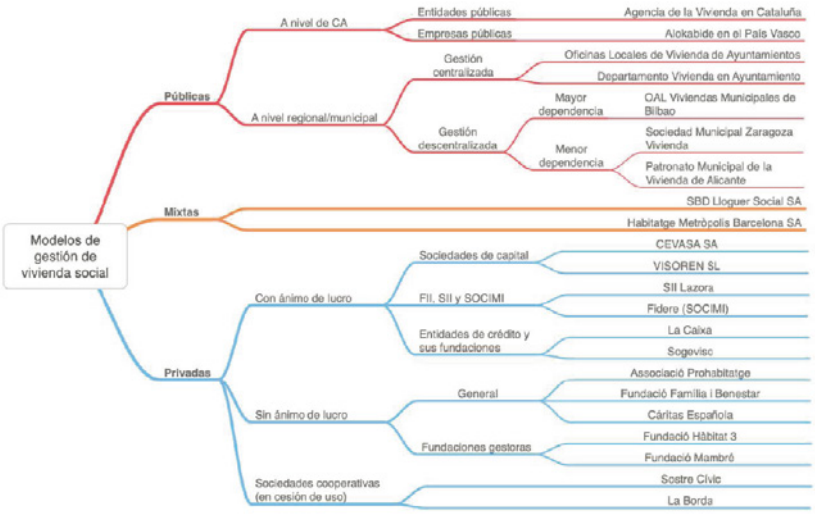
(31) Junto con otros como el de fomentar los marcos de colaboración público-privada para contribuir a una mejor gestión, el de plantear fórmulas alternativas de acceso a la vivienda tradicionales, como la propiedad compartida y temporal, y el de facilitar la accesibilidad universal y la movilidad residencial, entre otros. Gobierno de España (2021), pp. 239 ss.

(32) Housing Europe, (2023), p. 17.

(33) Ocde (2024), *OECD Affordable Housing Database – indicator PH 4.2 Social rental dwellings stock*.

das consideradas como sociales, que divergen en su forma jurídica, en su objeto social, en su tamaño y en su ámbito de actuación territorial y sectorial. Se pueden distinguir, al menos, los siguientes modelos de gestión de vivienda social[34]: tres a nivel público, uno a caballo entre el sector público y el privado, y cuatro a nivel privado (ver Figura 1). A nivel público, encontramos el modelo de entidad o empresa a nivel de Comunidad Autónoma y otros dos modelos a nivel local o supramunicipal, uno más ligado a la corporación local y otro con personalidad jurídica propia. Luego tenemos el modelo mixto, empresas o sociedades en las que participan tanto entidades públicas como privadas. Y a nivel privado, existen entidades con ánimo de lucro y entidades sin ánimo de lucro, y de las segundas destacan las fundaciones creadas con el único objetivo de captar y gestionar parque de vivienda social, ya sea para ellas mismas o para otras entidades del tercer sector. Este modelo aparece, precisamente, de la necesidad de las entidades de dotarse de mayor conocimiento y habilidades en la compleja técnica de gestión de vivienda social. A pesar de esta gran diversidad de proveedores, España carece de un marco legal que armonice, unifique y regule las particularidades de todas ellas (la tendencia histórica de promover vivienda social en propiedad ha comportado la inexistencia, por falta de necesidad, de un marco legal común y funcional de gestión de vivienda social).

Figura 1. Modalidades de gestión de vivienda social en España y algunos ejemplos



Fuente: Lambea Llop, N. (2022), p. 353.

(34) Lambea Llop, N. (2022), pp. 326 ss.

Por otro lado, la normativa y las políticas de vivienda a nivel español de los últimos años muestran un interés en fomentar la colaboración público-privada en el sector. Lo vemos, por ejemplo, en la LDV y en los últimos Planes estatales de Vivienda (2013-2016, 2018-2021 y el actual 2022-2025). También la Ley del Tercer Sector de Acción Social (Ley 43/25, de 9 de octubre) pretende, entre otras cuestiones, fomentar y reforzar el rol de estas entidades privadas sin ánimo de lucro en el campo de las políticas públicas sociales. Y el Informe España 2050 recalca la necesidad de contar con partenariados público-privados y de modelos similares a las *housing associations* para mejorar la gestión de un parque de vivienda social que debe ir en aumento. Además, la Administración pública ya colabora a la práctica con entidades privadas sin ánimo de lucro, con las que celebra contratos o convenios para transferir la gestión de viviendas o programas públicos (ej. Fundación Hábitat 3 o Asociación Provivienda). No obstante, el problema es que todas estas regulaciones han ido apareciendo de manera puntual y desordenada, por lo que carecen de uniformidad y de coherencia.

2. LA PROBLEMÁTICA DEL SINHOGARISMO (OCULTO)

2.1 **Definición y *status quo***

El sinhogarismo es una problemática de difícil conceptualización, lo que dificulta poder calcular su dimensión real y total. No existe una definición jurídica común entre los Estados Miembro de la UE, ni tampoco una metodología estándar para cuantificar este fenómeno. Es por ello por lo que aportar números concretos y estudios comparativos claros y fidedignos entre países es complicado, aunque se estima que 895.000 personas duermen en la calle o viven en alojamientos para personas sin hogar en Europa[35]. Se trata de un fenómeno en aumento en casi todos los países.

A pesar de esa falta de consenso en cuanto a terminología y metodologías, FEANTSA (la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar) adoptó en 2005 una definición amplia de sinhogarismo y exclusión residencial basada en los tres ámbitos que constituyen un hogar (físico, social y jurídico) y cuya ausencia puede conllevar un caso de sinhogarismo o de exclusión residencial[36]. No disponer de un

(35) Fondation Abbé Pierre y Feantsa (2023), p. 24. El mismo estudio resalta que la metodología para extraer este número cuenta con sesgos y limitaciones, y que se trata de una cifra indicativa pero que de ningún modo refleja el número real de personas sin hogar y en exclusión residencial en Europa.

(36) Edgar, B., y Meert, H. (2005), p. 14.

hogar nos priva de poder ejercer otros derechos fundamentales, como la intimidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; y nos excluye de poder formar parte de la sociedad y participar en ella. Esta Tipología europea de personas sin hogar y exclusión residencial (Tipología ETHOS) [37] agrupa las diversas circunstancias y casos en cuatro categorías conceptuales: personas sintecho (*roofless*) –dormir al raso o en albergues que permiten pernoctar una o pocas noches–, sin vivienda (*houseless*) –vivir en refugios o centros para mujeres, personas inmigrantes o refugiadas y personas con salida inminente de instituciones sin alternativa de vivienda–, con una vivienda insegura (*insecure housing*) –personas en riesgo de desahucio; que sufren acoso o violencia doméstica; que subalquilan sin consentimiento del propietario o están en precario; que okupan una vivienda– o con una vivienda inadecuada (*inadequate housing*) –vivir en chabolas y otras estructuras no permanentes consideradas infravivienda; en viviendas en estado ruinoso o con falta de suministros básicos; en condiciones de hacinamiento–. Estas categorías conceptuales se dividen, a su vez, en 13 categorías operacionales. La Tipología ETHOS está ampliamente aceptada en el ámbito científico y se utiliza para la recopilación de datos y para la elaboración, seguimiento y evaluación de políticas. Asimismo, en 2007 se desarrolló la versión «ETHOS Light», con el fin de simplificar la versión más extensa y compleja [38].

La misma incertidumbre en cuanto a terminología, metodologías de cálculo y datos existen en España, aunque desde hace unos años existen instrumentos que ofrecen ciertas definiciones (véase apartado siguiente). Igualmente, la LDV regula legalmente (art. 3.l), por vez primera a nivel nacional, el concepto de sinhogarismo como la «*circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia*». Esta definición más completa se añadió precipitadamente en la versión final del Proyecto de Ley, modificando una definición imprecisa que excluía la mayoría de las

(37) Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion (último acceso 5 de septiembre de 2024).

(38) Edgar, B. *et al* (2007), p. 66.

circunstancias dentro de las categorías de vivienda insegura e inadecuada de la Tipología ETHOS; la redacción finalmente regulada en la Ley incluye una definición más amplia (aunque algo caótica), más alineada con esa Tipología ETHOS.

En España, los datos en materia de sinhogarismo se recogen, principalmente, mediante la Encuesta de personas sin hogar del INE [(39)]; esta se publica en intervalos irregulares (2005, 2012 y 2022) y además solo incluye a las personas usuarias de centros asistenciales de alojamiento y/o restauración ubicados en municipios de más de 20.000 habitantes (cubriendo únicamente parte de las primeras categorías ETHOS). La Encuesta de 2022 refleja que 28.552 personas sin hogar fueron atendidas en estos centros, un 24,5 % más que en 2012. Predominan los hombres (76,7 %), aunque hay un aumento progresivo de mujeres (17,3 % en 2005 y 23,3 % en 2022), la edad media es de 42,9 años, y existe una sobrerepresentación de la población extranjera (49,9 % de las personas sin hogar).

Empezar de cero tras llegar de otro país (28,8 %), perder el trabajo (26,8 %) y haber sido desahuciado de la vivienda (16,1 %) son los principales motivos para convertirse en una persona sin hogar en España, según el INE (2022) [(40)]. Los resultados han variado ligeramente respecto al 2012, cuando perder el empleo (45 %), carecer de recursos económicos para pagar la vivienda (26 %) y experimentar una ruptura sentimental (20,9 %) eran los factores determinantes [(41)]. En cualquier caso, vemos que los motivos principales para quedarse sin hogar se relacionan con problemáticas estructurales: la inmigración; el desempleo o el trabajo precario o inestable; la vivienda y las rupturas sentimentales [(42)]. Además, prevalecen los problemas directamente relacionados con la vivienda, los cuales han ido en aumento (entre 2005 y 2022): desahucio de vivienda (del 7,9 % al 16,1 %); falta de recursos económicos para pagar el alojamiento (del 11,4 % al 14,7 %) y rescisión del contrato de alquiler (del 3,4 % al 8 %).

---

(39) Se complementa con la Encuesta de centros y servicios de atención a las personas sin hogar, disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176925&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(40) INE. Encuesta sobre las personas sin hogar, 2022. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(41) Aunque cabe destacar que el principal motivo en 2022 (tener que empezar de cero tras llegar de otro país) no se contemplaba como opción en el cuestionario de 2012.

(42) Casi dos millones entre 2005 y 2021, siguiendo datos del INE 2023, disponible en (último acceso 9 de septiembre de 2024). Nasarre Aznar, S., y Garcia Teruel, R. M., (2018, p. 316) destacan, por un lado, que la nulidad, separación o divorcio (también en parejas de hecho o legales) suelen conllevar la pérdida de la posesión de la vivienda familiar para uno de los cónyuges, mientras que el divorcio es causa importante de impago de la vivienda, al tener que pagar, el cónyuge que abandona la vivienda familiar la hipoteca de la misma, más la compensación alimenticia al otro cónyuge, la manutención de los hijos y otras compensaciones.

De hecho, la mayoría de las personas sin hogar considera que tener una vivienda o habitación (82 %) o un trabajo (78 %) les ayudaría a superar su situación de sin hogar[43].

Por otro lado, la parte más visible de las personas sin hogar (*roofless*) suele computarse mediante recuentos nocturnos (y censos) realizados periódicamente en diferentes municipios. El resultado actual da una estimación de 5.385 personas durmiendo en la calle en España[44], aunque ese resultado no está exento de complejidad y es parcial: solo algunos municipios cuentan con estos recuentos y, además, las metodologías pueden diferir[45].

Sin embargo, los números anteriores solo reflejan el eslabón más visible (la punta del iceberg) de una realidad mucho mayor, con situaciones de sinhogarismo oculto y exclusión residencial más difícil de identificar y contabilizar. Algunas de ellas, incluso, las hemos «normalizado» hasta cierto punto, sobre todo en grandes ciudades[46], y son fruto del imparable proceso mundial de crecimiento urbano (*urbanisation*)[47], con un contexto de desempleo y precariedad laboral, una falta de vivienda asequible y social en las zonas urbanas y una deficiente política de cohesión territorial. Situaciones de hacinamiento, infravivienda o vivir en viviendas sin las condiciones de habitabilidad o con barreras arquitectónicas (vivienda inadecuada), compartir piso con familiares, amigos, desconocidos u otras fórmulas vestidas de economía colaborativa (casos de «coliving») cuando se imponen por no poder acceder a una vivienda de manera asequible o personas que viven en viviendas realquiladas sin consentimiento del arrendador o propietario (vivienda insegura). Por su lado, el VIII Informe de la Fundación Foessa[48] estima en más de 4 millones y medio las personas que se encuentran en una situación de vivienda inadecuada y en más de 2 millones las que se encuentran en viviendas inseguras.

Finalmente, destacar que la transición del desahucio al sinhogarismo está estrechamente vinculada a la disponibilidad de apoyo personal, social y financiero y de recursos, así como a la rápida provisión de opciones de

(43) INE. Encuesta a las personas sin hogar. Año 2022. Notas de prensa, 19 de octubre de 2022, p. 10.

(44) Datos extraídos de la web de Arrels Fundació, disponible en https://www.arrelsfundacio.org/es/personas-sin-hogar/problematica/espana/ (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(45) Existe una propuesta de metodología común para el análisis de las situaciones de exclusión residencial en España, especialmente centrada en los recuentos nocturnos. Su objetivo es fomentar estos recuentos entre las regiones y ciudades españolas y desarrollar una metodología común para armonizar y comparar los datos. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2021).

(46) Véase algunas de estas situaciones en Caballé Fabra, G. *et al* (2020).

(47) Nasarre Aznar, S. (coord.) (2021), p. 133.

(48) Fernández Maíllo, G. (coord.) (2019), p. 252 y Arrondo Segovia, M., y Bosch Meda, J. (2019), p. 29.

realojamiento[49]. En definitiva, la falta de vivienda es un problema complejo y polifacético, y el desahucio suele ser (solo) parte de una cadena de acontecimientos que acaban desembocando en ella.

2.2 **Normativa e instrumentos existentes**

El sinhogarismo es un fenómeno complejo y multidimensional que tiene un impacto transversal en muchos ámbitos, entre los que encontramos la vivienda, la economía, el empleo, la sanidad, la asistencia social, la educación, la política migratoria o la protección de los consumidores. Sin embargo, España carece de legislación específica y especial para esta materia, que le dé un enfoque holístico y aborde de manera coordinada estos ámbitos, teniendo además presente las competencias multinivel existentes. Así, por ejemplo, es competencia estatal la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad para ejercer derechos y cumplir los deberes constitucionales, inmigración, extranjería y derecho de asilo, la legislación laboral, la civil (sin perjuicio de derechos civiles, forales o especiales donde existan) y la planificación de las bases de la actividad económica. Es competencia autonómica la ordenación del territorio, el urbanismo, la vivienda, la asistencia social y la sanidad, y a nivel municipal se evalúan las necesidades sociales y se presta atención inmediata a las personas en situación o riesgo de exclusión social y también se ejerce competencia en materia de planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, de promoción y gestión de la vivienda de protección pública y conservación y rehabilitación de los edificios[50].

Los primeros eslabones del sinhogarismo (personas sintecho y algunas situaciones de sin vivienda) se han abordado, tradicionalmente, desde el ámbito de servicios sociales y, sobre todo, a nivel local, siguiendo un modelo de escalera (*staircase*) y no de acceso a la vivienda (*housing-led*)[51], ofreciendo alojamiento temporal, manutención, higiene, asistencia social especializada y asistencia en materia de ayudas públicas, entre otros.

La Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020 fue el primer instrumento nacional en ofrecer un marco integral de actuación para abordar la problemática de las personas sin hogar. Su implementación fue deficiente, pero, debido a la carencia de datos para dimensionar

(49) Kenna, P. et al (eds) (2016), p. 8.

(50) Véase artículos 148 y 149 CE y artículo 25 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (*BOE* 3 de abril de 1985, núm. 80).

(51) Fernández Evangelista, G. (2016), pp. 257-287.

la problemática, la mezcla de conceptos (implica confusión en la alineación objetivos-medidas), la ausencia de un liderazgo claro y la falta de implicación por parte de las diferentes administraciones (y falta de coordinación y colaboración entre ellas); así como la falta de prioridad política, falta de presupuesto y de compromiso financiero para su ejecución[52]. Sin embargo, supuso un marco de referencia para las CCAA y entidades locales para la orientación de acciones para abordar esta problemática[53]. En 2023 se aprobó la Estrategia Nacional para la lucha contra el sinhogarismo en España 2023-2030.

A nivel legal, en el ámbito de la vivienda, ya se ha mencionado la definición que contempla la LDV, además de mencionar al sinhogarismo expresamente como situación de especial vulnerabilidad y marcar unas líneas generales de actuación para las administraciones competentes (art. 14). A nivel autonómico, algunas CCAA incluyen expresamente a las personas sin hogar en sus Leyes de Vivienda, como el País Vasco o Cataluña, definiendo la cuestión como una situación de exclusión residencial y contemplándolas como beneficiarias de determinados programas de vivienda o alojamiento[54]. Además, si consideramos el concepto amplio de sinhogarismo y exclusión residencial de la Tipología ETHOS, España ha aprobado, como consecuencia de la crisis económica de 2007 y la concatenación de crisis posteriores (COVID-19, Ucrania), un gran número de normativa centrada en los colectivos más vulnerables (tanto a nivel nacional como autonómico), en las que se adoptan medidas como: suspensiones de desahucios por impago de hipoteca o alquiler (o incluso por okupación), alquileres sociales forzosos, expropiaciones de viviendas para destinar a vivienda social, ayudas al alquiler y otras ayudas públicas, control de renta, bonos de descuento de electricidad, reestructuración o negociación de la deuda, etc. La mayoría son medidas reactivas a corto plazo, algunas fueron declaradas inconstitucionales y muy pocas aportan datos fiables sobre la idoneidad de las medidas reguladas ni incorporan cálculos de coste-beneficio o mecanismos para su evaluación *ex post*[55]. El resultado es una legislación incoherente a varios niveles que genera inseguridad jurídica y no aporta medidas estructurales para abordar el problema de la vivienda.

---

(52) Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas (2020), pp. 118 ss.

(53) A modo de ejemplo de algunos gobiernos regionales y locales que han aprobado sus propios planes estratégicos: la Comunidad de Madrid (2016-2021), el País Vasco (2018-2021) y Galicia (2019-2023) a nivel regional y Madrid (2015-2020), Barcelona (2016-2020), Las Palmas de Gran Canaria (2017-2021) o Zaragoza (2018) a nivel local.

(54) Alojamientos dotacionales y viviendas de inserción (arts. 3,j y 70 Ley 18/2007, de 28 de diciembre) en Cataluña y alojamientos dotacionales (art. 23 Ley 3/2015, de 18 de junio) en el País Vasco.

(55) Garcia Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., *RCDI*, p. 205.

A pesar de que la competencia y responsabilidad para abordar este fenómeno recae en los gobiernos nacionales, regionales y locales, el artículo 3.3 del Tratado de la UE establece que La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación. Así, la UE fomenta y apoya políticas para abordar el sinhogarismo, que incluye en el Semestre europeo y en programas de financiación. El Principio 19 del Pilar Europeo de Derechos Sociales regula la necesidad de proporcionar acceso a una vivienda social o ayudas a una vivienda de calidad, derecho a asistencia y protección adecuadas frente a desalojos forzosos y alojamiento y servicios adecuados para lograr la inclusión social entre las personas sin hogar. Así, las resoluciones del Parlamento Europeo 24 de noviembre de 2020 sobre cómo abordar el porcentaje de personas sin hogar en la UE y de 21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos piden a la Comisión Europea una iniciativa coordinada y medidas efectivas para combatir el sinhogarismo. Finalmente, la Declaración de Lisboa sobre la Plataforma Europea para combatir el sinhogarismo 21 de junio de 2021 es un punto de partida para la creación de esta Plataforma y recoge una serie de compromisos asumidos por las instituciones europeas, nacionales, locales, y las entidades sociales para poner fin al sinhogarismo antes del 2030.

2.3 **Medidas estructurales, de tratamiento y de reacción**

A la hora de abordar la problemática del sinhogarismo y la exclusión residencial, es importante no centrarse únicamente en medidas reactivas (una vez se ha producido el desahucio), sino fomentar medidas estructurales y de tratamiento para lograr una intervención integral contra este fenómeno[(56)]. Las medidas de prevención, tratamiento y reacción combinadas pueden funcionar eficazmente[(57)]. Igualmente, las medidas estructurales pueden ser más costosas a corto plazo, pero acaban siendo menos costosas a medio y largo plazo (gasto en recursos y servicios de pernoctación, gasto en servicios sanitarios). Por no hablar del coste para la salud física y mental de la persona que sufre esta situación.

En España, son medidas estructurales para hacer frente a esta problemática: la oferta de tenencias intermedias (como la propiedad compartida y temporal en Cataluña) para crear un *continuum* de tenencias para acceder a la vivienda, las diferentes medidas e incentivos positivos

(56) Kenna, P. *et al* (eds) (2016), pp. 110 ss.
(57) Nasarre Aznar, S. (2020), p. 334.

para captar viviendas vacías privadas al sector de la vivienda social, el reconocimiento legal del derecho subjetivo a la vivienda (art. 6.2 Ley 3/2015 de vivienda del País Vasco) y los preceptos de la legislación en materia de propiedad horizontal centrados en eliminar las barreras arquitectónicas para personas mayores y con discapacidad. Las medidas de tratamiento (centradas en personas con riesgo de quedarse sin hogar) pueden encontrarse en diferentes fases: antes del impago, después del impago pero antes de presentar una demanda judicial, después de presentar dicha demanda o una vez dictada la sentencia. España cuenta con diferentes medidas: prestaciones (de emergencia) en materia de vivienda, descuentos en la factura de la luz (e incluso la prohibición de cortar los servicios a los consumidores vulnerables), asesoramiento y orientación en materia de vivienda, servicios de mediación, asistencia jurídica para defenderse de las demandas judiciales de desahucio, interacción entre tribunales y servicios sociales y posible suspensión de los procedimientos de desahucio, etc. En este punto, cabe destacar también el papel preventivo desempeñado por notarios y registradores de la propiedad (antes del impago), así como el apoyo recibido por parte del entorno familiar (después del impago y/o desahucio)[58]. Finalmente, como medidas reactivas existentes en España, las cuales son clave para mitigar los posibles daños causados cuando ya se ha producido un desahucio, destacamos: los ingresos mínimos inembargables (art. 607 LEC), las que buscan un realojamiento rápido (más allá de albergues, hostales y alojamientos temporales, destacar las mesas de valoración de situaciones de emergencias económicas y sociales, para adjudicar vivienda social a los colectivos más vulnerables, como las personas sin hogar)[59] y la introducción de Programas *Housing First.* Además, destacan también la elaboración e implementación de Planes estratégicos para las personas sin hogar a nivel nacional, regional y local, los recuentos y censos de personas sintecho y/o sin vivienda y la existencia de Redes de atención integral para las personas sin hogar (ej. en Barcelona y Tarragona), que permiten el trabajo conjunto a nivel público, del tercer sector y académico, para abordar la complejidad del fenómeno del sinhogarismo[60].

(58) Nasarre Aznar, S. (2020), p. 333.

(59) La falta de parque de vivienda social conlleva largas listas de espera, por lo que se están creando nuevos Programas que permiten a las administraciones competentes arrendar viviendas privadas (que además también se utilizan para evitar desalojos inminentes de hogares vulnerables).

(60) Véase ejemplos de los tres niveles de medidas (estructurales, de tratamiento y de reacción) en España en Lambea Llop, N. (2024), pp. 118 ss.

3. CONCLUSIONES

A pesar de no existir un concepto unitario a nivel internacional ni europeo de vivienda social, las instituciones y organizaciones internacionales destacan dos elementos esenciales: 1. El precio por debajo del de mercado (precio asequible) y 2. Criterios de adjudicación establecidos por normativa y que se basan en la necesidad de vivienda de la población. Atendiendo a estos dos criterios, existen en España una gran diversidad de tipologías de vivienda que se consideran sociales (sobre todo a raíz de los programas de captación de vivienda privada vacía hacia el sector de vivienda social), que van más allá de la vivienda protegida. El hecho de carecer, España, de un concepto común (carencia que no resuelve la LDV) y de disponer de una variedad terminológica debido tanto a la temporalidad de los planes de vivienda como a la competencia de las CCAA en esta materia (las cuales han creado tipologías de vivienda social propias), impide poder conocer, a ciencia cierta, cuánta vivienda social existe.

Precisamente la competencia multinivel en materia de vivienda es otro de los aspectos que aporta confusión al sector (en teoría las CCAA tienen competencia exclusiva en esta materia, pero el Estado puede fijar líneas generales gracias a materias conexas), no solo por existir terminología y políticas públicas que pueden variar entre las CCAA, sino por la inseguridad jurídica que crea el complejo entramado de legislación y normativa a nivel estatal y autonómico que puede llegar a ser incoherente o contradictorio entre ellas y que ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad (con algunos de los preceptos declarados inconstitucionales).

A la diversidad terminológica y diversidad de regímenes legales, así como a la competencia multinivel, se le añaden la pluralidad de colectivos con necesidad de acceder a una vivienda, con cada vez un mayor porcentaje de colectivos muy vulnerables con necesidades complejas. Todo ello supone un reto a la hora de gestionar este parque, además de los nuevos retos sociodemográficos, medioambientales y tecnológicos y la necesidad de equilibrar disponibilidad de vivienda con su asequibilidad y sostenibilidad. Ante esta complejidad de gestión, España carece de un marco legal común y específico para los proveedores de vivienda social, que además son de una gran diversidad en cuanto a la naturaleza jurídica, tamaño, objeto social y ámbito de actuación territorial y sectorial. Y aunque siguen predominando los organismos e instituciones públicos de ámbito autonómico o local, la normativa y las políticas de vivienda de los últimos años muestran un interés mayor por fomentar la colaboración público-privada en el sector.

El sinhogarismo es una evidencia visible del fracaso de las políticas de vivienda y también de otras políticas sociales, y es una problemática en aumento a nivel de la UE, a pesar de no contar con datos concretos

ni con una nomenclatura armonizada. Aun así, tomamos como referencia la Tipología ETHOS de Feantsa, ampliamente aceptada en el ámbito científico a nivel europeo, y que cuenta con un concepto amplio de sinhogarismo y exclusión residencial, englobando situaciones sin techo, sin hogar, vivienda inadecuada y vivienda insegura. En España, el sinhogarismo empieza a estar en la agenda pública. Algunas legislaciones nacionales y autonómicas han empezado a mencionarlo expresamente, mientras que aparecen Estrategias Integrales a diferentes niveles para abordar este fenómeno. Sin embargo, aún no se ha definido un concepto jurídico claro y los datos son limitados y fragmentados, no revelando toda la magnitud del problema. Más allá de otros problemas estructurales relacionados con el sinhogarismo (como el desempleo, la precariedad laboral, las rupturas sentimentales o la legislación en materia de inmigración) y de la superación del modelo de «escalera» (*staircase*) en el ámbito de los servicios sociales, las medidas de tratamiento y reacción en el ámbito de la vivienda deben combinarse con medidas estructurales para abordar de manera eficaz esta problemática. Además, estamos ante un fenómeno complejo y multidimensional, que tiene un impacto transversal en muchos ámbitos, por lo que requiere de estrategias que tengan en cuenta esa transversalidad y que permitan coordinar no solo los diferentes departamentos, sino las administraciones de distintos niveles.

BIBLIOGRAFÍA

Alguacil Denche, A. *et al.*, *La vivienda en España en el siglo xxi. Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Madrid, 2013.

Arrondo Segovia, M., y Bosch Meda, J., *Documento de trabajo 3.3. La exclusión residencial en España*, en el VIII Informe Foessa, Madrid, 2019.

Caballé Fabra, G. *et al.*, *L'habitatge compartit a Barcelona i la seva adequació als estàndards internacionals*, Barcelona, 2020.

Edgar, B. *et al.*, *Measurement of homelessness at European Union level*, Bruselas, 2007.

Edgar, B., y Meert, H., *Fourth Review of Statistics on Homelessmess in Europe. The ETHOS Definition of Homelessness*, Bruselas, 2005.

Fernández Evangelista, G., *El acceso a la vivienda social de las personas sin hogar*. Tesis doctoral, Barcelona, 2016.

Fernández Maíllo, G. (coord.), *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2019*, Madrid, Fundación Foessa, 2019.

Fondation Abbé Pierre y Feantsa, *Eighth Overview of Housing Exclusion in Europe 2023*, 2023.

Garcia Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, pp. 183-223.

Gobierno de España, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Madrid, 2021.

Haffner, M. *et al.*, «Bridging the gap between social and market rented housing in six European countries?», *Housing and Urban Policy Studies*, 33, 2009.

Haffner, M. E. A., y Hulse, K., «A fresh look at contemporary perspectives on urban housing affordability», *International Journal of Urban Sciences*, 25(sup1), 2021, pp. 59-79.

Houard, N. (Ed.), *Social housing across Europe*, 2011.

Housing Europe, *The State of Housing in Europe 2023*, 2023.

Iglesias González, F., «La planificación de la vivienda protegida», en López Ramón, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, 2010, pp. 349-381.

Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, *Evaluación intermedia de la Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar (2015-2020). Informe final*, Madrid, 2020.

Kenna P. *et al.* (eds.), *Pilot Project – Promoting protection of the right to housing. Homelessness prevention in the context of evictions*, Bruselas, 2016.

Lambea Llop, N., *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, 2022.

Lambea Llop, N., «Homelessness and hidden homelessness in Spain: tackling a somewhat unknown yet increasing phenomenon», en Bevan, C. (dir.), *International Handbook on Law, Policy & Homelessness*, Abingdon y Nueva York, 2024, pp. 109-125.

Leal Maldonado, J., «Social housing and policy in Spain», en Houard, N. (ed.) *Social Housing across Europe*, París, 2011, pp. 71-84.

Maclennan, D., y Williams, R., *Affordable housing in Britain and America*, York, 1990.

Mas Badia, M. D., *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de cosa común*. Valencia, 2014.

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Propuesta de una metodología común para el análisis de las situaciones de exclusión residencial en España: Los recuentos nocturnos de personas sin hogar*, Madrid, 2021.

Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, DG de Vivienda y Suelo.Observatorio de vivienda y suelo. *Boletín Especial Vivienda Social,* 2024.

Nasarre Aznar, S. (coord.), *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, The Foundation for European Progressive Studies, 2021.

Nasarre Aznar, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, 2020.

Nasarre Aznar, S., y Garcia Teruel, R. M., «Evictions and homelessness in Spain 2010-2017» en Kenna, P. et al (eds.), *Loss of homes and evictions across Europe. A comparative legal and policy examination*, Cheltenham y Northampton, 2018.

OCDE, *Social housing: A key part of past and future housing policy*, Employment, Labour and Social Affairs Policy Briefs, 2020.

OCDE, *OECD Affordable Housing Database – indicator PH 4.2 Social rental dwellings stock*, 2024.

PITTINI, A. (dir.), *The State of Housing in the EU 2019*, Bruselas, 2019.

PITTINI, A., y LAINO, E., *Housing Europe Review 2012. The nuts and bolts of European social housing systems*, 2011.

PONCE SOLÉ, J., «Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio», *Informe comunidades autónomas*, núm. 2004, 2004, pp. 800-822.

ROSENFELD, O., S*ocial Housing in the UNECE Region. Models, Trends and Challenges*, Naciones Unidas, Ginebra, 2015.

SANZ CINTORA, A. (coord.), *Diagnóstico 2012. La gestión de la vivienda pública de alquiler*, 2012.

STEPHEN EZENNIA, I., y HOSKARA, S. O., «Methodological weaknesses in the measurement approaches and concept of housing affordability used in housing research: a qualitative study», *PLoS ONE*, 4(8), 2019.

TEJEDOR BIELSA, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, 2010, pp. 309-347.

TEJEDOR BIELSA, J., «A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero», *La ley digital*, núm. 2538, 2018, pp. 1-11.

UNECE, *The Geneva UN Charter on Sustainable Housing*, E/ECE/1478/Rev.1, 2015.

VINUESA ANGULO, J., y PALACIOS GARCÍA, A. J., «Marco normativo y organizativo», en MOYA GONZÁLEZ, L. (ed.), *VSE La vivienda social en Europa. Alemania, Francia y Países Bajos desde 1945*, Madrid, 2008, pp. 39-73.

WHITEHEAD, C., y SCANLON, K., *Social housing in Europe*, Londres, 2007.

F. Sujetos. Colectivos (vulnerables/ menores). Grandes tenedores *

Nicolás Alejandro Guillén Navarro
Profesor Ayudante Doctor (acreditado TU)
de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza
nicolasg@unizar.es

Resumen: *Las políticas de vivienda españolas han experimentado una interesante evolución en favor de la protección habitacional de diferentes colectivos que presentan dificultades en el acceso a un alojamiento digno y adecuado. En este sentido, la vulnerabilidad social y económica se sitúa como un elemento clave en el conjunto de medidas y objetivos proteccionistas llevadas a cabo en los últimos años. Por otra parte, resulta interesante el análisis de la figura del gran tenedor y su relación con estos colectivos en un momento en el que hay un gran número de viviendas deshabitadas hecho que contrasta con el aumento de personas con dificultades en el acceso a una*

* Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADES-TER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23R (*BOA* núm. 80 de 28/04/2023).

vivienda. En este estudio se analizarán todos estos aspectos, dando una visión global de la problemática asociada.

Palabras clave: *VPO, vivienda protegida, jóvenes, alquiler, vivienda.*

ABSTRACT: *Spanish housing policies have experienced an interesting evolution in favor of housing protection for different groups that have difficulties in accessing decent and adequate accommodation. In this sense, social and economic vulnerability is a key element in the set of protectionist measures and objectives carried out in recent years. On the other hand, the analysis of the figure of the large property holder and its relationship with these groups is interesting at a time when there is a large number of uninhabited homes, a fact that contrasts with the large number of people with difficulties in accessing housing. In this study all these aspects will be analyzed, giving a global vision of the associated problems.*

Keywords: *Subsidized housing, public housing, young people, rental, housing.*

Sumario: 1. Colectivos prioritarios en el ámbito de las políticas de vivienda españolas: la vulnerabilidad como eje central. 1.1 Análisis del concepto vulnerabilidad, situaciones e incidencia. Vulnerabilidad económica. Vulnerabilidad sobrevenida. 1.2 Personas sin hogar, chabolismo e infravivienda. Víctimas de violencia de género. 1.3 Menores. Jóvenes. Personas mayores. Personas con discapacidad. 2. Grandes tenedores. 2.1 Concepto. 2.2 Obligaciones: inscripción registro; colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado. Derechos de tanteo. Impuesto sobre grandes tenedores. 2.3 Grandes tenedores y procesos de desahucio. 2.4 Grandes tenedores y Ley de arrendamientos urbanos. Bibliografía.

1. COLECTIVOS PRIORITARIOS EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA ESPAÑOLAS: LA VULNERABILIDAD COMO EJE CENTRAL

La figura del beneficiario final de las políticas de vivienda ha evolucionado de manera importante, acercándose a los modelos anglosajones en los que la identificación de colectivos con una necesidad preferente de

alojamiento se configura como el eje fundamental de las mismas[1]. En este sentido, si en las últimas décadas había una asociación de las distintas tipologías de vivienda (véase VPO de régimen especial y general) con los ingresos familiares ponderados de los destinatarios, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 (RD 801/2005, de 1 de julio) inició una senda mantenida en la actualidad con la identificación de colectivos concretos a tener muy en cuenta por las políticas de vivienda. En concreto, en el artículo 3, si bien al comienzo de la redacción se decía que podían ser beneficiarios de las ayudas del Plan, las familias y personas que cumplieran los requisitos relativos a los niveles de ingresos familiares y a otras circunstancias personales, exigibles en general y para cada tipo de actuación protegida, posteriormente se indicaba que eran considerados beneficiarios con derecho a protección preferente un conjunto de colectivos, en concreto, a) compradores que acceden por primera vez a la vivienda en propiedad; b) jóvenes de hasta 35 años; c) personas mayores de 65 años y sus familias; d) víctimas de la violencia de género y víctimas del terrorismo; e) familias numerosas; f) familias monoparentales; g) personas con discapacidad y sus familias; h) otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social.

La identificación clara y precisa de estos colectivos se mantuvo en el Plan 2009-2012 (RD 2066/2008, de 12 de diciembre)[2], difuminándose en los sucesivos planes de vivienda en favor de la articulación de diversos programas de ayudas que identifican a sus beneficiarios y que guardan, eso sí, relación con algunos de los grupos anteriormente mencionados.

Es verdad que el siguiente Plan de vivienda, el 2013-2016 (RD 233/2013, de 5 de abril), aparece en un momento en el cual se heredaba una importante crisis económico-financiera que afectó de manera relevante al sector de la vivienda y por ende se considera un punto de inflexión en las políticas de vivienda. Ante esta situación, puede decirse que este Plan sirvió de herramienta de reconducción de las políticas de vivienda ante el importante

(1) La evolución de las políticas de vivienda ha evolucionado de manera significativa partiendo de la identificación concreta de colectivos en sus orígenes (véase clases trabajadoras, funcionarios, clases medias, etc.) a posicionarse respecto a personas con unos determinados recursos económicos. Toda esta evolución se puede encontrar en Guillén Navarro (2012).

(2) En concreto, este Plan, en su artículo 1, apartado 2, identificó todo un conjunto de colectivos considerados beneficiarios con derecho a protección preferente. Así, además de unidades familiares con ingresos que no excedieran de 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM), a efectos del acceso en alquiler a la vivienda, y de 2,5 veces el mismo indicador, a efectos del acceso en propiedad a la vivienda, se hacía referencia a las personas que accedieran por primera vez a la vivienda; jóvenes, menores de 35 años; personas mayores de 65 años; mujeres víctimas de la violencia de género; víctimas del terrorismo; afectados por situaciones catastróficas; familias numerosas; familias monoparentales con hijos; personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo; personas separadas o divorciadas, al corriente del pago de pensiones alimenticias y compensatorias, en su caso; personas sin hogar o procedentes de operaciones de erradicación del chabolismo; además, de otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social determinados por las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

stock de vivienda acabada, nueva y sin vender; además, de identificar las grandes dificultades de algunos ciudadanos para el acceso a una vivienda, especialmente de los sectores más vulnerables, debido, como se decía en el referido Plan, «a la precariedad y debilidad del mercado de trabajo, a lo que se unía la restricción de la financiación por parte de las entidades de crédito». El Plan Estatal 2013-2016 dio un vuelco al modo de enfoque de las políticas de vivienda, acotando las ayudas a los fines que se consideraban prioritarios y de imprescindible atención, e incentivando al sector privado para que, en términos de sostenibilidad y competitividad, pudieran reactivar el sector de la construcción a través de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas y contribuir a la creación de un mercado del alquiler más amplio y profesional que el existente. En sí, no hay unos colectivos identificados en el Plan, volviéndose al criterio básico de determinación según los ingresos de la persona o unidad.

El Plan 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de marzo) siguió este modelo de articulación de diferentes planes y programas, identificándose en los objetivos marcados en este Plan algunos colectivos en torno a los cuales giraban estas medidas. En concreto, como colectivos se identificaban a los jóvenes, personas mayores y discapacitados, indicándose, como algunos objetivos, el facilitar a los jóvenes el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler, además del acceso a la adquisición o rehabilitación de una vivienda en municipios de menos de 5000 habitantes; facilitar el disfrute de una vivienda digna y adecuada a las personas mayores, en régimen de alquiler o de cesión en uso con renta o precio limitado, mediante el fomento de conjuntos residenciales con instalaciones y servicios comunes adaptados; facilitar el disfrute de una vivienda digna y adecuada a las personas con discapacidad, en régimen de alquiler o de cesión en uso con renta o precio limitado, mediante el fomento de conjuntos residenciales con instalaciones y servicios comunes adaptados. Estos objetivos luego se implementaban a través de diferentes programas. No obstante, resulta curioso que no se especifica las edades en estos grupos, a diferencia de lo que ocurría en los planes 2005-2008 y 2009-2012 (jóvenes menores de 35 años y mayores de 65 años).

En el Plan de Vivienda 2022-2025 (RD 42/2022, de 18 de enero) el abanico de destinatarios se abre, partiendo del apoyo habitacional sobre los ciudadanos con menos recursos (mediante ayudas directas al alquiler), si bien los colectivos de jóvenes, mayores y discapacitados se siguen manteniendo, adquiriendo los jóvenes un protagonismo destacado. No obstante, como he señalado, también se pueden identificar otros colectivos como las personas víctimas de violencia de género, las personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, las personas sin hogar y a otras personas especialmente vulnerables, incluidos supuestos de vulnerabilidad

sobrevenida, situaciones estas últimas que analizaremos a continuación. La importancia de las situaciones de vulnerabilidad como eje importante de destinatarios de las políticas de vivienda no es algo que solo se pueda apreciar en el Plan de vivienda, sino que también se incluye en el artículo 14 de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Ello se pone en relación con los objetivos perseguidos en la Ley, destacando los colectivos a los que hay que prestar especial atención a la hora de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada como son los jóvenes y colectivos vulnerables, siendo estos dos los que adquieren mayor protagonismo en las políticas de vivienda actuales[3].

1.1 **Análisis del concepto vulnerabilidad, situaciones e incidencia. Vulnerabilidad económica. Vulnerabilidad sobrevenida**

Como se ha señalado, un elemento novedoso es la introducción del concepto de vulnerabilidad en las políticas de vivienda en España. Su utilización está muy presente en la actualidad, si bien, por ejemplo, el Plan de vivienda 2009-2012 ya lo utilizaba en múltiples ocasiones para enfatizar la situación de algunos colectivos, incluyéndose, por ejemplo, el programa de promoción de alojamientos para colectivos especialmente vulnerables, el cual luego derivaba a considerar como vulnerables las personas con derecho a protección preferente que se recogían en el artículo 1.2 [en concreto los de las letras a), c), d), e), f), g), j), k), l) y m)][4]. Este tipo de vulnerabilidad se enlaza con el aspecto de vulnerabilidad social, es decir, determinados colectivos que por su situación social presentan problemas y dificultades en el acceso a la vivienda. Además de la vulnerabilidad social, se añade el de vulnerabilidad económica, en la que entran factores económicos concernientes a la situación de la persona que conlleva a tener problemas habitacionales. Los conceptos de vulnerabilidad social y económica en la mayoría de los casos confluyen entre sí, regulándose en la distinta normativa sobre vivienda.

La dimensión presente de la vulnerabilidad la tenemos que poner necesariamente en conexión con un conjunto normativo en el que se incluye la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda; el RD 42/2022, de 18 de enero (Plan de 2022-2025); el RDL 37/2020, de 22 de diciembre,

(3) Acerca de la unión entre políticas de vivienda y colectivos vulnerables: Hernández Pedreño, y Manzanera Román (2024); Nieto Cruz, *et. al*. (2022).

(4) Es cierto que en este Plan se advierte la utilización de este concepto, el de vulnerabilidad, con otra dimensión. En concreto, en el marco de las áreas de rehabilitación integral (ARIS), se exigía la presentación de una memoria justificativa de la situación de vulnerabilidad social, económica y ambiental del ARI.

de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes; y el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, aunque también hay referencias a este concepto en otras normas como la Ley de arrendamientos urbanos, a raíz de las últimas modificaciones producidas en la misma. Respecto al RDL 11/2020, de 31 de marzo, es en esta norma en donde podemos identificar una apuesta clara por la necesidad de protección de estos colectivos vulnerables en varios ámbitos, entre ellos en el de la vivienda. En concreto resulta interesante la delimitación del conceto vulnerabilidad económica que se hace tanto a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual (art. 5), como a los efectos de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria (art. 16), además de con respecto a los contratos de crédito sin garantía hipotecaria (art.18). En cuanto a los dos primeros supuestos destaca la unión de la situación laboral de la persona (véase a estar en situación de desempleo o en expediente temporal de regulación de empleo), con el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar o situaciones de dependencia en la unidad de familiar, además de otros supuestos como que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (para obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual)[5] o que el total de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 19, más los gastos y suministros básicos resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (para el caso de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria.

Como digo, el RDL 11/2020, de 31 de marzo, marzo, y sus sucesivas reformas y ampliaciones (véase, RDL 37/2020, de 22 de diciembre) configuran el concepto de vulnerabilidad que se asienta posteriormente tanto en el Plan de Vivienda 2022-2025, como en la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En concreto, el Plan de Vivienda 2022-2025 incluye un bloque de programas de ayudas directas a las personas

(5) Hecho que se añade a la no disponibilidad de vivienda, es decir, que la persona arrendataria o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar que habita aquella sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España, introduciéndose matizaciones para los casos de parte alícuota, herencia o mediante transmisión *mortiscausa* sin testamento o no disponibilidad por causa de separación o divorcio, por cualquier otra causa ajena a su voluntad o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de alguna de las personas que conforman la unidad de convivencia.

arrendatarias con efectos a corto plazo y especial atención a determinados colectivos vulnerables o que devengan vulnerables, en concreto, el programa de ayuda al alquiler de vivienda; el programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables y el programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida. No obstante, no es la primera vez que se introduce una medida de este calado ya que el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 ya contó con el programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual, introducido por los artículos 1 a 3 de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril. Centrándonos en el Programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida del Plan 2022-2025, a falta de la breve explicación posterior de los otros dos programas, el concepto de vulnerabilidad varía de lo anteriormente visto al establecerse una delimitación de vulnerabilidad sobrevenida basada en la configuración del beneficiario en el artículo 44. Esencialmente se parte de que el arrendatario contaba con unos ingresos inferiores a 5 veces el IPREM (5,5 veces el IPREM si se trata de una familia numerosa de categoría general, de personas con discapacidad o víctimas del terrorismo y de 6 veces el IPREM cuando se trate de familias numerosas de categoría especial o de personas con discapacidad con un grado reconocido igual o superior al 33 %) y posteriormente ocurre una situación que hace que la persona arrendataria haya devenido vulnerable por haber sido reducidos, dentro de los dos años anteriores a la solicitud de la ayuda, los ingresos netos del conjunto de la unidad de convivencia de forma sustancial, en un 20 % como mínimo, de forma que no superen 3 veces el IPREM y que el esfuerzo para el pago de la renta arrendaticia, incluidas las repercusiones autorizadas por la legislación aplicable, satisfechas por la persona arrendataria, supere el 30 % de los ingresos netos de la misma (porcentaje inferior al 35 % anteriormente mencionado).

En la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, de nuevo el concepto de vulnerabilidad ocupa un lugar destacado en el entramado normativo. Enlazado con el hecho de la situación económica o la situación de exclusión social, se destaca su inclusión en la planificación y programación estatal en materia de vivienda a la hora de la adecuada dotación de programas de ayuda, pero, sobre todo, por su inclusión dentro de los principios generales de la actuación pública en materia de vivienda. En este sentido, en el artículo 14 se recoge una delimitación que va más allá de la visión presentada anteriormente al conectarse con aquellas personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados a las personas sin hogar; a las personas

con discapacidad; a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social; a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación. Una situación muy novedosa y que se pone en consonancia con la visión anglosajona que tiene como eje principal el sin hogarismo en sus políticas de vivienda.

1.2 **Personas sin hogar, chabolismo e infravivienda. Víctimas de violencia de género**

Como se ha señalado anteriormente, la visión del beneficiario de las políticas, atendiendo únicamente a su situación económica, ha dado paso a la identificación de colectivos vulnerables. Cabe recordar la configuración hecha por los Planes de vivienda 2005-2008 y 2009-2012, que incluía un largo listado de beneficiarios de las ayudas del Plan y que se fue difuminando a favor de la apuesta por colectivos muy concretos como los jóvenes, las personas mayores o las personas con discapacidad.

Acudiendo a la L 12/2023, de 24 de mayo, se comprueba la protección de algunos colectivos, destacándose lo relativo a chabolismo, infravivienda o en emergencia habitacional. En este sentido ha de destacarse el hecho de la inclusión, dentro de los fines de las políticas públicas de vivienda, de la necesidad de adoptación de medidas para la lucha contra el chabolismo o el sinhogarismo. Además, resulta interesante la delimitación hecha del sinhogarismo en el artículo 3.l de la Ley con un conjunto amplio de situaciones (residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia), añadiéndose la situación de sinhogarismo cronificado, cuando la situación de sinhogarismo continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Por otra parte, la importancia del sinhogarismo también se recoge en el Plan 2022-2025 con la inclusión de un programa de ayuda centrado en facilitar una solución habitacional inmediata y que incluye a diversos colectivos, en concreto a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables[(6)]. Precisamente, en cuanto a las víctimas de

(6) Programa que hay que relacionar con otros antecedentes como el Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables (Capítulo IV del Plan de vivienda 2018-2021).

violencia de género, las políticas de vivienda han tenido presente a las mismas, si bien con una evolución en su tratamiento al transitar de la referencia hecha en el Plan 2005-2008 de las mujeres víctimas de la violencia de género como posibles beneficiarias de las ayudas del plan, a la referencia hecha en el Plan 2022-2025 de víctimas de violencia de género, que a su vez se conecta con las víctimas de trata con fines de explotación sexual, víctimas de violencia sexual y que no se solo se incluyen en el anteriormente referenciado programa de ayuda sino también, por ejemplo, teniendo un destino prioritario de las viviendas cedidas por la SAREB o entidad pública.

1.3 **Menores. Jóvenes. Personas mayores. Personas con discapacidad**

Un hecho relevante de la Ley por el derecho a la vivienda es la referencia hecha a los menores de edad al incluirlos en los fines de las políticas públicas de vivienda. En este sentido, se destaca el que la vivienda constituye un espacio fundamental de desarrollo, seguridad y cobijo. Además, se enfatiza otro elemento y es el de proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda de familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo y el priorizar la atención e información de las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo que, por encontrarse en situación de pobreza, exclusión social u otras formas de vulnerabilidad, deben ser objeto de especial protección. No obstante, sobre todo ha de resaltarse el encargo hecho a las administraciones públicas en el artículo 7 de la Ley de promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, situación entrelazada con la redacción del artículo 47 CE. No obstante, esta protección hecha por la Ley no solo se enfoca en las familias, sino que también hay referencia a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social o los menores tutelados que dejen de serlo al incluirse en las situaciones de especial vulnerabilidad.

Otro colectivo con suma importancia en las políticas de vivienda son los jóvenes. Su aparición en los diferentes Planes se ha ido manteniendo desde el Plan 1996-1999, en donde se hacía mención a las dificultades de este colectivo en el acceso a la vivienda dado que la oferta de viviendas en alquiler resultaba, ya por entonces, insuficiente en cantidad, además de ser inadecuada, por sus elevados precios de renta, para las condiciones económicas de este colectivo. Ello supuso el que se abriera la puerta a que viviendas con protección para alquiler, destinadas a este colectivo, pudieran acceder

a la financiación cualificada. Esta visión y ánimo de protección sobre los jóvenes se ha ido repitiendo en los diferentes planes, introduciéndose paulatinamente medidas favorecedoras del acceso a la vivienda (véase la ayuda estatal directa especial a la entrada del Plan 2002-2005). De todos modos, un punto de inflexión se produce en el Plan Estatal 2005-2008, en donde se sitúa a este colectivo (se indica menores de 35 años) dentro de los ciudadanos beneficiarios de las ayudas del Plan y se configuran programas concretos destinados a estos como el programa de vivienda para jóvenes (vivienda joven en alquiler, subvenciones a los inquilinos jóvenes, ayudas a la compra de vivienda o la preferencia para el acceso a viviendas protegidas en propiedad). Sin duda este plan fue muy ambicioso, relajándose las medidas en el Plan 2009-2012 (se incluía este colectivo como beneficiarios de las ayudas del Plan, pero sin programas específicos) y en el Plan 2013-2016, en donde no se hace mención a los jóvenes. Esta situación cambia por completo en el Plan 2018-2021 en donde de nuevo se sitúan en una posición relevante, atendiendo a la realidad social sufrida (problema del paro y dificultades en el acceso a un puesto de trabajo), estableciéndose como uno de los objetivos de este Plan el facilitar a los jóvenes el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler. Para ello se incluyó un programa de ayuda a los jóvenes destinado a facilitar el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler a los jóvenes con escasos medios económicos, mediante el otorgamiento de ayudas directas al inquilino, o facilitar a los jóvenes el acceso a una vivienda en régimen de propiedad localizada en un municipio de pequeño tamaño (menos de 5.000 habitantes), mediante la concesión de una subvención directa para su adquisición. Esta visión se ha mantenido en los siguientes planes. Por ejemplo, el Plan 2022-2025, de nuevo alude a las dificultades para el acceso a la vivienda de los jóvenes, inmersos en una latente demanda de emancipación no satisfecha que contribuye a limitar «sus posibilidades de desarrollo vital». Así, este plan incluye diferentes medidas como el bono alquiler joven, destinado a facilitar el disfrute de una vivienda o habitación en régimen de alquiler o de cesión de uso a las personas jóvenes con escasos medios económicos a través del otorgamiento de ayudas directas a las personas arrendatarias o cesionarias, o el programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico, destinado a facilitar el acceso al disfrute de una vivienda o habitación digna y adecuada en régimen de alquiler o de cesión en uso a las personas jóvenes con escasos medios económicos, mediante el otorgamiento de ayudas directas a la persona arrendataria o cesionarias; o facilitando a las personas jóvenes el acceso a una vivienda en régimen de propiedad localizada en un municipio o núcleo de población de pequeño tamaño (menos de 10.000 habitantes), mediante la concesión de una subvención directa para su adquisición. Todas estas

medidas de los últimos planes de vivienda se ponen en consonancia con los objetivos de la L12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, entre los cuales se encuentra el de «facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales». Jóvenes, cuya edad sitúa entre los 18 y 35 años.

Otros colectivos con importancia en las políticas de vivienda son las personas mayores de 65 años y las personas discapacitadas, identificándose una interconexión entre ambas figuras en la diferente normativa por la aplicación común de medidas[7]. Por ejemplo, la referencia a los mayores de 65 años es casi inexistente en la L12/2023, de 24 de mayo, pero sí que se puede encontrar el tratamiento del derecho de las personas con discapacidad y de aquellas que por razón de su edad avanzada necesiten una vivienda accesible. El hecho de la aplicación de medidas de mejora de la accesibilidad de las actuaciones para ambos colectivos es algo que se va identificando en los últimos planes, pero no es la única. Así, el 2018-2021 incluía a este colectivo en el programa de ayuda al alquiler de vivienda, destinándose un bloque de medidas específico a través del programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad[8]. Este último programa iba destinado al fomento de la construcción de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad junto con las instalaciones y servicios comunes necesarios para ser explotadas en régimen de alquiler o cesión en uso. Con el Plan 2022-2025 se mantienen estas ideas, introduciendo a ambos colectivos dentro de sus objetivos, en concreto lo relativo a incrementar la oferta de vivienda en alquiler asequible para estos colectivos. Para ello se introduce de nuevo el programa de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad, con alcance parecido al anterior Plan, esta vez, el fomento de la promoción de alojamientos o viviendas con instalaciones, servicios y zonas de interrelación, para personas mayores y personas con discapacidad, destinadas al alquiler o cesión en uso, tanto de titularidad pública como privada.

(7) De todos modos, no hay que olvidar que el Plan 2005-2008 ya introducía tanto a los mayores de 65 años y sus familias, como a las personas con discapacidad y sus familias, dentro de los ciudadanos beneficiarios de las ayudas del Plan; hecho que se matizaría posteriormente en el Plan 2009-2012 al considerar beneficiarios de las ayudas a las personas mayores de 65 años (se elimina la referencia a las familias), así como a las personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo.

(8) No hay que olvidar los problemas de exclusión residencial que presentan algunas personas mayores y que no pueden ser obviadas cuando de políticas de vivienda hablamos. En este sentido se pueden consultar diferentes estudios como los Benito Martínez, y Benito Lozano (2013); Cobacho González, y Silva López (2015); Gómez Garrido, y Rodríguez Pasquín (2024).

2. GRANDES TENEDORES

La figura de gran tenedor se encuentra regulada tanto en la normativa estatal, como la autonómica, habiendo sinergias entre ambas delimitaciones conceptuales. Su aparición surge en un momento de tensión inmobiliaria en España, acentuada por la crisis de los años de la pandemia del COVID-19. En este sentido, como se verá a continuación, las particularidades de esta figura rigen la relación arrendaticia con respecto a las personas con situación de vulnerabilidad económica, articulándose toda una serie de mecanismos de protección a estos últimos[9].

2.1 **Concepto**

Lo primero todo, torna necesario delimitar qué se entiende por gran tenedor. En este sentido, en el ámbito estatal esta figura la podemos encontrar referida en el artículo 4 del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, en donde es definido como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m^2. Esta delimitación es acogida posteriormente por la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, si bien, hay dos aspectos importantes que se matizan. El primero de ellos es el hecho de que en la definición recogida en el artículo 3.2.k de la L 12/2023, de 24 de mayo, se acota a aquellos inmuebles y superficie que sea de uso residencial, hecho que no se precisaba en el RDL 11/2020, de 31 de marzo. En segundo lugar, se especifica que tal definición general puede ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, pudiendo alcanzar a titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial que estén ubicados en dichos entornos. Además de todo ello, si se acude al preámbulo de la norma, hay otro aspecto importante a destacar y que se pone en consonancia con la regulación por parte de las CCAA de la figura del gran tenedor. En este sentido, en este preámbulo se especifica que las definiciones recogidas en la ley se establecen a los efectos de lo dispuesto en la propia ley, respetando en todo caso las definiciones existentes o las que pudieran adoptarse en el marco de las legislaciones de las comunidades autónomas sobre esta materia.

(9) El análisis realizado se puede completar con lo estudios, por ejemplo, de Fuentes-Lojo Rius (2024), y Jiménez Muñoz (2024).

Como ya se ha señalado anteriormente, en el ámbito autonómico también se puede encontrar regulada la figura del gran tenedor, habiendo incluso cierta discrepancia con la delimitación estatal, especialmente en lo referido al número de inmuebles. Dentro de las CCAA, se puede encontrar referida esta figura, por ejemplo, en Castilla León, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura o Región de Murcia, ofreciendo cada una de ellas visiones más o menos detalladas de lo que se debe entender por gran tenedor.

En el caso de Cataluña, se puede encontrar una de las definiciones primigenias. En este sentido, en el artículo 5.9 de la L 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña, se recoge esta figura con un desarrollo que nada tiene que ver con la definición estatal anteriormente comentada. En su redacción original, el artículo únicamente asociaba la figura del gran tenedor a personas jurídicas, hecho como se aprecia diferente al caso estatal en el que pueden ser personas físicas y jurídicas. Esta situación fue modificada posteriormente por el artículo 136 de la L 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, que, como digo, modificó el artículo 5.9 de la L 24/2015, de 29 de julio, ampliándose la aplicación del concepto a personas físicas, jurídicas e incluso fondos de capital riesgo y de titulización de activos. Con ello, el gran tenedor se asocia a cuatro situaciones, en concreto, a) las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil; b) las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado, con las siguientes excepciones: 1.º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la L 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler. 3.º Las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial; c) los fondos de capital riesgo y de titulización de activos; d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda, con referencia en ambos casos a viviendas situadas en territorio del Estado, con las mismas excepciones que establecen para las personas jurídicas los puntos 1.º y 2.º de la letra b).

En el caso de la Comunidad Valencina, la regulación del gran tenedor se puede encontrar referida en Capítulo II del D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas. Dicha norma es relevante, ya que no solo incluye una delimitación de lo que se entiende por esta figura, sino que, además, en el capítulo II, se incluye un gran desarrollo acerca de sus derechos y obligaciones. En lo referido a su definición, el artículo 19, según la redacción dada por el artículo único del D 85/2022 de 1 de julio, del Consell, por el que se modifica el D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del Reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas, considera gran tenedor a la persona física, jurídica y entidades sin personalidad jurídica que desempeñen una actividad económica en el ámbito inmobiliario y disponga de más de diez viviendas en cualquier régimen o modalidad de disfrute en los términos previstos en la legislación reguladora de la función social de la vivienda. El precepto matiza que en el cómputo del número de viviendas, no se considerarán aquellas en las que concurra alguna de las causas justificadas de desocupación previstas en la norma. Asimismo, se especifica que las personas físicas, jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que en el ejercicio de su actividad inmobiliaria operen por cuenta de terceros y, en particular, quienes presten servicios de intermediación o gestión de activos, únicamente tendrán la consideración de grandes tenedores cuando gestionen más de diez viviendas de un mismo propietario, cualquiera que sea la forma de gestión que realicen. De igual manera ha de entenderse que los efectos previstos en la norma se extienden a las viviendas que pertenezcan a un gran tenedor de manera directa o indirecta a través de su participación en otras sociedades o grupos de sociedades y, en particular, se extenderán a las viviendas propiedad de sus filiales, entidades de gestión de activos y sociedades inmobiliarias bajo su control[(10)].

Según la regulación de la Región de Murcia son grandes tenedores las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil y ubicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Visión simplificada dada por el artículo 59 quáter de la L 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia y centrada en

(10) Artículo 19 del D 130/2021, de 1 de octubre, señala al final que, cuando, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero más de una persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica tenga la consideración de gran tenedor respecto de una misma vivienda y, en particular, en los supuestos de intermediación de las entidades de gestión de activos inmobiliarios y de gestión de préstamos hipotecarios, las obligaciones derivadas de este decreto tendrán carácter individual para cada uno los sujetos obligados, sin perjuicio de que los procedimientos declarativos se entiendan exclusivamente con la persona titular de la vivienda.

colectivos muy concretos como la banca. Esta visión también se puede encontrar en Extremadura en donde el artículo 4.18 de la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura[11] considera como grandes tenedores de vivienda a aquellas personas jurídicas, formen o no parte de un grupo fiscal o de sociedades, así como los fondos de titulización regulados en la L 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que dispongan de más de 5 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo, derecho de superficie o cualquier otro derecho real o modalidad de disfrute, que les faculte para determinar los usos a que se destinarán las viviendas. Cifra de viviendas, como se comprueba, que difiere de lo que se ha analizado hasta ahora.

En el caso de Castilla La Mancha, hay una conexión directa con la definición estatal y es que el artículo 8.6 de la L 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha, que define al gran tenedor como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, visión fortalecida por la remisión directa hecha por la Orden 95/2024, de 3 de junio, relativa a la conciliación previa a los procesos judiciales de desahucio, en donde se especifica que será de aplicación la definición de gran tenedor de vivienda establecida en el artículo 3 k) de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[12].

En las Islas Baleares, el artículo 4.i de la L 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, considera grandes tenedores de vivienda a las personas físicas o jurídicas que, por sí mismas, de manera directa, o indirectamente a través de la participación en otras sociedades o grupos de sociedades de las que tengan el control efectivo, disponen de diez o más viviendas, en el ámbito de las Illes Balears, en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otro derecho que los faculte para ceder su uso, y que tengan como actividad económica la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de viviendas. A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

---

(11) Según redacción dada por la L 4/2023, de 29 de marzo, que modifica la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, y por la que se crea el Impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores, el Fondo de Garantía de Adquisición de Vivienda de Extremadura y el Mecanismo de garantía de alojamiento y realojamiento del menor y se modifican otras normas tributarias.

(12) Véase la Orden 95/2024, de 3 de junio, de la Consejería de Fomento, por la que se regula la competencia y el procedimiento de conciliación previa a los procesos judiciales de desahucio, recuperación de la posesión y ejecución hipotecaria de personas en situación de vulnerabilidad económica, previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Para finalizar, una visión muy simplificada de gran tenedor, centrado en las zonas de mercado tensionadas, es la dada en la Comunidad Foral de Navarra, en donde el artículo 98.2 de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra[13], asocia a la persona física o jurídica que sea propietaria o usufructuaria de diez o más viviendas. Hecho curioso también, dada la profundidad regulatoria de la figura del gran tenedor en las anteriores CCAA, es el que en Castilla y León, el artículo 22.4 de la Ley 4/2024, de 9 de mayo, de medidas tributarias, financieras y administrativa incorpora una nueva disposición adicional quinta a la Ley 9/2010, de 30 de agosto, relativo al procedimiento de mediación previo a la admisión de determinadas demandas de grandes tenedores de vivienda, pero en donde no se define qué se entiende por gran tenedor.

2.2 Obligaciones: inscripción registro; colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado. Derechos de tanteo. Impuesto sobre grandes tenedores

En la normativa autonómica se pueden encontrar recogidas diferentes obligaciones de los grandes tenedores, entre las que destacan especialmente las relativas a la movilización de las viviendas deshabitadas. Esta situación se puede identificar, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Valenciana, en donde el Reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas (D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell) recoge un procedimiento para la declaración de una vivienda como deshabitada, particularmente diseñado para los grandes tenedores de vivienda con el objeto de movilizar el importante stock en poder de las entidades financieras, tal y como se indica en la norma. Pues bien, en este contexto, el Reglamento obliga a que los grandes tenedores deban comunicar a la Conselleria competente en materia de vivienda, semestralmente, la relación de aquellas viviendas deshabitadas[14] con una serie de datos tanto de la titularidad, como de la situación física y jurídica de la vivienda en cuestión (art.21). Por otra parte, en este contexto de

(13) Introducido por la Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra, en concreto se introduce el Título X Zonas de Mercado tensionado, que engloba el referido precepto.

(14) En concreto, en el artículo 2.1 del D 130/2021, de 1 de octubre, se entiende por vivienda deshabitada «aquella que, siendo propiedad de un gran tenedor, sea declarada como tal mediante resolución administrativa por incumplir su función social al no ser destinada de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o por permanecer desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año, sin que concurra causa justificada de desocupación».

movilización de viviendas, el Decreto también asocia una serie de derechos, en concreto, al ofrecimiento de todas o algunas de las medidas de fomento y en el caso de que se acredite el cumplimiento íntegro de la medida de fomento en cuestión, se podrán beneficiarse de las exenciones o bonificaciones que prevean los tributos autonómicos y locales al efecto (art. 22).

La existencia de este tipo de registro de grandes tenedores también se puede encontrar en Cataluña. En concreto, la Disposición adicional vigésima séptima de la L 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda[15], recoge la creación del registro de grandes tenedores de vivienda en el que deben inscribirse las personas jurídicas que sean grandes tenedores de acuerdo con lo que establece el artículo 5 de la L 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En concreto, se dice que los grandes tenedores que sean personas jurídicas deben comunicar a la Agencia de la Vivienda de Cataluña el número y la relación de viviendas de las que son titulares. Misma situación encontramos en Islas Baleares con la existencia del registro de viviendas desocupadas regulado a través del D 36/2019, de 10 de mayo, respecto del cual los grandes tenedores de viviendas tendrán la obligación de comunicar a la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad la relación de viviendas desocupadas para su inscripción en el Registro.

Estas obligaciones de información también las podemos identificar respecto a las denominadas zonas de mercado residencial tensionado. En este sentido, el artículo 19 de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, establece que el que se pueda exigir por parte de las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda, el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de titularidad de grandes tenedores que se encuentren en estas zonas de mercado residencial tensionado[16]. Para ello, previamente en la memoria de la declaración de la zona, se deben definir los criterios para la consideración de gran tenedor de vivienda en la zona de mercado residencial tensionado, en función de su potencial influencia, por el volumen de inmuebles de uso residencial de su titularidad en el mercado de alquiler de dicha zona o atendiendo a la normativa

(15) Disposición adicional vigésima séptima introducida por el artículo 8 de la L 1/2022, 3 marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la L 24/2015 y la L 4/2016 para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda.

(16) En concreto, el preámbulo de la norma señala que ello se hace con objeto de asegurar el cumplimiento de los deberes asociados al derecho de propiedad de la vivienda, especialmente en estos entornos en los que debe evitarse prácticas de retención y desocupación indebidas, que podrían tener efectos muy negativos en el mercado residencial a nivel local.

específica de la Administración competente en materia de vivienda[17]. Por lo que respecta a la información a aportar de las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, el precepto identificaba toda una serie de datos relativos a la situación física y jurídica, además del régimen de utilización efectiva de la vivienda, en el contexto de los usos previstos en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística y la justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda (véase artículo 11 de la norma); no obstante, esta parte recogida en el 19.3 fue declarada inconstitucional y, por tanto, nulo por Sentencia TC (Pleno) 79/2024, de 21 mayo.

Otro elemento por reseñar respecto a las obligaciones de los grandes tenedores es lo relativo a los derechos de tanteo y retracto existentes en Islas Baleares. En este sentido, el DL 3/2020, de medidas urgentes en materia de vivienda[18], establece un derecho de tanteo y retracto legal que afecta a las propiedades de los grandes tenedores de vivienda en la transmisión de propiedades (viviendas y terrenos en suelos clasificados como urbanos o urbanizables), que tengan su origen en ejecuciones hipotecarias, compensaciones de deuda o daciones en pago, con el objeto, dice la norma, de que «las plusvalías de estas operaciones reviertan en lo público y permitan ampliar el parque de vivienda de gestión pública de una forma todavía más ágil». Estos derechos también se aplican sobre todas aquellas viviendas vacías que consten inscritas en el Registro de viviendas desocupadas de los grandes tenedores.

Para finalizar es interesante también apuntar la controversia en torno a la creación en Extremadura de un impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores. En este sentido, la L 4/2023, de 29 de marzo, introdujo en la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, un Capítulo IV BIS (arts. 21 bis a 21 novedecies) en donde se regulaba el mismo, si bien estos artículos fueron derogados por la disposición derogatoria única del DL 4/2023, de 12 de septiembre, por lo que se derogó antes de su entrada en vigor el 1 de enero de 2024. En concreto se trataba de un impuesto que gravaba el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas, por el hecho de permanecer desocupadas de forma ininterrumpida. Con ello, se decía en la norma que el ánimo de dicho impuesto era el intervenir cuando los grandes tenedores no pusieran

(17) A este respecto, debe indicarse que, a fecha de redacción de este capítulo, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, promovido por la Xunta de Galicia, contra diferentes artículos de la norma, en concreto, el artículo 19.2.

(18) Mediante la incorporación del artículo 26 quater (Derechos de tanteo y retracto en las transmisiones entre grandes tenedores respecto de viviendas y terrenos adquiridos en procesos judiciales o extrajudiciales) en la L 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, el que se regula también el procedimiento de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

sus viviendas en el mercado o priorizaran la obtención del beneficio económico por encima de la función social para conseguir incrementar el número de viviendas en alquiler y ampliar la oferta de soluciones habitacionales a un precio asequible para los hogares y la ciudadanía extremeña. Acerca de las razones acerca de su supresión, el Decreto Ley destacaba que se buscaba que Extremadura fuera «una Región fiscalmente atractiva, con los efectos positivos que ello genera atendiendo a criterios demográficos y económicos», considerándose dicho impuesto contrario a dicha finalidad.

2.3 **Grandes tenedores y procesos de desahucio**

La L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha modificado, en su disposición final quinta, la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; introduciendo un procedimiento de conciliación obligatoria en los procedimientos judiciales de desahucio, recuperación de la posesión y ejecución hipotecaria, siempre que la parte actora tenga la condición de gran tenedor de vivienda y el inmueble objeto de demanda constituya la vivienda habitual de la persona demanda y se encuentre en situación de vulnerabilidad económica (especial relevancia son los apartados 6 y 7 que se añaden al artículo 439). Con ello, a la hora de interponer una demanda de desahucio hay que diferenciar dos situaciones, es decir, si nos encontramos ante un pequeño o gran tenedor de vivienda. No obstante, en ambas situaciones, en el momento de interponer la demanda de desahucio se han de acreditar dos cuestiones importantes como son, en primer lugar, si el inmueble constituye la vivienda habitual de la persona ocupante, y, en segundo lugar, si el demandante tiene la condición o no de gran tenedor, pudiéndose aportar en este sentido, certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre del demandante y siempre teniendo en cuenta la delimitación conceptual anteriormente expuesta.

En el caso de que sea un gran tenedor, la Ley introduce una matización importante y es que es el gran tenedor el que tiene que acreditar al momento de interponer la demanda si el demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. A este respecto, la norma introduce una aclaración y es que para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica, se dice que se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa

autonómica en materia de vivienda[19]. No obstante, este requisito exigido también podrá cumplirse mediante dos opciones. La primera a través de la declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. La segunda es el documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que en este documento se haga contar por la Administración que el inquilino es considerado económicamente vulnerable, para que la demanda de desahucio sea admitida, el propietario gran tenedor deberá acreditar haberse sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación con el arrendatario que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda (nuevo artículo 439.7 de la L 1/2000, de 7 de enero).

En cuanto a estos procedimientos de conciliación o intermediación, en el referido precepto se introduce dos formas de acreditación. El primero de ellos, es la declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. El segundo de ellos es el documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

(19) La norma también dice que este requisito también podrá cumplirse mediante: «1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. 2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses» (art. 439.6 *in fine* de la Ley 1/2000, de 7 de enero).

A su vez, también la norma indica que en el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior.

Como se comprueba, el hecho de iniciar un procedimiento de desahucio torna muy complejo ya no solo respeto de los requisitos a la hora de interponer una demanda de desahucio, sino también en el desarrollo posterior. A este respecto, una vez que se admita a trámite la demanda, en el caso de que la vivienda que se pretenda recuperar sea vivienda habitual de la parte demandada, se debe estudiar si se encuentra en situación de vulnerabilidad. Cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad. Este hecho es importante ya que el tribunal decidirá si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica. Estas decisiones de tribunal se hacen previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (art. 441.7). En este sentido la vulnerabilidad tiene un componente económico[20], pero también se puede considerar una vulnerabilidad social asociada a personas dependientes, personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

(20) En concreto se dispone que el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica «podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM). b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento. c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo. d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo».

2.4 **Grandes tenedores y Ley de arrendamientos urbanos**

Si como se ha visto anteriormente la Ley por el Derecho a la Vivienda ha introducido algunas modificaciones en la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, también se identifica en su disposición final primera, la modificación de la L 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Sin ánimo de extender la explicación, uno de los aspectos interesantes de la nueva redacción del artículo 10 relativo a la prórroga del contrato, es la introducción en el apartado segundo de una prórroga extraordinaria de un año[(21)], siempre que el arrendador sea gran tenedor y que el arrendatario de vivienda se encuentre en situación de vulnerabilidad social y económica. A este respecto, la norma indica que esta solicitud de prórroga extraordinaria requiere la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y debe ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la L 12/2023, de 24 de mayo, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Benito Martínez, J., y Benito Lozano, J., «Vivienda y personas mayores», en Hernández Pedreño, M. *Vivienda y exclusión residencial*. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2013, pp. 223-241.

Cobacho González, E., y Silva López, P., «Personas mayores y políticas de vivienda», en Sarasola Sánchez-Serrano, J. L. *Trabajo social y servicios sociales para personas mayores*, Universidad Pablo Olavide, Sevilla, 2015, pp. 129-136.

Fuentes-Lojo Rius, A., «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas», *Diario La Ley*, núm. 10486, 2024.

Gómez Garrido, A., y Rodríguez Pasquín, M., «Personas mayores y exclusión residencial», en Hernández Pedreño, M. y Manzanera Román, S. *La vivienda en España: respuesta institucional y colectivos vulnerables*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 179-194.

Guillén Navarro, N. A., *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Marcial Pons. Madrid. 2012.

(21) Esta situación se aplica con respecto a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en su artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1.

Hernández Pedreño, M., y Manzanera Román, S., *La vivienda en España: respuesta institucional y colectivos vulnerables.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Jiménez Muñoz, F. J., «El régimen de los grandes tenedores de viviendas en la ley por el derecho a la vivienda», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 41, 2024, pp. 388-426.

Nieto Cruz, A.; López Suárez, C.; Cervilla Garzón, M. D, y Zurita Martín, I. *Vivienda y colectivos vulnerables*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

G. Función social de la propiedad vinculada al derecho a la vivienda

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona
Codirector de la Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda.
jponce@ub.edu

Resumen: *El estudio analiza la delimitación de la función social de la propiedad de viviendas realizada por la LDV, que culmina una larga evolución, avalada por el Derecho y la jurisprudencia europeos. En esta ley estatal se establece el deber de los propietarios de viviendas de usarlas efectivamente conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y urbanismo, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. Este deber forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre viviendas y supone una delimitación de este en razón de su función social para contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda, configurado ahora como un auténtico derecho subjetivo por la STC 79/2024, de 21 de mayo, que ha considerado conformes con la CE todos los preceptos de la LDV referidos a la función social de la propiedad. En particular, el análisis se centra en diversas manifesta-*

ciones legales de la función social de la propiedad, como la regulación de las viviendas vacías y la posibilidad de que los Ayuntamientos aumenten el IBI bajo determinadas circunstancias legalmente previstas, la declaración de ZMRT (considerada por la STC 26/2025 como una delimitación del derecho de propiedad adecuada a la Constitución) o las reservas para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, posibles también en suelo urbano consolidado. Se termina con una reflexión sobre los límites jurídicos respecto a cargar a la propiedad privada con obligaciones positivas que, en definitiva, corresponden al sector público, como la creación de un parque público de viviendas suficiente y adecuado, abogando por el uso de la técnica de las preasignaciones presupuestarias para conseguir un nivel de inversión pública adecuado.

Palabras clave: *propiedad, función social, derecho a la vivienda, preasignaciones presupuestarias.*

Abstract: *The study analyzes the LDV's delimitation of the social function of housing ownership, which culminates a long evolution, supported by European law and case law. The law establishes the duty of homeowners to use their dwellings effectively in accordance with their qualification, condition and objective characteristics, in accordance with housing and urban planning legislation, guaranteeing in all cases the social function of housing. This duty forms part of the essential content of the right of ownership of dwellings and supposes a delimitation of its social function in order to contribute to the realization of the right to housing, which is the effectiveness of the right to housing, now configured as a true subjective right by the decision of the Spanish Constitutional Court 79/2024, of May 21, which has considered all the precepts of the all the precepts of the LDV referring to the social function of property in conformity with the Spanish Constitution. In particular, the analysis focuses on various legal manifestations of the social function of property, such as the regulation of empty dwellings and the possibility for municipalities to increase the housing tax under certain legally stipulated circumstances, the declaration of ZMRTs or the inclusionary housing* also possible in consolidated urban land. It ends with a reflection on the legal limits to burdening private property with positive obligations that, in the end, correspond the public sector, such as the creation of a sufficient and adequate public housing stock, advocating the use of the technique of earmarking in public budget to achieve an adequate level of public investment.

Keywords: *ownership, social function, right to housing, earmarking.*

Sumario: 1. La función social de la propiedad y el derecho a la vivienda: de Duguit a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. 2. La función social de la propiedad de vivienda en la Ley 12/2023: los deberes del propietario de una vivienda en España de acuerdo a la Ley 12/2023. 3. Algunos ámbitos específicos de actuación de la LDV en la delimitación legal del derecho de propiedad en garantía del derecho a la vivienda. 3.1 Vivienda vacía e incumplimiento de la función social de la propiedad. 3.2 Las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (remisión). 3.3 Reservas urbanísticas para vivienda de protección oficial en suelo y función social de la propiedad: el caso específico del suelo urbano consolidado. 4. Conclusiones: función social y gasto público. Bibliografía.

1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA: DE DUGUIT A LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

El tema de la función social de la propiedad en general es un tema clásico, sobre el que existen numerosas publicaciones y que daría para un extenso análisis. Pero en este breve estudio me voy a concentrar aquí exclusivamente sobre la función social de la propiedad privada, no a la pública de viviendas dotacionales, de viviendas «libres», esto es, no sometidas a ningún régimen de protección pública, de acuerdo con lo que ahora señala al respecto la ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV).

Desde el ciclo de conferencias impartido por Duguit en Argentina en septiembre de 1911, invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por marcar un momento histórico en relación con el concepto de función social de la propiedad, hasta la LDV ha llovido, sin duda, mucho[(1)]. La propiedad concebida en el Código Civil español del estado liberal de 1889 no es ni puede ser la misma concepción de la propiedad en un Estado social y Democrático de Derecho de 2024, por mucho que algunos se empeñen en ello[(2)].

El Código Civil, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, es una simple ley, sometida a la Constitución española (en adelante, CE),

(1) Sobre este ciclo de conferencias puede verse Herrera, 2014 pp. 147-177. Sobre si Duguit fue o no el fundador de la teoría de la función social de la propiedad, Kennedy, 2003, 631, 649-74.

(2) El Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de la LDV, señala en su párrafo 90 y conclusiones que:

«El artículo 11.1-a) del texto hace referencia al uso propio de la vivienda, esto es, a su efectivo destino habitacional, como se ha expuesto. Cualquier uso y disfrute diferente ha de considerarse, pues, impropio, por más que, sin embargo, sea legal en la medida en que cualquier otro destino inmediato forma parte del haz de facultades que se reconocen socialmente como inherentes al derecho de propiedad». La conclusión señala literalmente que «el anteproyecto altera el entendimiento de la propiedad privada de la vivienda y la parcial derogación del artículo 348 del C.c.».

cuyo artículo 33, al reconocer el derecho a la propiedad como un derecho constitucional no fundamental (33.1) establece que la función social de este derecho *delimitará* su contenido, de acuerdo con las leyes (art. 33.2). O con la bella fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución alemana de 1949, «la propiedad obliga (*Eigentum verpffichter*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común».

Así lo han reconocido, por solo ceñirnos al nivel europeo y al ámbito judicial, tanto el TEDH, cuya jurisprudencia debe inspirar la interpretación del derecho de propiedad en España, de acuerdo con el artículo 10.2 CE [3], como el TJUE, así como en España el Tribunal Constitucional.

El TEDH, al interpretar el alcance de la intervención administrativa en relación con el derecho de la propiedad, reconocido éste sí explícitamente en el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio [4], ha señalado en diversas sentencias que la eliminación de lo que se consideran por parte de los legisladores injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de los poderes legislativos democráticos.

Más concretamente, el TEDH subraya que las sociedades modernas consideran que *la vivienda es una necesidad primordial, la regulación de la cual no puede ser dejada totalmente en manos del mercado*. Por ello, el TEDH destaca que *el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad, sólo limitado por el respeto al principio de proporcionalidad*. Esta doctrina del TEDH le ha permitido considerar conforme con el Convenio diversas legislaciones italianas y austriacas que establecían, respectivamente, una limitación legal a las posibilidades de desahucio de inquilinos por parte del propietario y un control legal de los importes de los alquileres, estableciendo máximos (casos Spadea y Scalabrino vs. Italia, sentencia de 28 de setiembre de 1995, y Mallacher y otros vs. Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1989).

El TEDH considera, como hemos visto, que el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de

---

Entre la doctrina, puede verse, ejemplo, SIMON MORENO, 2023, 139-177: «En nuestra opinión, la función social debe considerarse como algo externo al contenido del derecho de propiedad privada…».

(3) «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

(4) «Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Derechos Humanos, solo limitado, precisamente, por el principio de proporcionalidad y concretamente por la idea de balance justo (*fair balance*), que tiene que ser analizado caso por caso, para detectar si existe una eliminación del aprovechamiento económico del propietario. Un caso en que se aplicó esta doctrina de forma clara es la sentencia del TEDH Nobel y otros vs. Holanda, de 2013, en la que ante la demanda de varios propietarios contra una regulación holandesa que limitaba el precio de los alquileres, el TEDH desestimó las reclamaciones, debido a las concretas circunstancias, afirmando en los párrafos 38 y 39 que:

«En los casos en cuestión, el Tribunal observa que no se ha demostrado que los solicitantes primero y tercero […] no obtengan un beneficio decente de sus ingresos por concepto de alquiler. Lo que sí está claro es que estos solicitantes reciben niveles de alquiler muy superiores al nivel del impuesto sobre la propiedad que se cobra por los pisos […]. Además, no hay ninguna indicación que los ingresos por concepto de alquiler no cubran los gastos de mantenimiento y los impuestos necesarios… En cuanto al segundo demandante, se observa que, incluso suponiendo que el alquiler pagado por Y no cubra todos los gastos relacionados con la vivienda, no puede decirse que la decisión del Tribunal Regional haya sido desproporcionada. El solicitante compró el edificio de buena gana, consciente de la cuantía del alquiler que paga. Además, hay que suponer que una persona que compra un edificio para alquilarlo es consciente de las restricciones impuestas por el derecho interno en cuanto a la cuantía máxima del alquiler exigible por una determinada norma y los máximos aumentos anuales de alquiler permitidos. El Tribunal está de acuerdo con las autoridades nacionales que era responsabilidad del segundo solicitante incorporar este conocimiento en las negociaciones de precios cuando compró el edificio».

Por todo ello, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación concedido en los Estados contratantes para regular los problemas de la vivienda, el control del uso de la propiedad en los presentes casos puede considerarse justificado en el sentido del segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo Núm. 1 del Convenio.

Por su parte, en cuanto al ámbito de la UE, hay que señalar que la CDFUE, si bien, como es sabido, con el ámbito de aplicación previsto en el artículo 51 de la misma[5], prevé la posibilidad de regular el derecho

(5) «Artículo 51. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, Estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

de propiedad en caso de necesidad para conseguir los intereses generales[6]. Por su parte, el TJUE acepta esta limitación siempre que no constituya, respecto del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, la cual atentaría contra la propia esencia del derecho de propiedad. Así, la STJUE en el caso Hauer, de 13 de diciembre de 1979, entiende que se respeta esta relación razonable de proporcionalidad y en la STJUE de 27 de enero de 2022 acepta la posibilidad de intervención para la protección concreta del medio ambiente.

En el ámbito de los Estados miembros de la UE, otros países europeos vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda. En el caso francés, encontramos la espectacular institución de la tregua invernal, entre otros mecanismos. En virtud de esta regulación legal (*Code de la Construction et de l'Habitation*, L-613, 3,4 y 5), los arrendatarios con título no pueden ser objeto de desahucio entre noviembre y marzo (la jurisprudencia francesa ha señalado, además, que, ante el silencio de la ley, no existe responsabilidad del Estado legislador en este caso, ante la inexistencia de un perjuicio de carácter excepcional y especial, (CAA Nantes, 26 janvier 1994, Ministère de l'intérieur: *req. no 92NT00581*). Esta previsión ha sido completada con la Ley de 13 de julio de 2006, cuyo artículo 75 prevé que, en el mismo periodo de tiempo, los proveedores de electricidad, calor, gas y agua no pueden interrumpir el suministro por falta de pago a la vivienda, si se trata de una residencia principal y si en el último año el ocupante se ha beneficiado de ayudas específicas en el ámbito de la vivienda.

Centrándonos ya en el caso español, de la conjunción entre los artículos 33.2 CE, 128.1 CE y 47 CE (entre otros, véase, por ejemplo, el artículo 130.1 CE) surge, mediante una interpretación jurídica sistemática, un concepto de propiedad privada caracterizado por esa idea de función social, recogida por el TC español en una jurisprudencia consolidada, que tiene como *leading case* a la STC 37/1987, que se refiere a la propiedad rural. En realidad, la STC crucial en este punto es la STC de 1994 sobre la LAU.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión en diversas ocasiones de exponer muy claramente este concepto moderno del derecho de propie-

(6) Artículo 17 Derecho a la propiedad.

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

dad. Es muy relevante al respecto la STC 37/1987, de 26 de marzo, que plasma la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, seguida por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones con cita expresa de esta decisión. En la misma, como es sabido, se conoció de la impugnación de ciertos preceptos de la Ley andaluza de 1984 de reforma agraria. El Tribunal Constitucional concluyó que el legislador podía exigir deberes positivos a los propietarios de fincas, restringiendo sus facultades de decisión con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos y exigiéndoles deberes de explotación y de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra desde la perspectiva de los intereses generales, eso sí, siempre que quedara a salvo la rentabilidad del propietario o empresa agraria.

Además, en conexión directa con el derecho a la vivienda, el Tribunal Constitucional, en su decisión 89/1994, de 17 de marzo, consideró constitucional la regulación de la LAU 1964 en cuanto establecía la prórroga forzosa para el arrendador de los contratos de arrendamiento (con virtual congelación de rentas), entendiéndola como una delimitación del derecho de propiedad justificada en el artículo 47 CE y vinculando función social de la propiedad y derecho a la vivienda.

El Tribunal Constitucional señala en esta sentencia que (FJ 5):

> «la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario […]. *En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del artículo 47 del texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias.* Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir *(con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas)* a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado» (cursiva del autor).

Esta STC de 1994 citada ha tenido continuidad en el ámbito específico de las limitaciones legales a los precios de alquiler en la STC 26/2025, de 29 de enero. En la misma se indica que dichos topes de precios suponen una delimitación del derecho de propiedad en razón de su función

social, de acuerdo con el art. 33.2 CE y, citando jurisprudencia del TEDH, se afirma la existencia de un justo equilibrio entre las cargas y beneficios de la propiedad, pues lo que se afecta aquí es una mera expectativa de beneficio económico mayor, sin que se viole, pues, el contenido esencial del derecho de propiedad sobre las viviendas afectadas.

Esa justificación de la delimitación del derecho de propiedad basada la vivienda se ve ahora reforzada por la proclamación indubitada por la STC 79/2024, de 21 de mayo, de un auténtico derecho subjetivo a la vivienda en el artículo 47, rompiéndose así con una jurisprudencia del TC que desde la CE se había negado sistemáticamente a reconocer la existencia de un derecho a la vivienda.

Si bien una parte de la doctrina ya había insistido sobre la existencia de un auténtico derecho subjetivo (estableciendo obligaciones de medios) en el artículo 47 CE y el TS y el resto de los tribunales no tenían mayor problema en hablar de un derecho a la vivienda y de tutelarlo en su caso[7], lo cierto es que el TC había insistido en la inexistencia de un derecho, como puede apreciarse en la STC 32/2019 e incluso lo había negado en el caso de los Estatutos de Autonomía que explícitamente los recogían, degradando la vivienda a un mero principio rector (STC 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, objeto de críticas por una parte de la doctrina)[8].

Ello se ve modificado radicalmente en la mencionada sentencia de 2024, que señala ahora lo siguiente (FJ 3 B a ii):

> «Los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos *refrendan la existencia de un derecho a la vivienda, reconocido también en varios estatutos de autonomía* y cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el artículo 47 CE. La inexistencia de una regulación estatal sobre condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio de este derecho constitucional explica su falta de consideración aplicativa en nuestra doctrina, habiendo sido suficiente el canon del artículo 149.1.1 CE en relación con otros derechos, o el del artículo 149.1.13 CE. A este se recondujeron en su momento, de forma categórica, las SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, y 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, pero no puede obviarse que fueron dictadas en el marco de sendos conflictos de competencia respecto a la financiación del Estado, que es la vía por la que el Estado había incidido en la materia hasta el momento» (cursiva del autor).

(7) Ponce y Moltó, 2017, donde se recogen las distintas posturas doctrinales y la jurisprudencia.
(8) Véase por todos, Sánchez Ferriz, 2022, pp. 23 ss.

Derecho a la vivienda que en la LDV implica la imposición incluso de una obligación de resultado, en los artículos 27 y en la DA segunda[9]. En el primero se habla de la obligación de establecer objetivos específicos para la ampliación de los parques públicos de vivienda, que en la segunda se concreta, a falta de regulación autonómica en el pasado año, en la obligación de disponer en 20 años de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 20 % respecto al total de hogares que residen en aquellos municipios en los que se hayan declarado Zonas de Mercado Residencial Tensionado.

Existiendo pues un derecho de propiedad y un derecho a la vivienda, ambos constitucionales y no fundamentales, y estando delimitado el primero por la función social vinculado al segundo, corresponde ver como el legislador estatal ha establecido dicha delimitación en la LDV.

2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE VIVIENDA EN LA LEY 12/2023: LOS DEBERES DEL PROPIETARIO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA DE ACUERDO A LA LEY 12/2023.

La LDV establece como novedad destacada en la regulación estatal de vivienda hasta el momento el deber de uso de las viviendas de propiedad

(9) Diferente, sin embargo, de las obligaciones de resultado, mucho más concretes contenidas en las leyes de vivienda vasca de 2015, valenciana de 2017 o navarra de 2018, en las que existe un derecho a obtener un alojamiento por parte de determinados colectivos de personas. En el ámbito del Plan de Vivienda estatal establecido por el Real Decreto 42/2022, véase al respecto el artículo 37:

«Artículo 37. Solución habitacional.

1. Las comunidades autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla pondrán a disposición de la persona víctima de violencia de género, víctima de trata con fines de explotación sexual, víctima de violencia sexual, objeto de desahucio de su vivienda habitual, sin hogar o especialmente vulnerable, una vivienda de titularidad pública o privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios, accesibilidad y localización, para su disfrute, de forma individual o compartida, en régimen de alquiler, de cesión de uso o en cualquier régimen de disfrute temporal admitido en derecho, respetando, en su caso, los procedimientos de adjudicación de vivienda que tengan establecidos las comunidades autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla para los parques de vivienda de titularidad pública.

2. Esta solución habitacional se hace extensible excepcional y provisionalmente, si se acredita que no es posible la puesta en disposición de una vivienda conforme a lo señalado en el apartado anterior, para cualquier alojamiento o dotación residencial, susceptible de solventar el problema habitacional de las personas víctimas de violencia de género, víctimas de trata con fines de explotación sexual, víctimas de violencia sexual, objeto de desahucio de su vivienda habitual, sin hogar o especialmente vulnerables. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos constitucionales a la intimidad y a la libertad de tránsito de las personas alojadas.

3. Se procurará que nadie viva en viviendas o soluciones habitacionales de emergencia o de transición más tiempo del necesario para su traslado exitoso a una vivienda o solución habitacional permanente».

privada, nuevo deber que se añade al deber de conservación clásico desde la LS de 1956 (art. 168.1) [10]. Así, el artículo 1.2 señala que:

> «**Artículo 1. Objeto de la ley.**
>
> 2. Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, *será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística,* así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan» (cursiva del autor).

Por su parte el artículo 11 establece que:

> «**Artículo 11. Contenido del derecho de propiedad de la vivienda: deberes y cargas.**
>
> 1. Además de los deberes establecidos en la legislación estatal de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, de conformidad con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística de aplicación, el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes:
>
> *a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad»* (cursiva del autor).

Estas previsiones de la LDV no están vinculadas a la competencia estatal sobre el artículo 149.1.8 CE sino sobre el artículo 149.1.1 CE en relación con el artículo 33.2, precisamente, como señala la STC 79/2024 en su FJ 6B respecto a la letra e de este artículo 11 que obliga en ZMRT a propietarios que no sean grandes tenedores a ofrecer información:

> «… el contenido y finalidad del artículo 11.1 e) de la Ley 12/2023 lo sitúan, de acuerdo con la doctrina sentada ya desde la STC 37/1987 y sintetizada en

(10) Como ya dijimos, no nos referimos aquí a las viviendas dotacionales o sometidas a algún régimen de protección pública (viviendas sociales ahora, artículo 3) donde el deber de uso ha formado tradicionalmente parte del estatuto jurídico de las mismas.

> el fundamento jurídico 3 B) c) de esta sentencia, extramuros de la materia "legislación civil". Ciertamente, regula cuestiones jurídico-públicas referidas a la llamada vertiente institucional del derecho de propiedad. […]».

Ello es notorio por el mismo tenor de la redacción con que se abre el artículo 11.1, que precisamente enumera una serie de deberes comprendidos en la delimitación del derecho de propiedad por su función social. En este punto debe acogerse la argumentación del abogado del Estado, pues la finalidad y el contenido del artículo 11.1 de la Ley 12/2023 son los de regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de viviendas para garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a su función social y, en el caso concreto del inciso e) respecto a las que, por estar ubicadas en ciertas zonas, tienen el régimen al que, desde otra perspectiva, se refería el fundamento jurídico previo de esta sentencia. De acuerdo con lo sentado allí y aplicando la doctrina que para la propiedad de suelo urbano en general estableció la STC 16/2021, FJ 8, el deber que ese precepto impone no puede considerarse un exceso. Se trata, por tanto, de un legítimo ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.1 CE en conexión con el artículo 33.2 CE».

Como antecedentes de estos preceptos que establecen el deber de uso, cabe señalar, fuera de la legislación de vivienda, en la legislación del suelo estatal la ley 8/1990, artículo 10.1, que pasó a ser el 21.1 del TRLS de 1992, que estableció, junto al deber de conservación, el deber de los propietarios de terrenos y construcciones de destinar efectivamente al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico. En la Ley 6/1998 se mantuvo este apartado, pero formulándolo en negativo: los propietarios de terrenos y construcciones debían destinarlos a usos «que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico…» (art– 19.1). La ley 8/2013 volvió a formular el deber en positivo, deber que pasó al TRLSRU de 2015 en el artículo 15.1 a.

En estos preceptos urbanísticos, lógicamente, la referencia al deber no es concreta, pues se trata de todo tipo de construcciones, sean viviendas, ubicadas en suelo calificado residencial, o de otro tipo. Es ahora la LDV la que especifica en los artículos 1.2 y 11 citados dicho deber respecto a las viviendas, remitiéndose a la legislación autonómica para su concreción (art. 11.2). Este deber es una novedad, como decimos, absoluta a nivel estatal, aunque no en el conjunto de las legislaciones autonómicas preexistentes, entre las que unas cuantas habían establecido un deber similar objeto de análisis por el TC en diversas sentencias.

Así, la legislación pionera en esta materia fue la catalana de 2007, si bien el TC no conoció de la misma hasta catorce años más tarde (STC 16/2021), para concluir que el deber de uso no podía establecerse

por Decreto Ley, aunque sin pronunciarse sobre la posibilidad de hacerlo por ley. En el caso andaluz, si bien la legislación estableció este deber con posterioridad a Cataluña, la misma fue objeto de la primera STC al respecto (STC 93/2015, que se ocupó de la disposición adicional segunda del Decreto ley andaluz 6/2013[11] y luego STC 32/2018, que analiza la disposición adicional primera de la ley andaluza 4/2013), seguida por otras posteriores referidas a Navarra (STC 16/2018), País Vasco (97/2018) o Extremadura (STC 106/2018). Aunque hay 15 SSTC previas a la 79/2024, solo nos centraremos en algunas de ellas, las más relevantes, que son repetidas en otras posteriores[12].

Del conjunto de estas sentencias se desprende, con un bandazo notable entre la primera sentencia mencionada, referida a Andalucía y la segunda, tres años más tarde, relativa a Navarra[13], que el TC permite, con un análisis competencial del asunto, que las CCAA puedan establecer un deber de uso de las viviendas, pero no por Decreto Ley, pues este afecta al derecho de propiedad (STC 93/2015, de 14 de mayo y 16/2021, de 28 de enero). Ahora bien, ha señalado el TC que no se trata de un auténtico deber de los propietarios, sino de «un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda» sin formar parte del contenido esencial del derecho de la propiedad (STC 16/2018, FJ 5). El incumplimiento de este «mandato», puede dar lugar a sanciones (STC 16/2018) e incluso a la expropiación de la vivienda no usada, siempre y cuando ésta no tenga una afectación sustancial al mercado hipotecario, es decir, no sea de bancos deudores hipotecarios, en cuyo caso se estaría vulnerando el artículo 149.1.13 CE (STC 16/2018, STC 32/2018, ya citadas, y también a STC 32/2018, de 12 de abril, FJ 5, que declara inconstitucional y nula la disposición adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, STC 43/2018, de 26 de abril, FJ 4, que declara inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la Ley canaria 2/2014, STC 80/2018, en referencia al art 13 de la Ley valenciana 2/2017 y STC 8/2019, que declara nulas las referencias a la expropiación de la Ley catalana 4/2016, arts 17, 3, 4 y 5).

Coincidimos con el profesor Menéndez Reixach en que la LDV y las leyes autonómicas que establecen y precisan este deber de uso están incidiendo en el contenido esencial del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, cosa que pueden hacer, como señala la STC 37/1987,

(11) Analizada en Ponce, 2015, publicado en el blog del instituto Transjus de la Universitat de Barcelona.

(12) Un análisis detallado de las mismas está disponible en PONCE, 2023.

(13) Véase el análisis de ambas SSTC y el cambio de rumbo del TC en Ponce, 2018 en el blog del mencionado Transjus.

sin vulnerar competencias estatales ni de garantía de la igualdad básica ni la relativa a la legislación civil (STC 16/2018) [14].

Ahora la STC 79/2024 señala como el hecho de que (FJ 3Bi) «las comunidades autónomas ostentan competencias sobre la concreción de la función social de la propiedad privada de la vivienda como legisladores sectoriales de la materia es algo que han reconocido, entre otras muchas, la STC 57/2022, de 7 de abril, y las allí citadas, pues se trata de una competencia autonómica ampliamente ejercida. Pero esto no puede impedir que el Estado ejerza también su competencia, *ex* artículo 149.1.1 CE. Para el ámbito de la vivienda, hasta ahora no lo había hecho, pero sí en otros. Así, la competencia del legislador estatal para regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de suelo, para "garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social" resultó avalada en la STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 8, evidentemente con los límites que derivan del necesario respeto a las competencias autonómicas».

3. ALGUNOS ÁMBITOS ESPECÍFICOS DE ACTUACIÓN DE LA LDV EN LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

3.1 **Vivienda vacía e incumplimiento de la función social de la propiedad**

Siendo la vivienda vacía un problema común en diversos países que comparten una tradición constitucional de delimitación del derecho de propiedad en garantía del interés general, no es de extrañar que, desde hace ya muchos años, diversos estados vengan reaccionando contra el incumplimiento de la función social a la propiedad que supone mantener una vivienda vacía, mientras existen numerosas personas que necesitan un techo para vivir [15].

Estos países no hacen sino seguir las recomendaciones de la ONU, la cual, mediante su relatora especial en materia de vivienda, ha señalado en 2013 como:

(14) Menéndez Reixach, 2024, pp. 149 ss.

(15) De lo que se ha hecho eco la prensa internacional, con cita específica del caso español y catalán, aquí.

> «la propiedad tiene una función social fundamental, en particular el derecho a una vivienda adecuada para los pobres de las zonas urbanas. Los Estados deberían establecer un equilibrio entre los derechos de propiedad y la función social de la propiedad al elaborar y aplicar las políticas sobre la vivienda y otras políticas pertinentes. Concretamente, los Estados, y en particular las autoridades competentes, deberían promover el acceso de los pobres de las zonas urbanas a una vivienda segura y bien ubicada mediante, entre otras, las medidas siguientes: d) Adoptar medidas para luchar contra la especulación y la infrautilización de tierras, viviendas y edificios privados» (16).

De igual modo, el Parlamento europeo, en su resolución de 11 de junio de 2013 sobre vivienda social en la Unión Europea, antes citada «Pide a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que adopten medidas eficaces e incentivadoras, basándose en análisis prospectivos de la necesidad de viviendas, para luchar contra la existencia de viviendas vacías de larga duración, en especial, en las zonas con tensiones, para luchar contra la especulación inmobiliaria y movilizar esas viviendas para convertirlas en viviendas sociales».

Efectivamente, países como Francia, Bélgica, Inglaterra o los Estados Unidos de América, entre otros, establecen a través de su legislación medidas para combatir la existencia de viviendas vacías. Si bien todos estos países recurren a medidas de fomento, también todos ellos combinan éstas con intervenciones públicas de limitación que pueden llegar hasta la expropiación del uso de la vivienda vacía que incumple su función social, como es el caso inglés, donde la ley permite la expropiación del uso de viviendas privadas que hayan estado vacías al menos seis meses, mediante la emisión de EDMO, *Empty Dwellings Management Orders* (17). En el caso inglés, existe ya resolución de conflictos sobre la intervención coactiva sobre viviendas vacías, sosteniendo su legalidad en caso de su concreta aplicación (18).

En el caso norteamericano, numerosas ordenanzas locales imponen registros de viviendas vacías y el pago de tasas a las mismas (19).

En Francia, las medidas contra las viviendas vacías, como un tributo específico (20), se complementan con la mencionada *tregua invernal*, ya mencionada, y con el impuesto del 1 % de la masa salarial, instaurado

(16) Véase su informe A/HRC/25/54 aquí.
(17) Véase una explicación del sistema por fuentes del parlamento inglés aquí.
(18) Véase una decisión de la *England and Wales High Court* (Administrative Court) de 2012 aquí.
(19) Véase la explicación del Departamento de vivienda federal, aquí.
(20) Expuestas en español, junto con las de otros países, aquí.

en 1953, que deben pagar las empresas con 20 o más empleados para contribuir al fondo de viviendas para trabajadores [21].

En Bélgica, el tribunal constitucional ha sido llamado en diversas ocasiones a pronunciarse sobre las medidas legales para movilizar el parque de viviendas vacías que incumplen su función social. En sentencias de 20 de abril de 2005 y 29 de julio de 2010 el tribunal constitucional belga ha afirmado la constitucionalidad de tales medidas, que no suponen vulneración del derecho de propiedad y sí persiguen la efectividad del derecho a la vivienda, así como la posibilidad de combinar medidas tributarias y sanciones en relación con esas viviendas vacías (sin que exista *bis in ídem*, dada su diferente naturaleza jurídica) [22].

En el caso español, hay que distinguir entre las consecuencias del incumplimiento previstas en la LDV, las que nos interesan aquí, y las previstas en la legislación autonómica. Asimismo, existen nuevas perspectivas aún no exploradas ni por una ni por otra.

a) En cuanto a la LDV, la única consecuencia del incumplimiento del deber de usar la vivienda dando lugar a vivienda vacía es el posible recargo sobre el IBI a imponer por los ayuntamientos. Solo hay una referencia indirecta a posibles sanciones en el artículo 27.3, que señala que los ingresos obtenidos por esta vía deberán dedicarse a los parques públicos de vivienda, lo que, por cierto, la STC 79/2024 considera contrario al principio de autonomía financiera de las CCAA en relación con sus competencias (art. 156 CE, véase FJ 8 Bb).

En cuanto a la vivienda vacía, la ley, en conexión con la función social ya aludida, en su DF3 modifica el artículo 72.4 LHL y – tras la aprobación de la modificación de la ley de haciendas locales en 2004 y la imposibilidad de aplicarla por no estar definidos normativamente sus supuestos hasta su activación con el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo – una ley precisa lo que es vivienda vacía a los efectos de los posibles recargos municipales del IBI.

Es inmueble desocupado con carácter permanente aquél que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada (la ley fija ya algunas), por un plazo superior a dos años (cuatro, si es vivienda de segunda residencia) conforme a requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la correspondiente ordenanza fiscal, y pertenezca a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Los recargos en IBI son, pues, potestativos para los municipios, fijándolos la ley en hasta 50 %

(21) En la actualidad es del 0,45 %, lo que supuso en 2013 casi 3.400 millones de euros recaudados para invertir en vivienda asequible, véase aquí.

(22) Sentencias belgas consultables aquí y aquí.

(el estándar), hasta 100 % (si la vivienda ha estado vacía más de 3 años) y hasta el 150 % (en el caso de titulares de dos o más inmuebles desocupados en el mismo municipio). No obstante, recuérdese que el procedimiento para la declaración de la desocupación y sus causas justificativas, deben quedar recogidas en la Ordenanza Fiscal correspondiente.

b) Respecto a las CCAA, su legislación, si bien dispar, articula en general dos tipos de medidas (si bien no todas las leyes recogen todas estas medidas): de fomento y coactivas.

Entre las primeras, encontramos diferentes fórmulas en las distintas CCAA que no es el momento ahora de detallar. Respecto a las medidas coactivas, cabe distinguir la imposición de sanciones, que ya hemos mencionado, las multas coercitivas, las órdenes de ejecución, y la consideración de la desocupación como supuesto habilitante para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, que puede conducir a su expropiación total o de su derecho de uso, para forzar su ocupación.

c) Una medida de incentivación no regulada ni utilizada aún por el Estado o las CCAA es el empleo de aportaciones de las ciencias conductuales para desarrollar acicates que incentiven la puesta en el mercado en venta o alquiler de las viviendas vacías, medidas que sí son objeto de interés en países de nuestro entorno, como Francia.[23]

3.2 **Las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (remisión)**

Asimismo, los controles de renta establecidos en diversos países europeos también son una expresión de la función social de la propiedad sobre viviendas. Si bien este tema será considerado en otro capítulo de este libro, permítasenos solo apuntar aquí que la existencia de un control legal de precios en determinadas áreas urbanas no es, ni mucho menos, insólito en el panorama internacional y europeo. En este último, son ejemplos destacados los ejemplos de la moderna normativa de Francia (ley ELAN, *Loi núm. 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique* o de Alemania, las cuales han sido recientemente consideradas respetuosas con los respectivos or-

(23) En general, véase Ponce (Coord.), 2022. Sobre el uso de aportaciones conductuales específicamente en el ámbito de la vivienda vacía, téngase en cuenta el estudio y propuesta de guía para las autoridades públicas realizado por la *Direction Interministérielle de la Transformation Publique (DITP)* del Gobierno de Francia, una unidad que aplica los conocimientos conductuales a las políticas públicas concretas: Encourager la mise sur le marché locatif des logements vacants grâce aux leviers comportementaux | Direction interministérielle de la transformation publique (modernisation.gouv.fr).

denamientos jurídicos, tanto, respectivamente por el Consejo de Estado francés como por el Tribunal Constitucional (TC) alemán[24].

En este último caso, el TC alemán considera que la delimitación legal efectuada respeta el derecho de propiedad incluido en la constitución alemana, antes mencionado. La sentencia del TC alemán de 18 de julio de 2019 considera que los topes de alquiler al principio de los periodos de alquiler establecidos en el artículo 556d.1 del Código no violan la garantía de la propiedad privada, la libertad de contrato y la garantía general del derecho a la igualdad. Los topes de alquiler interfieren con los derechos de propiedad de los propietarios de pisos que están dispuestos a alquilar. Sin embargo, las disposiciones sobre el tope de alquiler, como legislación que define el contenido y los límites de la propiedad, son permisibles en virtud del derecho constitucional. En particular, la interferencia con los derechos de propiedad es proporcionada. Es de interés público evitar el desplazamiento de los sectores económicamente más débiles de la población de las zonas donde la demanda de alojamiento residencial es alta. Por lo tanto, los límites a los alquileres son necesarios; no existen otros medios que, con certeza, sean igualmente eficaces a corto plazo. El legislador ha encontrado un justo equilibrio entre los intereses legítimos de los propietarios y el bien común. El legislador puede modificar las disposiciones relativas a la propiedad, aunque ello conlleve consecuencias negativas para los propietarios. *La garantía de la propiedad privada no protege las expectativas de una renta de alquiler lo más elevada posible*. El alquiler máximo no interfiere en la propiedad hasta el punto de que deban esperarse pérdidas permanentes para los propietarios, una amenaza para la sustancia de la propiedad o la pérdida de cualquier posibilidad razonable de utilizar la propiedad[25].

Como se explicará en el capítulo correspondiente con detalle, la LDV realiza una distinción entre dos tipos de propietarios: los grandes tenedores y el resto. Los grandes tenedores son personas físicas o jurídicas que tienen en propiedad más de 10 viviendas o 1500 m^2 de uso residencial (sin contar garajes ni trasteros), artículo 3k. La inclusión de un propietario en la categoría de gran tenedor implica una serie de consecuencias jurídicas vinculadas a la mayor función social de sus propiedades. Podríamos decir que están más obligados, en la expresión alemana aludida, con consecuencias jurídicas que se explican en otra parte de este libro.

El perímetro de sujetos considerados como gran tenedor, puede ser ampliado en ciertas áreas urbanas por las CCAA, a través de las declaracio-

(24) Decisiones del Consejo de Estado francés de 10 de mayo de 2022, núm. 454450 y del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2019, 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18.

(25) Traducción al español mía del resumen de la sentencia disponible en: Bundesverfassungsgericht – Decisions – Referrals for judicial review and constitutional complaint concerning rent-cap legislation unsuccessful.

nes de las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (ZMRT). Se trata de áreas urbanas donde la asequibilidad de la vivienda está muy comprometida, de acuerdo a una serie de parámetros estadísticos fijados en el artículo 18 de la Ley 12/2023. En las ZMRT se imponen a la propiedad de las viviendas determinadas medidas en favor de los arrendatarios, tales como la posibilidad de solicitar una prórroga forzosa para el arrendador y la fijación de topes a los precios de los alquileres de las viviendas incluidas en las mismas. Estamos pues, ante una delimitación del derecho de propiedad en razón de su función social vinculada al derecho a la vivienda.

Téngase en cuenta que Cataluña en 2020 aprobó una ley en la misma línea[(26)], que fue declarada inconstitucional por violar la competencia en materia de Derecho Civil que corresponde al Estado (art. 149.1.8 CE, STC 37/2022, de 10 de marzo de 2022). Pues bien, impugnadas ahora las Zonas de Mercado Residencial Tensionado de la LDV ante el Tribunal Constitucional español, éste en la sentencia 79/2024, de 21 de mayo, también ha considerado ajustada a la CE la regulación española que delimita el derecho de los propietarios de viviendas en dichas zonas. En el FJ 6Ba, se señala que:

> «La definición de gran tenedor es vital para la aplicación de la Ley en cuanto constituye una categoría sobre la que se fundamentan otros preceptos legales, no todos impugnados en la demanda (así, las disposiciones finales quinta y sexta, que modifican la Ley de enjuiciamiento civil y el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, respectivamente). Este tribunal entiende que, en los términos del artículo 3 y teniendo en cuenta el conjunto de la Ley, la definición de gran tenedor de la letra k) resulta imprescindible para asegurar las condiciones básicas del ejercicio del derecho a la vivienda y de propiedad sobre ella, enmarcándose en el ejercicio de la competencia que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.1 CE. Sin ella no pueden comprenderse determinadas obligaciones que se imponen en razón de la función social a ciertos propietarios de viviendas, ni las medidas que se establecen en relación con las notificaciones de lanzamiento, la admisibilidad de acciones de recuperación posesoria, la subasta de bienes o las limitaciones extraordinarias de actualización de la renta de ciertos contratos de arrendamiento».

Asimismo, en su FJ 9 Bb, la STC considera que las delimitaciones legales vinculadas a la función social de la propiedad que imponen prórrogas

(26) Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.

o topes a los alquileres suponen un ejercicio de la competencia del Estado en materia de Derecho Civil (art. 149.1.8).

En cuanto a las obligaciones de los grandes tenedores de ofrecer la información a que se refiere el artículo 19.1 en ZMRT, como una obligación del servicio de interés general declarado en el artículo 4, la STC señala que (FJ 6 B):

> «Que, en el caso de viviendas que se sitúan en zonas de mercado residencial tensionado y que pertenecen a grandes tenedores, se puedan exigir obligaciones de información más intensas, como dispone el final del artículo 19.1 de la Ley que la demanda combate, no resulta un exceso competencial. En nada invade ese inciso las competencias autonómicas pues no se establece allí disposición obligatoria alguna».

Y respecto al inciso de la letra e del artículo 11 que extiende esta obligación a todo tipo de propietarios en ZMRT (FJ 6 B), ya expusimos como la STC lo considera basado en el artículo 149.1.1 CE en relación con la función social de la propiedad.

En fin, ya hemos mencionado antes la STC 26/2025, de 29 de enero, que ha considerado una delimitación del derecho de propiedad sobre la vivienda, en razón de su función social, los topes a los precios de alquiler que la LDV permite establecer, negando la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, al tratarse de la regulación de una expectativa de beneficio económico mayor, que no supone negar el equilibrio justo a que hace referencia la jurisprudencia del TEDH citada por el TC español.

3.3 **Reservas urbanísticas para vivienda de protección oficial en suelo y función social de la propiedad: el caso específico del suelo urbano consolidado**

En cuanto al Derecho urbanístico y la función social de la propiedad en relación con la vivienda, en el artículo 15 de la LDV se declara que la calificación como vivienda protegida, a que se refiere el artículo 20.1 b del Texto Refundido estatal de Suelo de 2015 (TRS), no puede modificarse por los planes de urbanismo, salvo justificación de la innecesaridad o la imposibilidad sobrevenida de la construcción de vivienda. Además, se modifica el artículo 20.1b TRS para aumentar los porcentajes de reservas para vivienda protegida: en suelo urbanizable, los terrenos precisos para situar el 40 % de la edificabilidad residencial prevista, salvo que se excepciones garantizando el cumplimiento íntegro y la cohesión social, y en suelo urbano no consolidado, el 20 %. De

esos porcentajes, el 50 % deberá ser en régimen de alquiler, salvo que el plan de urbanismo justifique que ello no es posible por las características de los demandantes u otras circunstancias económicas o sociales. Analizadas estas reservas por la STC 79/2024, son consideradas amparadas por los artículos 149.1, apartados 1 y 13, CE y proporcionadas y coherentes con las finalidades perseguidas (FJ 7Bc).

Nada se señala sobre el suelo urbano consolidado, más allá de exigir que la legislación autonómica debe establecer instrumentos efectivos para asegurar el equilibrio, la calidad de vida el acceso a la vivienda y el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible. Debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2021 ha considerado constitucionalmente aceptable la reserva para vivienda protegida en suelo urbano consolidado establecida por la legislación catalana y aplicada por el municipio de Barcelona desde 2018 (27).

Esta STC versó sobre el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, contra el artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior, y contra el acuerdo del Parlamento de Cataluña de 4 de marzo de 2020 de validación de este último Decreto-ley 1/2020. En lo que ahora nos interesa, esta STC señala que:

> «En los preceptos invocados por los recurrentes no hay norma alguna que prohíba destinar edificaciones al concreto uso que es vivienda protegida. Antes al contrario, el propio artículo 20.1 b) ordena a las comunidades autónomas y ayuntamientos reservar suelo para ello y efectuar una "distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social", criterio favorable a su posible localización en suelo urbanizado y en edificaciones nuevas o ya existentes que vayan a ser objeto de "actuaciones edificatorias" del artículo 7.2 TRLSRU (según este precepto son actuaciones edificatorias las de "nueva edificación" y también las de "sustitución de la edificación existente" y "rehabilitación edificatoria"). Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de los beneficios y cargas [art. 17.2, en relación con los artículos 2.1, 14.1 c) y 24] o, si ello no fuera posible, la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados (art. 48 TRLSRU), y en todo caso el respeto a los derechos urbanísticos patrimonializados conforme a la ley (art. 11.2) bajo garantía de indemnización (art. 33.3 CE)».

(27) No podemos en estos momentos explicar el desarrollo legislativo histórico de las reservas para vivienda protegida, una técnica bien conocida internacionalmente (*inclusionary housing*) que solo con retraso llegó a España. Sobre la historia de las reservas y su aplicación al suelo urbano consolidado en Barcelona a partir de 2018, me permito la remisión a PONCE, 2023, 305-332.

Las reservas para vivienda protegida no suponen una de cesión en suelo urbano consolidado, que, como es sabido, no permite el TC (por todas, STC 365/2006), no constituye una carga, un deber urbanístico que suponga una obligación consistente en una prestación de hacer impuesta al propietario. Se trata de una calificación urbanística, que establece el uso urbanístico, delimitando así el derecho de propiedad en virtud de su función social. Es un destino parcial, mediante la calificación urbanística del ya preexistente uso de vivienda, a VPO, como señala Parejo[28].

Al tratarse de una delimitación del derecho de propiedad, la reserva de VPO en suelo urbano consolidable no comporta ninguna indemnización al propietario, no siendo de aplicación ninguno de los supuestos del artículo 48 de la LS estatal de 2015, como señala AGUIRRE[29]. No hay vinculación singular que pueda incidir sobre el principio de equidistribución si es aplicable en todo el suelo urbano consolidado, como ha hecho Barcelona[30]. Pero es que, además, una parte de la doctrina ha señalado que el principio de equidistribución de cargas y beneficios no es aplicable en suelo urbano consolidado, puesto que su aplicación se ceñiría a las «actuaciones de nueva urbanización», artículo 13. 2.c ley de suelo, por lo que entonces, como señala LÓPEZ RAMÓN, «no hay derecho de equidistribución en la ciudad consolidada»[31].

En este contexto descrito, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de julio de 2021 conoció de la interposición de un recurso contra la modificación del PGM de Barcelona en 2018 que estableció estas reservas en suelo urbano consolidado, como dijimos.

En la demanda se alegaban diversos motivos de ilegalidad, basados en la falta de cobertura legal y justificación de las reservas; el carácter deficiente o insuficiente de la evaluación económica y financiera y del informe de sostenibilidad; la inexistencia de un programa de participación ciudadana merecedor de este nombre; y, por último, el establecimiento de una moratoria contraria a las previsiones del artículo 17.3 de la ley de vivienda de Cataluña.

---

(28) Documento del profesor Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo, acompañando su exposición oral el día 23 de enero de 2023 en el Ciclo urbanismo, derecho y jurisprudencia, organizado por el *col·legi d´arquitectes* de Catalunya y la *Càtedra Barcelona d´estudis d´habitatge*.

(29) Aguirre, 2019, 115 ss.

(30) Por lo que no sería de aplicación la previsión de la STC 16/2021 de que «Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de los beneficios y cargas [art. 17.2, en relación con los artículos 2.1, 14.1 c) y 24] *o, si ello no fuera posible,* la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados (art. 48 TRLSRU), y en todo caso el respeto a los derechos urbanísticos patrimonializados conforme a la ley (art. 11.2) bajo garantía de indemnización (art. 33.3 CE)» (cursiva del autor). Ni mucho menos tiene sentido la DF 4 del proyecto estatal de ley por el derecho a la vivienda que tuvo entrada en el Congreso en febrero de 2022, que establecía como automática la compensación.

(31) López Ramón, 2020, 114.

En lo que se refiere al argumento de mayor enjundia jurídica, esto es, las alegaciones de los recurrentes de falta de cobertura legal, la sentencia se remite a la STC 16/2021, desechando el argumento. Por lo que se refiere a su aplicación lineal en toda la ciudad de Barcelona, la sentencia se remite a la contestación del Ayuntamiento de Barcelona, el cual, en argumentación aceptada, señala que sí existe tal justificación y que tal distribución por todos los barrios de la ciudad se explica de acuerdo con los datos aportados, que muestran que Barcelona tiene una distribución heterogénea de la población en riesgo de vulnerabilidad y en cambio una concentración de vivienda asequible en solo tres distritos. Lo que se quiere conseguir, precisamente, en aras del. principio de cohesión social, añadimos nosotros, y para evitar la gentrificación y la segregación residencial (asociada a otras, como la educativa) [32], es distribuir la VPO en toda la ciudad.

4 CONCLUSIONES: FUNCIÓN SOCIAL Y GASTO PÚBLICO

En el presente trabajo hemos expuesto como la LDV culmina una larga evolución en la delimitación de la función social de la propiedad de viviendas, avalada por el Derecho y la jurisprudencia europeos. En esta ley estatal se establece el deber de los propietarios de viviendas de usarlas efectivamente conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y urbanismo, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.

Este deber forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre viviendas y supone una delimitación del mismo en razón de su función social para contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda, configurado ahora como un auténtico derecho subjetivo por la STC 79/2024, de 21 de mayo, que ha salvado todos los preceptos de la LDV referidos a la función social de la propiedad.

En la LDV son manifestaciones de la función social de la propiedad la regulación de las viviendas vacías y la posibilidad de que los Ayuntamientos aumenten el IBI bajo determinadas circunstancias legalmente previstas; la declaración de ZMRT; o las reservas para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, posibles también en suelo urbano consolidado, aspectos que han sido objeto de una sucinta exposición en este capítulo.

Finalmente, cabe señalar que son las Administraciones Públicas las responsables, en último término, de hacer realidad el derecho subjetivo a

(32) Ponce, 2007.

la vivienda del artículo 47 CE y equivalentes en los Estatutos de Autonomía. A ellas se dirige el mandato constitucional y es de esperar, y exigir, de éstas un comportamiento con la debida diligencia, propia del derecho de los ciudadanos a una buena administración en el ámbito de la vivienda, para lograrlo. Desde luego, la propiedad privada del siglo XXI no puede ser, como se ha expuesto, la del siglo XIX, y puede delimitarse legalmente para la protección del derecho a la vivienda. Pero no puede, ni debe, cargar a la propiedad privada con las obligaciones positivas que, en definitiva, corresponden al sector público, como la creación de un parque público de viviendas suficiente y adecuado.

En este sentido, va a ser muy difícil cumplir con el debido cuidado las mismas ante la patente insuficiencia histórica de los recursos públicos destinados a vivienda, que continúa y en ocasiones se agrava[33]. Esta insuficiencia podría mejorar mediante el uso de la técnica de las preasignaciones presupuestarias[34], utilizadas por otros países y por el propio Estado español, por ejemplo, en el caso de otro gran reto social, el cambio climático[35]. Su uso en

(33) El gasto público en el Estado, 7 veces inferior al de la UE, cayó el 38 % entre 2007 y 2018, el 50 % en Cataluña entre 2008 y 2020, si bien en el caso de Euskadi el gasto se situaría en torno al 0,50 % del PIB, acercándose al 0,60 % de la UE, frente al 0,08 % de Cataluña. Veas los datos ofrecidos por el Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña en www.ctesc.gencat.cat/noticies/23261846.html y www.sites.google.com/view/economistes-pel-benestar/inici/contingut/habitatge.

(34) PONCE, 2022.

(35) La ley 7/2021, de 20 de mayo, de *cambio climático y transición energètica* establece las siguientes:

TÍTULO VII. Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética.

«Artículo 30. Recursos públicos destinados a la lucha contra el cambio climático.

1. Al menos un porcentaje equivalente al acordado en el Marco Financiero Plurianual de la Unión Europea de los Presupuestos Generales del Estado deberá contribuir a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y a la transición energética, de acuerdo con la metodología y los plazos que se establezcan reglamentariamente. De esta obligación se exceptuarán los recursos transferidos a las Administraciones territoriales, así como los gastos que, por su propia naturaleza, no tienen incidencia directa en el cambio climático, como los gastos de personal, los de finalidad social, como las pensiones o las prestaciones por desempleo, los de finalidad estrictamente financiera de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal, como el servicio de la Deuda Pública o cualquier otro que se determinare. Las dotaciones que se destinarán al cumplimiento de los objetivos previstos en esta ley se fijarán anualmente en el marco de elaboración de los correspondientes Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con la normativa de aplicación y la política del Gobierno.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y del Ministerio de Hacienda, revisará al alza, antes del año 2025, el porcentaje fijado en el primer apartado de este artículo, a la luz de los resultados de la planificación asociados al mismo.

3. En las propuestas que presente el Ministerio de Hacienda en el Consejo de Política Fiscal y Financiera se considerará, cuando proceda, la inclusión de criterios que contribuyan a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y transición energética.

relación a la vivienda ha sido recomendado, por ejemplo, en el *Plan de los Derechos Humanos de Cataluña*, aprobado en 2019 (páginas 39 y ss.)[36].

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Font, J. M., «La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2019.

Herrera, C. M., «Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre, 2014 pp. 147-177.

Kennedy, D., «Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968», N° 36. *Suffolk U. L. REV*. 631, 649-74, 2003.

López Ramón, F., *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, 2020.

Menéndez Reixach, A., «Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: el deber de uso efectivo» en Juan Antonio Chinchilla Peinado y Lucía López de Castro García-Morato (Coordinadores), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 149 y ss.

4. Los ingresos procedentes de las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero serán empleados para el cumplimiento de los objetivos en materia de cambio climático y transición energética. Las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año recogerán los créditos correspondientes en el presupuesto del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, destinándose al sistema eléctrico al menos 450 millones de euros para financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables, y pudiendo destinarse hasta el 30 % de los ingresos totales a medidas con incidencia social para paliar situaciones provocadas por la transición hacia una economía descarbonizada, o relacionadas con la vulnerabilidad a los impactos del cambio climático. Cada año, previo informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, conforme a la normativa comunitaria en vigor se podrá destinar hasta un 25 % de los ingresos procedentes de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero para la compensación de los efectos de los costes indirectos por las emisiones de CO2, ligadas al consumo de electricidad, para las instalaciones en riesgo de fuga de carbono» (cursiva del autor).

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

«La disposición adicional segunda de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, queda redactada como sigue:

«1. *En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables, un importe equivalente a la suma de la estimación de la recaudación anual derivada de los tributos incluidos en la Ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.* 2. Las aportaciones señaladas en el apartado anterior se realizarán mediante libramientos mensuales por un importe máximo de la cifra de recaudación efectiva por dichos tributos y cánones, en el mes inmediato anterior, según certificación de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda. La aportación que haya de realizarse en función de la recaudación del mes de diciembre se efectuará con cargo al presupuesto del ejercicio siguiente» (cursiva del autor).

(36) Pla drets humans de Catalunya_EDHC_cat.pdf (sindic.cat).

Parejo Alfonso, L., Documento acompañando su exposición oral el día 23 de enero de 2023 en el Ciclo urbanismo, derecho y jurisprudencia, organizado por el col·legi d´arquitectes de Catalunya y la Càtedra Barcelona d´estudis d´habitatge (véase: debate en torno a las reservas para vivienda protegida en suelo urbano consolidado). El documento es consultable en abierto en la página web de la Càtedra: Home – Càtedra Barcelona Estudis Habitatge (cbeh.cat).

Ponce Solé, J., La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, sobre la ley estatal por el derecho a la vivienda: los límites legales a los precios de alquiler son constitucionalmente posibles como defensa del derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución», *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente,* num. 376, marzo de 2025, pp. 19 y ss.

— «Habitatge i competències en el marc europeu, constitucional, estatutari i legal: especialment, el cas català», en Gifreu, J. (Coord.), *Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge,* Generalitat de Catalunya, 2023, pp. 19 y ss: Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge (gencat.cat).

— *El proyecto de ley por el derecho a la vivienda, el gasto público y las preasignaciones presupuestarias: una propuesta*, 2022, Fundación Hay Derecho: PONCE_ley estatal de vivienda y preasignaciones presupuestarias_ 22 (hayderecho.com).

— (Coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado,* Marcial Pons, 2022.

— «¿Ha devuelto el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas su competencia sobre vivienda? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 2018» en el blog Transjus: https://transjusblog.wordpress.com/2018/02/28/ha-devuelto-el-tribunal-constitucional-a-las-comunidades-autonomas-su-competencia-sobre-vivienda-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-22-de-febrero-de-2018/.

— «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos», publicado en el blog del instituto Transjus de la Universitat de Barcelona: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/.

— *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: derecho y políticas públicas urbanas,* CEPC, Madrid, 2007.

— «Suelo urbano consolidado y reservas para vivienda asequible en Barcelona, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 122, núm. 2, 2023, págs. 305-332.

— Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge (gencat.cat).

Ponce, J., y Moltó, J. M., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Aranzadi, 2017.

Sánchez Ferriz, R., «Los derechos de los valencianos y valencianas en el estatuto de autonomía «*Drets. Revista valenciana de reformes democràtiques* [núm. 6/2022], pp. 23 y ss.

Simon Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda». *Derecho Privado y Constitución*, 42, 139-177.

H. Orden de distribución de competencias en materia de vivienda

Luis Pomed Sánchez

Resumen: *Este trabajo afronta el estudio de la distribución constitucional de competencias en España en materia de vivienda, un tema complejo dada la estructura descentralizada del Estado tras la Constitución de 1978. Se analiza de forma especial la jurisprudencia constitucional en la materia, determinante de las competencias que corresponden al Estado una vez se constata la asunción genérica en todas las comunidades autónomas de la competencia en materia de vivienda.*

Abstract: *This paper addresses the study of the constitutional distribution of powers in Spain concerning housing, a complex issue given the decentralized structure of the State following the 1978 Constitution. Particular attention is paid to constitutional jurisprudence on the matter, which has been instrumental in delineating the powers allocated to the State, especially after recognizing the general assumption of housing-related competencies by all autonomous communities.*

Palabras clave: *Vivienda, distribución de competencias, descentralización, Estado, comunidades autónomas.*

Keywords: *Housing, distribution of powers, decentralization, State, Autonomous Communities.*

Sumario: I. El tratamiento de la vivienda en nuestra Constitución territorial. 1. Una aproximación histórica al problema endémico de la vivienda y su tratamiento normativo. 2. La vivienda en el texto constitucional. Sucinta descripción 3. La vivienda en los estatutos de autonomía. Sucinta exposición. II. La doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de vivienda. 1. «Ordenación de la economía», título genérico de intervención estatal en la vivienda. 2. Competencias autonómicas sobre vivienda.

I. EL TRATAMIENTO DE LA VIVIENDA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL

El texto actualmente vigente es el primero de nuestra ya dilatada historia constitucional en el que se hace mención expresa de la vivienda, tanto en su consideración de bien de primera necesidad de los ciudadanos, cuanto en su caracterización como objeto de políticas públicas. Contemplada desde la primera vertiente, el derecho a la vivienda se nos presenta como un principio rector de las políticas sociales y económicas, un mandato de optimización a realizar en la mayor medida posible; desde la segunda, como una competencia que puede ser asumida por las comunidades autónomas.

1. **Una aproximación histórica al problema endémico de la vivienda y su tratamiento normativo**

La particular atención dispensada por la Constitución a la vivienda es coherente con la caracterización del nuestro como un Estado social de Derecho. No en vano, el acceso a la vivienda ha sido uno de los problemas endémicos de la España contemporánea. Los sucesivos intentos de darle una solución normativa se han traducido en distintos paradigmas con trascendencia más allá de la estricta procura de habitación.

Así, la normativa anterior al estallido de la Guerra Civil refleja la primacía de la vivienda de alquiler en la sociedad de la época. Se trataba de un fenómeno transversal, lo que no implicaba la confusión de clases[1]: Si en

(1) A este respecto, indica Sambricio, C., «Punto de inflexión: 1946-1956: viviendas sociales para la clase media», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, XLI (161-162), 2009, p. 526, que «Si estudiamos qué fue la vivienda económica en el XX repasando la legislación (ley de Casas Baratas de 1911 y 1924; casas ultrabaratas vs. ley Salmón; viviendas protegidas vs. viviendas bonificables…) entenderemos cómo vivienda social y vivienda para la clase media aparecen, hasta 1960, como ideas enfrentadas».

el caso de las viviendas para trabajadores su promoción se ubicaba lejos del núcleo urbano (*vid.* artículo 2 de la Ley de 12 de junio de 1911, de casas baratas), cuando de las viviendas de alquiler para las clases medias se trataba, se apostó decididamente por situarlas en el casco histórico o, a lo sumo, en el ensanche de las ciudades. Fue el caso de la Ley de 25 de junio de 1935, de la previsión contra el paro –llamada *Ley Salmón* en honor a quien fuera su impulsor, el ministro de Trabajo Federico Salmón Almorín–, que afrontó la lucha contra el paro impulsando la construcción de obras públicas y de viviendas de alquiler para la burguesía.

Apenas acabada la contienda, por Ley de 19 de abril de 1939 se estableció «un régimen de protección a la vivienda de renta reducida» y se creó el Instituto Nacional de la Vivienda. Y es que, según se afirmaba en el pórtico del preámbulo de esta norma, «Facilitar vivienda higiénica y alegre a las clases humildes es una exigencia de justicia social que el Estado Nacional Sindicalista ha de satisfacer». Causa verdadera estupefacción la alusión a la alegría de la vivienda en unos momentos en los que no era precisamente alborozo lo que sentía la sociedad española; particularmente, en la capital, habida cuenta de que más de la mitad de los 800 000 habitantes con que entonces contaba Madrid vivían en cuevas, chozas o chabolas[2]. Con todo, lo cierto es que tan pomposa proclamación no tuvo realización efectiva en los primeros años de la posguerra en los cuales el elevado coste del suelo y la carencia de materiales hicieron que apenas se construyeran –ni aun siquiera se reconstruyeran las destruidas– viviendas.

El cambio de paradigma vino de la mano de la Ley de arrendamientos urbanos de 1946. A partir de este momento, no se desvaneció únicamente el interés que el sector privado pudiera tener en la construcción de vivienda económica en alquiler, sino el interés en la promoción de cualquier vivienda en alquiler, que dejaba de ser una inversión rentable. Los constructores optaron por la vivienda para la venta, al tiempo que los ciudadanos dejaron de ser inquilinos para aspirar a ser propietarios de una residencia que consideraban no solo su hogar sino también la hucha de sus ahorros.

La solución al acuciante problema de la vivienda quiso buscarse, en un primer momento, en la acción directiva del sector público y en el plan nacional de vivienda para el decenio 1944-1954, cuyos análisis, previsiones y conclusiones han podido ser acertadamente calificados de «simplistas»[3]. Sin embargo, no habría de pasar mucho tiempo para el retorno a las propuestas tradicionalmente defendidas por el conserva-

(2) *Vid.* Sambricio, C., «La vivienda en Madrid, de 1939 al Plan de Vivienda Social, en 1939», en AA. VV., *La vivienda en Madrid en la década de los cincuenta: el Plan de Urgencia Social*, Electa, Madrid, 1999, p. 13.

(3) Villar Ezcurra, J. L., *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 185 ss.

durismo (significativamente, por el publicista aragonés José Gascón y Marín): bonificaciones fiscales para los promotores y provisión de suelo a bajo precio al sector privado.

Pese a que la Ley del suelo de 1956 respondía a estos planteamientos ideológicos[4] y debiera haber servido por sí sola para dinamizar el mercado inmobiliario, lo cierto es que esta dinamización y la superación de las carencias que en materia de vivienda seguía padeciendo la sociedad española trató de lograrse mediante una legislación especial, y parcialmente derogatoria de la Ley sobre el régimen del suelo. Por Ley de 13 de noviembre de 1957 se aprobó el plan de urgencia social de Madrid, cuyas previsiones se extendieron posteriormente a Barcelona (decreto de 21 de mayo de 1958), Asturias (decreto de 10 de octubre de 1958) y Vizcaya (decreto 876/1959, de 27 de marzo)[5].

Los planes de urgencia social no resolvieron los problemas de infravivienda que aquejaban a las ciudades españolas; en cambio, arrumbaron cualquier atisbo de capacidad directiva del urbanismo a la que pudiera aspirar la Ley del suelo de 1956. En lo sucesivo, las políticas con impacto territorial y las operaciones de infraestructura se articularon al margen de la planificación urbanística[6]. En paralelo, se produjo la degradación de los casos históricos y lo que Fernando Chueca Goitia, con especial tino, denominara la destrucción del legado urbanístico español[7].

Esta era la situación que tenía ante sí el constituyente español en 1978 y frente a la que reaccionó mediante la superación de cualquier

(4) La aprobación de la Ley del suelo precedió a la creación del Ministerio de la Vivienda, llevada a cabo por Decreto-ley de 25 de febrero de 1957. Desde el punto de vista orgánico, integró los diferentes centros directivos con competencias en materia de vivienda, antes integrados en los ministerios de Gobernación y Trabajo (en particular, Instituto Nacional de la Vivienda y Obra Sindical del Hogar).

(5) Convendrá no perder de vista que las políticas de vivienda del primer franquismo no solo perseguían una finalidad social, sino también de control de la población. Así, como medida cautelar y en tanto se aprobaba el plan de urgencia social de Madrid, el Decreto de 23 de agosto de 1957 por el que se dictan normas a fin de evitar los asentamientos clandestinos en Madrid, disponía que «toda persona o familia que pretenda trasladar su residencia a la capital de la Nación dará cuenta al Gobernador Civil de la provincia, por conducto del Alcalde de su residencia, de que dispone para su alojamiento en Madrid de la vivienda adecuada» (art. 1). Este régimen de prohibición se extendió, también con carácter cautelar, a «la zona industrial de Vizcaya» en el Decreto de 5 de septiembre de 1958 por el que se concede a Bilbao la construcción de cuatro mil viviendas subvencionadas y se establecen normas de control sobre la inmigración y el chabolismo. Las medidas de control de inmigración interior figuraban en los artículos 30 de la Ley del plan de urgencia social de Madrid y 9 del decreto de 27 de marzo de 1959 para Vizcaya.

(6) Al respecto, resulta imprescindible la lectura de Parejo Alfonso, l., *La ordenación urbanística. El período 1956-1975*, Montecorvo, Madrid, 1979, donde se pone de manifiesto la «huida» de la Ley del suelo de 1956 en los procesos de transformación del suelo y en las diversas políticas con impacto territorial.

(7) Chueca Goitia, f., *La destrucción del legado urbanístico español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, auténtico atlas de la degradación padecida por los núcleos urbanos españoles durante los años sesenta y setenta del pasado siglo.

planteamiento estrictamente cuantitativo. En línea con las aspiraciones de una sociedad que –en palabras del preámbulo de la Constitución– aspiraba a lograr una digna calidad de vida[8], apostó decididamente por proclamar el derecho a una vivienda *digna y adecuada* (art. 47 CE), siendo este un principio rector de todas las políticas sociales y económicas; en particular de aquellas que puedan diseñar las instancias territoriales competentes por razón de la materia.

2. **La vivienda en el texto constitucional. Sucinta descripción**

En el anteproyecto de Constitución, el entonces artículo 40 proclamaba que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones para hacer efectivo este derecho y regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general» (*Boletín Oficial de las Cortes* [BOCC], núm. 44, de 5 de enero de 1978). Toda vez que en este primer texto el sistema de distribución territorial del poder respondía al modelo de lista única de materias reservadas a la exclusiva competencia del Estado (art. 138), y habida cuenta de que la vivienda no figuraba entre esas materias competenciales, se infería su disponibilidad por los entonces denominados territorios autónomos.

El informe de la ponencia constituida en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, al aceptar diversas enmiendas de diversa procedencia (sendas enmiendas de los señores Licinio de la Fuente, de Alianza Popular y Ramón Tamames, del Grupo Parlamentario Comunista, y una enmienda de la Minoría Catalana), reforzó lo que el primero de los enmendadores denominara «la significación social de la política de vivienda». Concretamente, incorporó un último inciso en el entonces artículo 43, en el que se preveía la «participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». [BOCC núm. 82, de 17 de abril de 1978].

La lucha contra la especulación como contenido de la regulación de la utilización del suelo apareció en el informe de la Comisión. Con todo, lo más relevante de este informe fue la definitiva adopción del sistema de doble lista y la inclusión de la vivienda como material competencial que podían asumir las comunidades autónomas –denominación que definitivamente se impuso– desde el primer momento. Así, el entonces

(8) Sobre esta noción, *vid.* Martín Mateo, R., «La calidad de vida como valor jurídico», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. 2, pp. 1437 ss.

artículo 141.1 c) mencionaba las competencias sobre «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» entre las materias de potencial titularidad autonómica [BOCC núm. 121, de 1 de julio de 1978]. Ninguno de estos preceptos se vería alterado en el debate plenario de la Cámara baja [BOCC núm. 135, de 24 de julio de 1978].

El dictamen de la Comisión Constitucional del Senado, en el que ya se numeró como artículo 47, acentuó la vertiente prestacional al afirmar que «todos los españoles» tendrían «derecho a que se les facilite su acceso a una vivienda digna y adecuada» [BOCC núm. 157, de 6 de octubre de 1978], en lugar de hablar de su derecho a «disfrutar de una vivienda y adecuada». Finalmente, sería este el derecho consagrado en el texto definitivo tras su aprobación por el Pleno del Senado [BOCC núm. 170, de 28 de octubre de 1978].

Del precepto constitucional resultante de los trabajos parlamentarios y actualmente vigente importa destacar algunos extremos:

En primer lugar, la ya mencionada superación de la perspectiva estrictamente prestacional. Sabedores los constituyentes de que una cosa es construir viviendas y otra bien diferente *hacer ciudad*, apostaron por la conversión del urbanismo en una función pública de ordenación integral de la ciudad, superando su limitada consideración como un recurso para la provisión de vivienda. El artículo 47 de nuestra Constitución permite una visión integradora de la ciudad; su lectura conjunta con los preceptos precedentes, relativos a la salud, cultura, medio ambiente y patrimonio histórico, apuntan a la interconexión de diversas políticas públicas en una amplia función territorial superadora del urbanismo especulativo y expoliador de nuestro patrimonio cultural.

En segundo lugar, si bien se habla de un derecho, es preciso huir de cualquier reduccionista identificación del contenido del mismo con los derechos subjetivos; aquí prima el contenido objetivo, que nos sitúa en la órbita más de los principios que de las reglas. El derecho a la vivienda digna y adecuada (no se olviden los adjetivos) es un mandato de optimización que se realiza en la medida de lo posible. Debe informar todas las políticas públicas con impacto territorial y no solo aquellas resultantes del ejercicio de la competencia sobre urbanismo y ordenación del territorio. Estamos, por consiguiente, ante auténticas obligaciones positivas de los poderes públicos que van más allá de lo prestacional.

Finalmente, acaso nunca se subraye suficientemente la importancia que reviste la identificación de una política pública –por mejor decir, un contenido necesario las políticas públicas con impacto territorial– preferencial para la realización de ese mandato de optimización: la lucha contra la especulación. Las referencias a la ordenación del uso del suelo «para impedir la especulación» y la afirmación de que «la comunidad» ha de

participar «en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos» ponen de relieve hasta qué punto nuestra Constitución contiene un mandato, que se realiza en la medida de lo posible y en ponderación con otros bienes y valores de relevancia constitucional, en pos de un urbanismo sostenible que permita disfrutar de una digna calidad de vida.

3. La vivienda en los estatutos de autonomía. Sucinta exposición

Nota común a los diferentes estatutos de autonomía originarios fue la asunción de competencia exclusiva en materia de «ordenación del territorio [y del litoral en las comunidades autónomas en las que fuera geográficamente procedente], urbanismo y vivienda». Estos son los términos que continúan vigentes, entre otros, en los artículos 10.31 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), 27.3 del Estatuto de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril), 10.1.3 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre), o 26.1.1.4 del Estatuto de Autonomía de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero). Una precisa sistematización de las consecuencias de la caracterización de la competencia autonómica como exclusiva la hallamos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. De acuerdo con lo que se indica en este precepto, la exclusividad supone la asunción de las potestades normativas (legislativa y reglamentaria) y de gestión (incluyendo las funciones de inspección y la potestad revisora), como también implica la aplicación preferente del Derecho autonómico en la materia.

A medio camino entre los estatutos originarios y los estatutos de nueva generación elaborados a partir de 2006, se sitúa el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 1982, objeto de extensa modificación por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril. En este Estatuto el tratamiento de la vivienda se diversifica en una triple vertiente: un mandato dirigido a la Generalitat Valenciana, quien debe garantizar «el derecho a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos» (art. 16); una competencia exclusiva en los términos ya reseñados en el párrafo anterior (art. 49.1.9) y una competencia exclusiva, bien que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado» en materia de «control de la calidad en la edificación y vivienda» (art. 49.3.12).

El primero de los estatutos de nueva generación, el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, fue aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de

julio. En este estatuto se distinguen «derechos y deberes en el ámbito civil y social» y «principios rectores», pese a que no siempre resulte fácil deslindar hasta dónde alcanza el carácter principal de unos y otros. Sea como fuere, el artículo 26 se consagra a los «derechos en el ámbito de la vivienda», cuyos titulares son «las personas que no dispon[gan] de los recursos suficientes», a quienes se reconoce el «derecho a acceder a una vivienda digna», a cuyo efecto «los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine»; de modo que el proclamado derecho se traduce finalmente en la imposición de una política de promoción pública de vivienda. En coherencia con esa concreción y con las técnicas tradicionales de promoción de vivienda en el Derecho español, el artículo 47, dedicado a la «vivienda» en tanto que principio rector, emplaza a «los poderes públicos» –se entiende que autonómicos– a «facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados». Como puede apreciarse, este precepto estatutario poco añade –más allá de lo que parece ser una genérica consideración de «los jóvenes», quienes quiera que estos sean, como una especie del género «personas que no disponen de los recursos suficientes»– a lo ya proclamado en el artículo 26.

Por lo que se refiere a la competencia autonómica en materia de vivienda, asumida con carácter de exclusiva en el artículo 137, cabe afirmar que lo más destacado de este precepto –que no fue objeto de impugnación en ninguno de los diversos recursos de inconstitucionalidad que en su momento se interpusieron frente al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña– es su enumeración de las potestades que «en todo caso», comprende esta materia competencial. De modo que podemos convenir en que identifica pacíficamente el alcance de la competencia exclusiva sobre vivienda, a saber:

«a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales y de equilibrio territorial.

b) El establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Cataluña en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance, tanto en relación al sector público como al privado.

c) La promoción pública de viviendas.

d) La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y el establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito.

e) Las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción.

f) Las normas sobre la habitabilidad de las viviendas.
g) La innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas.
h) La normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación».

Añádase que, de acuerdo con el artículo 149.1.5 del Estatuto –precepto cuya constitucionalidad tampoco fue controvertida en su día–, se encuadran también dentro de las competencias exclusivas de la Generalitat en materia de urbanismo «La política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo». Finalmente, el ya citado artículo 137.2 asigna a la Generalitat «competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, radiodifusión, telefonía básica y otros servicios por cable», si bien en este caso se añade el inciso «respetando la legislación del Estado en materia de telecomunicaciones». Como bien sabemos, el respeto a la legislación estatal en materia de su exclusiva competencia no precisa de una cláusula estatutaria de salvaguarda; lo que no es óbice para subrayar la tomar de conciencia de la menor intensidad de la nota de exclusividad de la competencia en estos ámbitos [(9)].

El Estatuto de Autonomía de las Illes Balears reformado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero combina la proclamación de un derecho de acceso a una vivienda digna (art. 22), que concreta –en términos sustancialmente coincidentes con los ya expuestos al referirnos al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña– uno de los principios rectores de la actividad pública autonómica (art. 12.3), y la asunción por la comunidad autónoma de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución» (art. 30.3). De modo similar, el Estatuto de Castilla y León, reformado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, distingue un principio rector de acceso a la vivienda para jóvenes (art. 16.12) y otros «grupos sociales en desventaja» (art. 16.14) y la competencia exclusiva autonómica en la materia (art. 70.1.6). Otro tanto hace el Estatuto de Autonomía de Extremadura, reformado por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (arts. 7.16 *in fine*, respecto del acceso

(9) Ponce Solé, J., cerraba su estudio «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de noviembre, del derecho a la vivienda», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 7 (2008), pp. 145 ss., con una llamada a la construcción de redes, también de cooperación, que faciliten la realización del objetivo marcado en el artículo 47 CE desde el principio de unidad material de la administración pública.

de los jóvenes a la vivienda, y 9.1.31, donde se asume la competencia exclusiva sobre «urbanismo y vivienda. Normas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y de conservación del patrimonio urbano tradicional»).

El Estatuto de Autonomía de Andalucía reformado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, también distingue el derecho-principio rector de la política social a la vivienda (arts. 25 y 37.1.22), de la competencia exclusiva autonómica en la materia. En cuanto a esta última, el artículo 56.1 y 2 enuncia su contenido en términos próximos a los del artículo 137.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; por el contrario, se adscriben a la materia «urbanismo» las políticas «de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación» (art. 56.3).

En fin, el Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, coincide con los anteriores en el tratamiento del derecho-principio rector [arts. 24 f) y 27] y la enumeración de potestades que comprende la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda «que, en todo caso, incluye la planificación, la ordenación, la gestión, el fomento, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales de equilibrio territorial y de sostenibilidad; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; las normas sobre la habitabilidad de las viviendas, la innovación tecnológica aplicable a las viviendas y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación» (art. 71.10).

Más recientemente, el Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre), habla del derecho de acceso a la vivienda de los jóvenes (art. 14), un derecho que no extiende a las personas mayores ni a las personas en situación de discapacidad o dependencia (arts. 15 y 16); al menos en principio, pues es lo cierto que a renglón seguido el artículo 22 hace –como no podía ser de otro modo– titulares del derecho a una vivienda digna a «todas las personas. Como materia competencial exclusiva, su contenido se enuncia en el artículo 143.1, a lo que añade el nuevo Estatuto la asunción de una competencia de «regulación de la función social y habitacional de la vivienda», bien que «de acuerdo con la legislación del Estado» (art. 143.2) y otra «en el marco de la legislación básica estatal» para la fijación de «las condiciones de accesibilidad de los edificios, así como las condiciones para la instalación de infraestructuras comunes y para la incorporación de innovaciones tecnológicas y de ahorro energético, en condiciones de sostenibilidad» (art. 143.3); además, el artículo 158 d) integra dentro de la competencia exclusiva au-

tonómica sobre urbanismo «la política de suelo y vivienda, los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la urbanización, la edificación y el uso del suelo y el subsuelo».

Al cerrar esta apretada exposición del tratamiento estatutario de la vivienda no puede dejar de consignarse el silencio que guardaran los primitivos estatutos de Andalucía y Extremadura acerca de su consideración como un objetivo de la política social. Recuérdese que en estos textos estatutarios se contenía la identificación de los «objetivos básicos» de las políticas públicas autonómicas (arts. 12 del Estatuto de Andalucía, Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, y 6 del Estatuto de Extremadura, Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero), pues bien, entre ellos, que configuraban auténticas cláusulas de transformación de la sociedad, no figuraba referencia alguna a la vivienda. Un lector poco informado podría preguntarse en qué medida el ejercicio autonómico de las competencias exclusivas en materia de vivienda se habría traducido en la inopinada aparición de una carencia de la que inicialmente no se tenía singular constancia.

Por lo que se refiere a los entes locales, baste recordar ahora que, conforme al artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, los municipios ostentan competencias propias en materia de «urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación». En el caso de Ceuta y Melilla, la atribución de competencias en materia de vivienda figura en los artículos 21.1 de las leyes orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, y 2/1995, de 13 de marzo, respectivamente. Hallamos igualmente algunas reservas de competencias municipales en los textos estatutarios a los que se ha hecho anteriormente referencia. Es el caso del artículo 84.2 b) del Estatuto de Cataluña, que se refiere a la competencia de los gobiernos locales en materia de «planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial». En el Estatuto de Andalucía se «garantiza a los municipios un núcleo competencial propio», comprensivo, entre otras materias de la «planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial» [art. 92.2 b)]. Finalmente, el Estatuto de Canarias atribuye a los cabildos, en su calidad de instituciones de la comunidad autónoma y no como entes locales, el ejercicio de funciones ejecutivas en materia de «policía de vivienda. Conservación y administración del parque público de viviendas» [art. 70.2 j)].

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA

El Tribunal Constitucional ha venido realizando una labor de depuración conceptual de los términos en los que está definido el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias que es preciso tener presente en el estudio de esta materia. Bien entendido que esta labor tiene dos condicionantes que no debemos ignorar: En primer lugar, se refiere únicamente a la distribución de competencias entre dos de los tres poderes que ejercen potestades sobre la vivienda, el Estado y las comunidades autónomas, quedando al margen los municipios(10). En segundo lugar, la función del Tribunal, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, es eminentemente reaccional, el Tribunal actúa a instancia de parte y siempre para dar respuesta al caso concreto sometido a su conocimiento(11).

1. «Ordenación de la economía», título genérico de intervención estatal en la vivienda

La STC 152/1988, de 20 de julio, que resolviera cinco conflictos positivos de competencia acumulados planteados por el Gobierno Vasco en relación con un real decreto sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, encuadró la acción de fomento estatal en la competencia de planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Se abrió así una línea jurisprudencial que habilitó la intervención estatal en el subsector vivienda a través de un título competencial genérico.

Esta sentencia arranca, en lo que ahora estrictamente interesa, con la muy relevante afirmación de que la competencia –exclusiva– sobre vivienda faculta a las instituciones autonómicas «para desarrollar una política propia en dicha materia» (FJ 2). Este sería, en rigor, el alcance efectivo del adjetivo exclusiva atribuido a la competencia autonómica, habida cuenta de que esta «se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito» (*ibidem*). Tras hacer hincapié en la insoslayable necesidad de respetar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, la

(10) En relación con las competencias municipales en la materia, *vid.* Vaquer Caballería, M., «La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda», en *Informe Comunidades Autónomas, 2021*, Observatorio de Derecho Público, 2022, pp. 42 ss.

(11) Una visión crítica de la evolución de la doctrina constitucional en la materia en Beltrán de Felipe, M., «Las legislaciones de vivienda social», en *Ciudad y Territorio*, XLI (161-162), 2009, pp. 453 ss.

sentencia describía un panorama caracterizado por «la conjunción de actuaciones de las autoridades estatales y autonómicas para la consecución, entre otros posibles, del mismo fin que impone el art. 47 de la Constitución» (FJ 3). De modo que, en línea de principio, esta sentencia cerraba el paso a cualquier intento de caracterización de la vivienda como una competencia concurrente, por más que sea un sector material en el que se entrecruzan diversos títulos competenciales.

Sintetizando la jurisprudencia constitucional sobre este título, años más tarde, la STC 235/1999, de 16 de diciembre, subrayará que, en su seno, tienen cabida «las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (FJ 3) [(12)]. Por lo que específicamente se refiere al subsector económico de la vivienda, la STC 152/1988 ya había concluido que «no cabe duda de que puede ser comprendida en la competencia del Estado […] la planificación básica de determinadas actuaciones de construcción y rehabilitación de viviendas de protección oficial, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación en el ámbito definido como tal, ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable» (FJ 4).

Por otro lado, la afirmación de que en materia de vivienda el Estado ostenta un título competencial «genérico» de intervención tiene, como principal consecuencia práctica, la subsunción del caso en la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, de 6 de febrero, que, como bien sabemos, sistematiza los supuestos de ejercicio del poder de gasto del Estado en el contexto de la descentralización política (*spending power*) [(13)]: «En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y com-

(12) Ni que decir tiene que, para el reconocimiento de esta función promocional del Estado en el subsector vivienda, la aseveración de la existencia de «un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único» se erige en presupuesto insoslayable (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3; en esta ocasión, referida a la ordenación del comercio minorista).

(13) En relación con el poder del gasto, me remito a Pomed Sánchez, L., «La potestad subvencional en el Estado autonómico», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 7 (2008), pp. 37 ss.

plementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las comunidades autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la administración del Estado u organismo intermediario de esta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias».

Posteriormente, la STC 59/1995, de 17 de marzo, estimó el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de un convenio de financiación de obras de rehabilitación de viviendas de promoción pública que habían suscrito el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y el Ayuntamiento de Barcelona. El Tribunal, siempre con mención expresa de la ya reseñada STC 152/1988, reiteró que la conexión de la vivienda con la política económica general se justifica suficientemente por «la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo» (FJ 4). Lo que no autorizaba al Estado a prescindir de la intervención autonómica en un sector sobre el que la instancia regional ostenta una competencia estatutariamente calificada de exclusiva puesto que «ni el art. 47 CE constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), ni la persecución del interés general –en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles– puede materializarse 'a pesar de' los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, sino que ha de lograrse 'a través de' los mismos» (FJ 3)[(14)].

Por su parte, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto del texto refundido de la Ley del suelo de 1992 que permitía un aprovechamiento patrimonializable superior al aprovechamiento tipo en el caso de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección pública. Si bien se mira, se trataba de una

(14) La improcedencia de prescindir de las comunidades autónomas en la articulación de las medidas de fomento en vivienda se reitera en la STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 13, con mención expresa del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, en los términos antes reseñados. Por otra parte, en la STC 7/2010, de 27 de abril (Ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana para 2002), el Tribunal reiteró, una vez más, con invocación expresa de la STC 152/1988, que «el principio rector previsto en el art. 47 CE, párrafo primero, constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (administración general del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (FJ 7).

suerte de medida de efecto equivalente, con la que se trasladaba al sector privado la financiación de actuaciones públicas en el subsector de la vivienda. Sin embargo, el Tribunal rechazó su encuadramiento en la competencia estatal de ordenación general de la economía porque en su definición se hacía uso de prescripciones estrictamente urbanísticas, algo que le está vedado al legislador estatal [FJ 24 d)].

La aprobación del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, que establecía un régimen de ayudas al alquiler, dio lugar a sendos procesos constitucionales resueltos por las SSTC 129/2010, de 29 de noviembre, y 36/2012, de 15 de marzo. Así como los preceptos reglamentarios cuestionados en el primero de estos procesos fueron encuadrados en el binomio competencial ordenación de la economía-vivienda, en el segundo ese encuadramiento se remitió a la competencia en materia de asistencia social. Pues bien, la primera de estas sentencias remitió el entrecruzamiento competencial a un supuesto de los contemplados en la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992 y, consecuentemente, anuló aquellos preceptos que vaciaban indebidamente las competencias autonómicas de gestión de ayudas.

En el año 2013 se dictaron dos sentencias de especial interés: las SSTC 112/2013, de 9 de mayo, y 139/2013, de 8 de julio.

La primera de ellas desestimó el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con el plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre. Interesa destacar que la instancia autonómica no impugnaba el plan de ayudas en su totalidad sino únicamente los siguientes preceptos: artículo 3.1 b), que sometía a los demandantes de vivienda y financiación acogidos al real decreto a su previa inscripción en un «registro público de demandantes, creado y gestionado de conformidad con lo que disponga la normativa de las comunidades autónomas», y artículo 6.1, de acuerdo con el cual las viviendas acogidas a la financiación del plan quedaban sujetas a un régimen de protección, excluyente de la descalificación voluntaria, cuya vigencia temporal dependía del destino asignado por el plan urbanístico al suelo (hasta treinta años para las edificaciones radicadas en suelo destino a vivienda protegida o suelo dotacional público, y a partir de treinta años para los demás supuestos). Si en el primero de los casos la Comunidad de Madrid entendía que la previsión reglamentaria coartaba su autonomía institucional, pues venía obligada al establecimiento y llevanza de un registro administrativo de demandantes de vivienda y financiación, en el segundo la queja traía causa de la eventual vulneración de la competencia exclusiva regional en materia de urbanismo, lo que incluye la determinación de los usos del suelo.

Como ya se ha indicado, la STC 112/2013 desestimó el conflicto, reiterando una vez más la jurisprudencia constante desde la STC 152/1988 y encuadrando la financiación estatal en el supuesto de la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Con todo, acaso lo más destacado de este caso no se encuentre en la resolución en sí misma[15], cuanto en el hecho de que la Comunidad de Madrid en ningún momento controvirtiera la existencia de un plan estatal de ayudas en materia de vivienda. La doctrina constitucional podía entenderse tan consolidada que ni siquiera las instancias regionales cuestionaban la capacidad de intervención estatal en una materia sobre la que habían asumido estatutariamente competencias exclusivas.

Esta sensación es, si cabe, más evidente en la STC 139/2013, que desestimó el conflicto positivo de competencia formulado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid respecto del apartado 12.1 del artículo único del Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el plan estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. La reforma suponía una liberalización del régimen de enajenación de viviendas protegidas para alquiler a determinadas sociedades, sustituyendo el requisito de la previa autorización de la administración autonómica por la simple notificación a esta del promotor. En palabras del Tribunal, «la modificación impugnada no merma las funciones ejecutivas que corresponden a la Comunidad de Madrid. Los órganos autonómicos competentes podrán controlar las enajenaciones, al estar los interesados obligados a notificarlas antes de que tenga lugar la operación» (FJ 4). Además, «la regulación estatal deja un margen para que las comunidades autónomas desarrollen el control y la gestión de la enajenación de vivienda protegida para alquiler que, de acuerdo con la doctrina constitucional previamente expuesta, resulta conforme con el parámetro de constitucionalidad fijado en la STC 13/1992, FJ 8 b), y con las posibilidades de intervención del Estado en materia de vivienda que estableció la STC 152/1988. A su vez, la reforma no obsta para que las comunidades autónomas establezcan su propia política de vivienda, en la que podrán introducir el régimen de intervención administrativa que resulte acorde con la finalidad perseguida. Tal como declaramos en la STC 112/2013, en aplicación de la doctrina derivada de la STC 152/1988, FJ 4, el régimen de autorización administrativa solo se aplica 'a las viviendas que se acojan a la financiación del Plan sin

(15) Contemplados estrictamente desde la óptica de la materia competencial «vivienda», los dos preceptos controvertidos por la Comunidad de Madrid regulaban aspectos un tanto marginales: en el caso del artículo 3.1 b), la creación de un registro administrativo, lo que remite a la potestad de autoorganización, y en el del artículo 6.1 una regla que limitaba los poderes autonómicos de calificación del suelo, materia que nos pone ante la competencia sobre urbanismo.

condicionar la política de vivienda que puedan desplegar las comunidades autónomas mediante sus propios programas', a las que podrán aplicar las medidas de intervención administrativa acordes con los objetivos de la misma» (*ibidem*). De este modo, el encuadramiento de la decisión en la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.13 CE evita su consideración como una regla de procedimiento administrativo común y de aplicación general a todos los supuestos de enajenación de viviendas protegidas para alquiler: junto con el régimen de notificación o declaración responsable podrá convivir otro de autorización administrativa previa, en función de a quién corresponda la financiación.

En rigor, estas resoluciones son coherentes con la delimitación del perímetro de la competencia estatal sobre ordenación de la economía, que faculta al Estado para que «intervenga 'cuando para conseguir objetivos de política económica nacional se precise una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado', aun si se trata de una 'planificación de detalle' (STC 29/1986, de 20 de febrero) o de acciones o medidas singulares para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de un sector económico (SSTC 95/1986, de 10 de julio, y 152/1988, de 20 de julio, entre otras)» [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 D); 77/2004, de 29 de abril, FJ 3, y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 7; todas ellas resolutorias de controversias competenciales sobre ordenación del comercio].

La STC 141/2014, de 11 de septiembre, resolvió media docena de recursos de inconstitucionalidad promovidos frente a la Ley de suelo de 2007 y su texto refundido de 2008. Esta sentencia reforzó la posición del Estado en materia de vivienda al concluir que el establecimiento por el legislador central de una reserva mínima del 30 por ciento de suelo residencial para viviendas con un régimen de protección pública hallaba cobertura en las competencias sobre condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, aquí a una vivienda digna y a la propiedad (art. 149.1.1 CE) y de ordenación de la economía (art. 149.1.13 CE):

> «La determinación de una reserva mínima del 30 por 100 del suelo de uso residencial para vivienda en régimen de protección pública ni excede del alcance legítimo de las bases del art. 149.1.13 CE, ni vulnera o vacía de contenido las competencias en materia de vivienda y urbanismo de las comunidades autónomas que, dentro de la estricta observancia de esa garantía, pueden realizar la política urbanística y de vivienda que estimen más adecuada, pudiendo incluso prever una reserva de suelo superior si lo estiman necesario.
>
> La regla de una reserva mínima de suelo residencial de la actuación para viviendas con régimen de protección pública se incardina también en el art. 149.1.1 CE, que, en atención a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), consiente imponer, con ciertas salvedades, un sacrificio, carga o deber

> mínimo de igualación que han de soportar los propietarios del suelo sujeto a urbanización y, en su caso, los empresarios que lleven a cabo la ejecución del planeamiento urbanístico. Es, por tanto, una condición básica tanto del derecho de propiedad (art. 33 CE) como de la libertad de empresa (art. 38 CE). No obsta a la naturaleza básica de la regulación la constatación de que la norma opte por garantizar un porcentaje mínimo o que prevea modulaciones y excepciones a la obligación de reserva. El precepto establece una regla básica y de alcance general y, junto a ella, reglas especiales que también tienen ese mismo carácter básico y que, por tanto, son aplicables por igual en todo el territorio nacional y a todos los propietarios y empresarios que procedan a la transformación urbanística de terrenos» [FJ 8 A) b)].

A renglón seguido se cerraba la argumentación señalando que la previsión de un porcentaje mínimo de reserva, acompañada de reglas especiales, encaja perfectamente dentro de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE al tratarse de «líneas directrices o criterios de ordenación»[(16)].

Al margen de lo anterior, la STC 141/2014 reitera la doctrina de la STC 61/1997 que encuadra la determinación del destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo en la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE «en relación con la vivienda (art. 47 CE)» [FJ 11 B)].

La relación de sentencias constitucionales en las que se enjuicia la validez de intervenciones estatales en materia de vivienda se cierra, por el momento, con la STC 79/2024, de 21 de mayo, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Esta ley puede ser considerada el colofón del proceso de recuperación de competencias estatales en la materia. Un proceso jalonado por diversos hitos, que se inicia por esa modesta actuación mediante el ejercicio del poder de gasto, avanza hasta la constitución de un entramado organizativo en un ámbito donde el Estado únicamente ostenta una competencia genérica (re-creación del Ministerio de la Vivienda por el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril) y culmina con la aprobación de un texto normativo (la Ley 12/2023) que se aleja notablemente del enfo-

(16) En este punto, la sentencia incurre en un exceso de confusión conceptual al abordar la posibilidad de que las bases no sean estrictamente uniformes o monolíticas, llegando al extremo de hacer una especie de concesión dialéctica: «[E]n todo caso, tampoco el establecimiento de un denominador común normativo, que es la función que cumplen las normas básicas ordinarias, exige una regulación monolítica consistente en una única regla cerrada, sino que admite el establecimiento de reglas generales y especiales cuando el legislador entiende que así lo exigen determinados supuestos en atención a sus peculiaridades» [FJ 8 A) b)]. No se alcanza a comprender el sentido último de la expresión «normas básicas ordinarias», que no ha empleado en ninguna otra ocasión el Tribunal Constitucional, ni tampoco se entiende muy bien si esta diversidad es equivalente a las llamadas «bases por territorios», con las que, en todo caso, compartirá la inexorable exigencia de respeto al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, que, en este caso, veda el vaciamiento de las competencias autonómicas.

que «económico» desde el que se había venido articulando la acción estatal *ex* artículo 149.1.13 CE, para adoptar una óptica «social» de garantía de la igualdad en el disfrute del derecho-principio rector constitucional a la vivienda (art. 149.1.1 CE, en conexión con el artículo 47 CE) [17].

Avanzando por la senda abierta por la STC 141/2014, la sentencia 79/2024 confirma la constitucionalidad de las reglas para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado (art. 18.2 y 3 de la Ley 12/2023), haciendo hincapié en que dicha declaración «es siempre voluntaria para las comunidades autónomas» [FJ 5 B) c)]. Curiosa aplicación competencial del brocardo *volenti non fit iniuria* que permite al Estado utilizar instrumentos propios de una competencia específica –la de vivienda– al ejercer un competencia genérica –la de ordenación de la economía–, cuyo contenido se expande. Nótese, por otro lado, que no se trata en este caso de una «planificación de detalle» o de «acciones o medidas singulares para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de un sector económico» (STC 225/1993) sino de un instrumento normativo de alcance general.

Por el contrario, y con esa vocación de concentrarse en lo marginal que parece caracterizar a cierta jurisprudencia constitucional, la STC 79/2024 declara la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones legales que imponen obligaciones de colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en esas mismas zonas de mercado residencial tensionado porque el grado de detalle con que se formulan vacía de contenido las competencias autonómicas.

Otro tanto sucede, y este es un aspecto nuclear de la intervención pública en la economía, con la identificación de los principios informadores del régimen de vivienda protegida porque están definidos con un nivel de detalle que soslaya la competencia legislativa autonómica. En relación con el artículo 16 de la Ley, la sentencia es particularmente incisiva cuando pone de relieve que, en rigor, está definiendo «un régimen llamado a aplicarse de forma supletoria, determinando el precepto cómo han de relacionarse el ordenamiento estatal y los autonómicos», siendo así que «la regla de supletoriedad del art. 149.3 CE no supone título competencial alguno para el Estado y este no puede dictar normas con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las comunidades autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas […], ni siquiera cuando tenga alguna competencia en la materia» [FJ 7 B) b) (i)]. En fin, se declara igualmente inconstitucional, por exceso competencial, la enumeración de las categorías integrantes del parque público de vivienda.

(17) Destaca la novedad y la potencialidad de la Ley 12/2023 Vaquer Caballería, M., «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 39 (2024), pp. 123 ss.

2. **Competencias autonómicas sobre vivienda**

Si hasta 2014 la doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de vivienda se elaboró con ocasión de sucesivas impugnaciones de actuaciones estatales, en la última década el protagonismo se ha desplazado a las normas autonómicas. El resultado ha sido el reforzamiento del papel que representa el Estado en la materia; antes, por el reconocimiento de unos títulos de intervención genéricos; ahora, por la limitación de los poderes autonómicos como consecuencia de la incidencia de títulos estatales entrecruzados (singularmente, los expresados en los números 1, 8, 13, 16 y 18 del artículo 149.1 CE).

Esa década pródiga en pronunciamientos sobre normas autonómicas en materia de vivienda se inaugura con la STC 93/2015, de 14 de mayo, que anula un precepto del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que afirmaba que «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística»[(18)]. Interesa recordar los términos en los que el Tribunal concluye la extralimitación competencial en la que incurriera el Ejecutivo andaluz:

> «Se trata de […] una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien 'forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda', expresión que no alude al concepto homónimo del artículo 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que 'no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal' […]. Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber

(18) En relación con esta sentencia, *vid.* el comentario de Julio César TEJEDOR BIELSA, «El saneamiento del sistema financiero como límite a la competencia autonómica sobre vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo», en Práctica Urbanística, 137, noviembre-diciembre 2015, pp. 48 ss. El autor subraya la persistencia de las limitaciones tradicionalmente alzadas *ex* artículo 149.1.11 y 13 CE frente a la competencia autonómica en la materia, enfoque absolutamente necesario para comprender la declaración de inconstitucionalidad de la regulación de la expropiación del uso de la vivienda en los supuestos de lanzamientos hipotecarios, que el Tribunal considera que invade la competencia estatal de ordenación económica *ex* artículo 149.1.13 CE (FJ 18).

que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por todo lo razonado, debemos concluir que el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar 'afectación' del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley. Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal, por lo que es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartados 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente». (FJ 13).

La doctrina de esta sentencia fue reiterada en las SSTC 16/2018, de 22 de febrero; 32/2018, de 12 de abril, y 43/2018, de 26 de abril[19]. En todas ellas se declara, por ignorar la competencia estatal de ordenación general de la economía, la nulidad de los preceptos autonómicos que regulaban la expropiación del uso de la vivienda en los supuestos de lanzamientos hipotecarios[20]. Por otro lado, mediante una auténtica interpretación manipulativa de rechazo, estas sentencias descartan la inconstitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que imponen, como parte del contenido esencial del derecho a la propiedad, el destino efectivo de las viviendas a habitación. Pese a que en ocasiones la literalidad del legislador autonómico invita a pensar otra cosa (al respecto, *vid.* STC 32/2018, FJ 7), con inopinada base en lo afirmado en la STC 16/2018, FJ 5, pues el contexto

(19) Anteriormente, la STC 154/2015, de 9 de julio, enjuició la constitucionalidad de otra norma andaluza parcialmente dedicada a la vivienda, la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo. No obstante, esta sentencia reviste más interés por lo que hace a la subrogación autonómica en el ejercicio de potestades municipales en materia urbanística que en lo estrictamente atinente a la vivienda, si bien su fallo contiene una interpretación conforme con la Constitución de la previsión relativa a la habilitación para la creación de patrimonio autonómico de suelo, aplicando la doctrina de la STC 51/2004, de 13 de abril [al respecto, FJ 7 e)].

(20) Reiteran la doctrina constitucional en este punto las SSTC 97/2018, de 19 de septiembre; (Ley de vivienda del País Vasco); 106/2018, de 4 de octubre (Ley de emergencia social de la vivienda de Extremadura), y 8/2019, de 17 de enero (Ley del Parlamento de Cataluña de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial).

normativo no es coincidente dadas las diferencias que pueden apreciarse entre las normas autonómicas concernidas, convierte la limitación de una facultad integrante del derecho de propiedad (la de disponer de la cosa) en un principio sin efectividad práctica inmediata alguna; lo que, en buena lógica, descarta cualquier reproche de inconstitucionalidad, al precio de sacrificar la lógica de la hermenéutica jurídica.

Por infracción de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), el Tribunal Constitucional ha anulado sendos preceptos de la Ley de vivienda de la Comunidad Valenciana (STC 80/2018, de 5 de julio) y de la Ley de vivienda del País Vasco (STC 97/2018, de 19 de septiembre). Por este mismo motivo se anularon diversos preceptos legales autonómicos que imponían, como requisito para el ejercicio de acciones civiles por parte de los arrendadores, el ofrecimiento previo de un alquiler social [SSTC 28/2022, de 24 de febrero (Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la covid-19); 57/2022, de 7 de abril (Ley del Parlamento de Cataluña de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda), y 120/2024, de 8 de octubre (modificación de la Ley del Parlamento de Cataluña para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda)].

Se ha apreciado la vulneración de la competencia estatal sobre bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE) en la regulación autonómica de los regímenes de contención y moderación de rentas de alquiler en las SSTC 37/2022, de 10 de marzo, y la ya citada 57/2022, además de la STC 118/2022, de 29 de septiembre (Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler).

Por razones sustantivas, vulneración de los límites materiales de los decretos leyes autonómicos al afectar a la regulación del derecho de propiedad (art. 33 CE), y reiterando la doctrina de la STC 93/2015, la STC 16/2021, de 28 de enero, anuló aquellos preceptos de sendos decretos-leyes de la Generalitat de Cataluña de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, que tipificaban como supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda su desocupación permanente y establecían medidas coactivas para su cumplimiento. Por el contrario, se descartó que concurriera este vicio en un Decreto-ley de la Generalitat Valenciana relativo a la adquisición preferente de vivienda por parte de la comunidad autónoma para la ampliación de vivienda pública (STC 8/2023, de 22 de febrero), pues no se trata, en este caso, de la regu-

lación de la institución sino de su utilización instrumental para la consecución de un objetivo constitucional y estatutariamente legítimo.

Al concluir estas líneas puede resultar pertinente poner de manifiesto cómo el crecimiento exponencial de la atención prestada por los diferentes legisladores a la vivienda ha corrido paralela con la recuperación efectiva de competencias por el Estado. Como ya se ha indicado, las instancias centrales del Estado no se limitan al apoyo financiero, sino que tratan de hacer efectivo el principio rector de acceso a una vivienda digna y adecuada. Si bien esto puede tener un aspecto positivo, convendrá no olvidar que la realización del mandato del artículo 47 CE debe hacerse de acuerdo con el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias. Un orden, no lo olvidemos, coherente en cuanto que conecta estrechamente todas las políticas públicas con impacto territorial. Parece lógico, en tal sentido, que corresponda a la misma instancia territorial la competencia sobre urbanismo, esto es, la «fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo» (STC 61/1997, FJ 6), y la competencia para la elaboración de una política propia en materia de vivienda. Obviamente, sin que esto justifique ninguna eventual desatención del Estado a la realización de un mandato constitucional de optimización.

Sección 2

La vivienda en el contexto europeo. Modelos comparados

II

VIVIENDA Y MERCADO DE LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO EUROPEO

A. El derecho a la vivienda en el contexto europeo

Sorcha Edwards, *Secretaria General Housing Europe*

Alice Pittini, *Directora de investigación Housing Europe*

Johanne Pilippe, *Asistente de políticas Housing Europe*

Abderrahim Khairi, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

Enrique Bueso Guirao, *Asesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Ana Silvestre Navarro, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Enrique Bueso Gómez, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

Resumen: *El contexto europeo en el esencial sector de la vivienda es fundamental para, a través de modelos comparados tratar de perfilar el tan ansiado derecho a la vivienda. Un amplio abanico de compromisos a nivel internacional y nacional reconocen la importancia del derecho a la vivienda como condición previa para el ejercicio de la mayoría de los demás derechos fundamentales. El derecho a una vivienda adecuada es un derecho*

universal, reconocido a nivel internacional y en más de cien constituciones nacionales de todo el mundo. Es un derecho reconocido como válido para toda persona individual. A pesar de este derecho, las personas sin hogar, alojadas inadecuadamente y desahuciadas son cada vez más numerosas. Existen diferentes mecanismos para su aplicación, entre los que destaca la adopción de un derecho a la vivienda exigible, pero las leyes que establecen el derecho a la vivienda representan solo un punto de partida.

Destacar como hito que como consecuencia de la crisis COVID-19, se arbitraron distintas medidas legislativas a nivel europeo para facilitar la actuación del Gestor Público de vivienda, suelo y servicios, tanto en relación a su actuación como en beneficio de los arrendatarios de sus parques públicos de vivienda especialmente afectados por la crisis, paralizando los procedimientos de desahucio y mediante la concesión de bonificaciones, subvenciones y aplazamiento de rentas, medidas que fueron complementadas en muchos casos por los propios gestores públicos.

En el siguiente estudio una vez descrita la situación actual pasaremos al análisis de la vivienda como derecho en el contexto europeo con especial referencia al caso francés como ejemplo de derecho a la vivienda exigible.

Palabras clave: *Derecho a la vivienda, Derecho universal, Derecho fundamental, Personas sin hogar, vivienda digna, viviendas asequibles, Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

Abstract: *The European context in the essential housing sector is fundamental to try to outline, through comparative models, the long-awaited right to housing. A wide range of international and national commitments recognize the importance of the right to housing as a precondition for the exercise of most other fundamental rights.*

The right to adequate housing is a universal right, recognized at the international level and in more than one hundred national constitutions around the world. It is a right recognized as valid for every individual person. Despite this right, homelessness, inadequate housing and evictions are on increasing numbers.

There are different mechanisms for its implementation, including the adoption of an enforceable right to housing, but the laws establishing the right to housing represent only a starting point.

As a highlight, as a consequence of the COVID-19 crisis, various legislative measures were adopted at European level to facilitate the performance of the Public Housing, Land and Services Manager, both in relation to its performance and for the benefit of tenants of its public housing parks, especially affected by the crisis, paralyzing eviction procedures and through the granting of bonuses, subsidies and rent deferrals, measures that were complemented in many cases by the public managers themselves.

In the following study, once the current situation has been described, we will move on to the analysis of housing as a right in the European context, with special reference to the French case as an example of an enforceable right to housing.

Keywords: *Right to housing, Universal right, Fundamental right, Homelessness, Affordable housing, Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

Sumario: 1. Situación actual. 2. La vivienda como derecho humano universal. 3. Protección del derecho a la vivienda de colectivos específicos. 4. La vivienda como derecho. Tratados del Consejo de Europa. 5. La UE y el derecho a la vivienda - Carta Europea de los Derechos Fundamentales. 6. La UE y el derecho a la vivienda - El pilar de derechos sociales de la UE (EPSR). 7. Jurisprudencia para la promoción de los derechos sociales. 8. El derecho a una vivienda digna en las constituciones nacionales. 9. Derecho a la vivienda en las legislaciones nacionales: obligaciones de los poderes públicos. Ejemplo: Derecho a la vivienda exigible: el caso francés. 10. Conclusiones. Bibliografía.

1. SITUACIÓN ACTUAL

Antes de la paralización de la actividad económica y social por la Pandemia la vivienda ya era percibida como un problema social de primer orden a nivel europeo. El derecho a una vivienda «digna y adecuada» no estaba garantizado para amplias capas de la población, tanto por su escasa oferta de vivienda asequible, especialmente en alquiler, como por la inadecuación de la misma, especialmente por el grado de obsolescencia de sus servicios e instalaciones y su poca adecuación a los criterios actuales medioambientales. Esta situación hacía que los ciudadanos se dirigieran a sus representantes políticos exigiendo la implantación de las medidas necesarias para paliarlo.

En este contexto, durante 2018, 2019 y principios de 2020 con ánimo de potenciar de forma decidida la vivienda social en España representantes del nuevo Gobierno, especialmente la Secretaría General de Vivienda (primero del Ministerio de Fomento y, posteriormente del Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y en la actualidad Ministerio de Vivienda y

agenda Urbana)[1]y la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), como agente fundamental en el sector de la gestión pública de la vivienda, suelo y servicios, celebraron distintas reuniones para ir implementando las necesarias medidas para implementar los importantes planes y medidas que habían diseñado en relación con la vivienda para dar un decidido paso para responder a esa demanda cada vez más acuciante, especialmente por el gran aumento de los alquileres[2].

Los Gestores Públicos españoles decididos a apoyar estas medidas plantearon al Ministerio de Fomento que tras la anterior crisis económica y la normativa surgida de la misma habían sufrido una importante merma en su capacidad de actuación tanto desde un punto de vista económico como jurídico.

Como consecuencia de estas reivindicaciones, para paliar esta precaria situación, paulatinamente se fueron implementando medidas tendentes a favorecer el sector de la gestión pública de vivienda y el suelo, así Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en el que se modificaba la Ley de Arrendamientos Urbanos para dar una mayor protección al arrendatario, se potenciaban los «Parques Públicos de Alquiler», introduciendo el trámite de comunicación a los servicios sociales y, cuando afectase a hogares vulnerables, estableciendo que la determinación de la situación de vulnerabilidad produciría la suspensión del procedimiento. Además, desde el punto de vista económico, se ampliaba el ámbito de las inversiones financieramente sostenibles del superávit municipal para acoger la posibilidad de realizar actuaciones en materia de vivienda, siguiendo lo reiteradamente demandado por AVS, o, desde un punto de vista fiscal, se establecía la demandada excepción de la obligación de repercutir al arrendatario el Impuesto sobre Bienes Inmuebles cuando el arrendador sea un ente público en los supuestos de alquileres de inmuebles de uso residencial con renta limitada por una norma jurídica, que nos permitía no repercutirlo en supuesto de hogares vulnerables donde dicha repercusión llegaba a superar la propia renta arrendaticia. Además, se proyecta la inclusión de las ayudas específicas para hacer viables la promoción de viviendas para crear parques públicos.

Estando en este proceso, surge la Pandemia debida al COVID-19 y con ella el problema de la vivienda se incrementó de forma exponencial. Por un lado, por la situación objetiva del propio parque de vivienda, pues la propia situación de confinamiento evidenció las carencias no solo en

(1) Los titulares de la Secretaría General de Vivienda han sido, en primer lugar, Helena Beunza Ibáñez y posteriormente David Lucas Parrón.

(2) Bueso Gómez; Silvestre Navarro, A., y Bueso Guirao E. (2020).

cuanto al diseño de la propia vivienda, no adecuada ni en superficie ni distribución a un encierro prolongado de una familia, sino también al estado de deterioro físico de muchas viviendas y la obsolescencia e incluso ausencia de redes de servicios y equipamientos, especialmente los medios necesarios para las comunicaciones exteriores para el trabajo, la enseñanza o el ocio. Por otro, desde un punto de vista subjetivo, por los devastadores efectos económicos en buena parte de los ciudadanos que sufrieron una drástica disminución de sus ingresos o la pérdida del empleo, lo que hizo muy difícil mantener los costes económicos de sus viviendas y los suministros necesarios para el adecuado uso de las mismas.

En los últimos años y, para tratar de hacer frente al aumento de las dificultades en el acceso a la vivienda, las distintas Administraciones públicas (AAPP) han desplegado un amplio conjunto de medidas de naturaleza diversa, tal y como se desprende del Informe Anual del Banco de España 2023 (3), medidas en mayor o menor medida extrapolables al ámbito europeo impulsadas a raíz de la pandemia (4). Entre ellas, destacan las siguientes:

– Medidas de protección a los inquilinos como, la ampliación de la duración de los contratos de alquiler y el endurecimiento de los supuestos y condiciones de desahucio en el caso de hogares en situación de vulnerabilidad social.

– Medidas de protección a los hogares hipotecados como, la reforma del Código de Buenas Prácticas (CBP) a finales de 2022 y la mejora de sus condiciones a finales de 2023 (5).

– Medidas de apoyo a la demanda como, por ejemplo, avales públicos e incentivos fiscales para la compra de vivienda, y bonos al alquiler.

– Medidas destinadas a aumentar el parque de alquiler social o a precio asequible, como las líneas de préstamos ICO, movilización de suelo público y el impulso a la colaboración público-privada.

– Medidas para agilizar la concesión de licencias urbanísticas, incrementar el volumen de suelo edificable y el grado de edificabilidad, y facilitar el uso residencial de los bienes inmuebles.

– Nuevos indicadores de precios del alquiler y marco para la declaración de zonas tensionadas, que podrían permitir nuevas limitaciones a los incrementos anuales de las rentas del alquiler y la posibilidad de establecer controles en los niveles de los precios del alquiler en zonas tensionadas.

(3) Gavilán A. (2024), p. 15.

(4) Housing Europe, The state of Housing in Europe in 2021. https://www.housingeurope.eu/resource-1540/the-state-of-housing-in-europe-in-2021.

(5) Código de Buenas Prácticas (CBP). https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/*BOE*-A-2022-19403-consolidado.pdf.

– Otras medidas: regulaciones para endurecer las condiciones para el desarrollo del alquiler turístico en determinadas áreas, mayores incentivos fiscales a los particulares que arrienden viviendas con reducciones de precios en las denominadas áreas tensionadas.

Todo este contexto aparece enmarcado por el nombramiento por primera vez en la Unión Europea del primer comisario de vivienda, ámbito desde el que se le encomienda examinar todos los aspectos, desde la eficiencia energética hasta la inversión y la construcción y con la misión de afrontar la escasez de vivienda asequible, desafío compartido por los Veintisiete frente al que no cuenta con competencias directas, pero sí con margen para facilitar la inversión y apoyar a las autoridades locales.

Una vez descrita la situación actual pasaremos al análisis de la vivienda como derecho en el contexto europeo con especial referencia al caso francés como ejemplo de derecho a la vivienda exigible.

2. LA VIVIENDA COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

El derecho a la vivienda existe en varios tratados de derechos humanos, pero su alcance y contenido preciso no son muy explícitos. Concretamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone en su artículo 25.1:

> Artículo 25.1: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.».

El derecho a una vivienda adecuada es un derecho universal, reconocido a nivel internacional y en más de cien constituciones nacionales de todo el mundo. Es un derecho reconocido como válido para toda persona individual. A pesar de este derecho, las personas sin hogar, alojadas inadecuadamente y desahuciadas son cada vez más numerosas en las ciudades y el campo de todo el planeta. De hecho, ONU-Hábitat calcula que 3.000 millones de personas, alrededor del 40 % de la población mundial, necesitarán acceder a una vivienda adecuada. Esto se traduce en una demanda de 96.000 nuevas viviendas asequibles y accesibles cada día. Un número considerable de personas no puede acceder a una vivienda en el mercado, ni de alquiler ni de compra. Algunas no tienen dónde vivir o tienen miedo de vivir en sus casas. Cada vez más personas duermen en portales, casas

ocupadas, edificios abandonados y otros lugares no aptos para la habitación humana. Al mismo tiempo, ha disminuido la oferta de viviendas sociales y estatales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone en su artículo 11 apartado primero:

> Artículo 11.1: «[…] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, […]».

3. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DE COLECTIVOS ESPECÍFICOS

Existen varios convenios que establecen el derecho a la vivienda para grupos que se consideran especialmente vulnerables y merecedores de una protección específica:

– Trabajadores (OIT, 1962).
– Refugiados (OIT, 1961).
– Niños (ONU, 1959; 1989).
– Mujeres (ONU, 1979).
– Trabajadores de edad avanzada (OIT, 1980), trabajadores inmigrantes (OIT, 1990).
– Minorías (ONU, 1991).
– Pueblos indígenas (ONU, 1993).

4. LA VIVIENDA COMO DERECHO. TRATADOS DEL CONSEJO DE EUROPA.

El Consejo de Europa es una organización internacional cuyo objetivo declarado es defender los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en Europa y promueve la cultura europea. Fundado en 1949, cuenta con 47 Estados miembros.

A diferencia de la UE, el Consejo de Europa no puede elaborar leyes vinculantes, pero sí tiene potestad para hacer cumplir determinados acuerdos internacionales alcanzados por los Estados europeos sobre

diversos temas. El órgano más conocido del Consejo de Europa es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vela por el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Carta Social Europea Revisada del Consejo de Europa (CSEE) proporciona criterios y orientaciones específicos para la realización progresiva del derecho a la vivienda y la reducción y prevención del sinhogarismo, hasta su erradicación. La vivienda debe estar disponible, ser asequible y de calidad adecuada.

La Carta Social Europea (revisada) es un tratado del Consejo de Europa que se abrió a la firma el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor inicialmente el 26 de febrero de 1965 – revisada en 1996:

> Art. 31: «Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas a: favorecer el acceso a una vivienda de un nivel adecuado; prevenir y reducir el número de personas sin hogar con vistas a su eliminación progresiva; hacer accesible el precio de la vivienda a las personas sin recursos suficientes».

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incluye derechos específicos que garantizan el derecho a la vivienda, como el artículo 8, sobre el derecho a la vida familiar y privada y a la protección del domicilio; el artículo 6, sobre el derecho a un proceso justo en caso de desahucio; y el artículo 7, sobre el derecho a una vivienda digna.

5. LA UE Y EL DERECHO A LA VIVIENDA. CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo 34 §3: «Con el fin de luchar contra la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, de conformidad con las normas establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

La Unión Europea no ha ratificado (todavía) el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tampoco ha ratificado la Carta Social Europea revisada. Nueve Estados están vinculados por la Carta de 1961 (cinco de ellos también por el Protocolo de 1988) y diecinueve por la Carta Revisada. Salvo dos Estados, Francia y Portugal, que han aceptado todos los apartados de la Carta Revisada, los demás han ratificado un número mayor o menor de disposiciones de una u otra versión de la Carta. Solo catorce Estados miembros de la UE han aceptado el Protocolo de 1995 por el que

se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Esto da lugar a una variedad de situaciones y obligaciones contraídas.

Sin embargo, los derechos establecidos por la Carta están garantizados de forma más o menos explícita y detallada por la legislación de la UE. En concreto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ha adquirido rango de Tratado.

6. LA UE Y EL DERECHO A LA VIVIENDA. EL PILAR DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA UE (PEDS)

El 26 de abril de 2017, la Comisión Europea presentó oficialmente el esperado Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS). En el mismo se contienen veinte principios y derechos clave para apoyar unos mercados laborales y unos sistemas de bienestar justos y que funcionen correctamente, entre ellos la Prioridad diecinueve.

Se proporcionará a quienes lo necesiten acceso a una vivienda social o a ayudas a la vivienda de buena calidad.

Que las personas vulnerables tengan derecho a una asistencia y protección adecuadas contra el desalojo forzoso.

Se proporcionará alojamiento y servicios adecuados a las personas sin hogar con el fin de promover su inclusión social.

La aplicación del PEDS es una responsabilidad conjunta, cuya mayor competencia corresponde a los Estados miembros.

El PEDS no es directamente aplicable, sino que sirve de base para establecer las prioridades de los programas de trabajo y financiación, y para hacer recomendaciones a los Estados miembros (para unas políticas de vivienda más eficaces y para apoyar el acceso universal y rápido a la vivienda).

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del pilar, estos principios y derechos no son directamente aplicables, lo que significa, como explica la Comisión Europea, que «requieren una traducción en una acción específica o en una legislación específica, al nivel apropiado». Una cuestión importante sobre la que reflexionar es: «¿Cómo podemos asegurarnos de que se aplicarán estos derechos y principios?».

La Comisión Europea sigue dando prioridad a la aplicación de los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) en la Unión Económica y Monetaria (UEM). Mientras que el PEDS sigue abierto a la adopción por otros Estados miembros, esta aplicación selectiva puede exacerbar las disparidades en la eficiencia de la política de vivienda entre las regiones del norte y del sur, así como entre el este y el oeste de Europa.

7. JURISPRUDENCIA PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Desde hace ya cincuenta años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncian sobre litigios entre particulares y organismos públicos acerca del significado exacto de los derechos sociales, especialmente en relación con la vivienda. Estas decisiones pueden y deben utilizarse más como recurso para defender y promover los derechos sociales.

8. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES (6)

Solo dos países de la UE han reconocido en sus constituciones el derecho a una vivienda digna como un derecho humano fundamental (España, Bélgica), mientras que en numerosos países (Finlandia, Grecia, Italia, Países Bajos, Polonia, Eslovenia) (7) se reconoce en la constitución el derecho a una vivienda digna como un principio, una meta o un objetivo social o político esencial para el país. Las distintas concepciones del derecho a la vivienda proclamadas por los Estados miembros en sus constituciones expresan, en sus diversas redacciones, un derecho social fundamental o «un derecho y una directriz», ya que indica una actividad que deben llevar a cabo los Estados miembros con vistas a su aplicación, es decir, mediante la construcción de viviendas sociales o incentivos adecuados para que el mercado privado proporcione viviendas asequibles, y las decisiones adoptadas como actos políticos para asignar medios presupuestarios a la vivienda e indemnizar a los propietarios. Sin embargo, su formulación no permite a las personas necesitadas afectadas reclamar ante los tribunales la aplicación del derecho a la vivienda, con el fin de obtener del Estado una vivienda digna (8).

(6) European Social Housing Observatory, (2008). *The Right to Housing in the European Union.*
(7) Golay, C., Melik, O., The Right to Housing. Europe-Third World Centre (CETIM).
(8) Ghekière L. (2007).

Table 1: Right to housing in Member States' national constitutions

Country	Article	Formulation of the right to housing
Belgium (1994)	Article 23	3. Everyone has the right to enjoy a life in conformity with human dignity. Towards this end, the law, the decree or rules established under article 134 guarantee, taking into account the corresponding obligations, economic, social and cultural rights of which they determine the conditions for their implementation. These rights include, in particular, the right to adequate housing.
Finland (1999)	Article 19	The government shall favour the right of everyone to adequate housing and shall support personal efforts in the pursuit of housing.
Greece (1975)	Article 21	4. The provision of homes to those who are homeless or live in inadequate housing conditions shall be the subject of special care by the State.
Italy (1947)	Article 47	The Republic encourages and safeguards savings in all its aspects and supervises, coordinates and controls the issuing of credit. It encourages the investment of private savings in the purchase of homes or holdings directly farmed by the owners and direct or indirect investment in large productive enterprise.
Netherlands (1984)	Article 22	2. It shall be the concern of the authorities to provide sufficient living accommodation.
Poland (1997)	Article 75	1. Public authorities shall pursue policies conducive to satisfying the housing needs of citizens, in particular combating homelessness, promoting the development of low income housing and supporting activities aimed at acquisition of a home by each citizen.
Portugal (1982)	Article 65	1. Everyone shall have the right for himself and his family to a dwelling of adequate size satisfying standards of hygiene and comfort and preserving personal and family privacy. 2. In order to safeguard the right to housing it shall be the duty of the State to: (a) draw up and put into effect a housing policy as part of general regional planning and based upon town plans which safeguard the existence of an adequate network of transport and social facilities; (b) To promote, in conjunction with local authorities, the construction of economic and social housing; and (c) promote private building subject to the public interest. 3. The State shall adopt a policy aimed at introducing a system of rents compatible with family incomes and of individual ownership of dwellings. 4. The State and local authorities shall exercise effective supervision over immovable property, take urban lands into national and municipal ownership where necessary and lay down rights of use.
Slovenia (1991)	Article 78	The State shall create the conditions necessary to enable each citizen to obtain proper housing.
Spain (1978)	Article 47	All Spaniards have the right to enjoy decent and adequate housing. The authorities shall promote the conditions necessary and establish pertinent norms to make this right effective, regulating the use of land in accordance with the general interest to prevent speculation. The community shall share in the increased values generated by urban activities of public bodies.

Fuente: Observatorio Europeo de la Vivienda Social, (2008). El derecho a la vivienda en la Unión Europea.

9. DERECHO A LA VIVIENDA EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES: OBLIGACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS

En los Estados miembros en los que el derecho a la vivienda no está integrado en las constituciones, las leyes nacionales establecen ese principio y definen las modalidades concretas de su aplicación.

Algunos de los Estados miembros han confiado por ley a autoridades públicas específicas la aplicación del derecho a la vivienda, como Alemania, Dinamarca, Suecia, Polonia, los Países Bajos, el Reino Unido y, más recientemente, Estonia y Bulgaria. En estos Estados miembros, la provisión de vivienda a las personas excluidas es responsabilidad explícita de

los municipios. Independientemente de que se refiera a un derecho reconocido a la vivienda, a un objetivo general de lucha contra la exclusión social o a un imperativo de orden público, las disposiciones legales correspondientes ofrecen la ventaja de que establecen responsabilidades claras y prevén una aplicación real del derecho a la vivienda correspondiente a las necesidades reales, es decir, a nivel de las autoridades públicas locales.

En Dinamarca, Suecia y Polonia, la legislación específica incluye la obligación de los municipios de proporcionar una vivienda digna. En el Reino Unido, la Ley de Vivienda de 1977 impone a los municipios la obligación de proporcionar alojamiento a las personas necesitadas. En Alemania, la legislación regional impone a los municipios la obligación de alojar a las personas sin hogar que se consideren «alteradoras del orden público». El derecho a la vivienda está actualmente consagrado en las constituciones de 8 Landers alemanes: Baviera, Berlín, Brandemburgo, Bremen, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania-Palatinado, Sajonia-Anhalt y Turingia[9].

En Irlanda no existe un derecho «real» a la vivienda. Sin embargo, existe un derecho «aspiracional» a la vivienda. En otras palabras, el gobierno está tomando medidas para intentar hacer realidad el acceso a la vivienda para todos, pero no está legalmente obligado a hacerlo. El Estado irlandés ha creado varios organismos públicos encargados de promover este concepto aspiracional del derecho a la vivienda, entre los que destaca la Agencia de la Vivienda. La Agencia de Financiación de la Vivienda y la nueva Agencia de Desarrollo del Suelo también desempeñan un papel de apoyo[10].

Ejemplo de derecho a la vivienda exigible: el caso francés[11]

Tras cuatro leyes especiales sobre el derecho a la vivienda, Francia adoptó en 2007 una quinta para hacerlo exigible y transformar el simple objetivo de la provisión de vivienda en una obligación formal para el Estado, obligación que da derecho a los solicitantes a recurrir a la vía judicial en caso de no ejecución. La ley aprobada en 2007 estipula que «toda persona que resida legalmente en el país, cuyos recursos sean insuficientes o que, por razón de edad, situación mental, física o social, esté incapacitada para trabajar, tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada por parte de las autoridades». A partir del 31 de diciembre de 2008, el derecho a una vivienda en una «vivienda

(9) German Union of Tenants – DeutschenMieterbunde (DMB).

(10) The Housing Agency website https://www.housingagency.ie/.

(11) Ministerio francés de Transición Ecológica y Cohesión Territorial (2024). Loi sur le droitaulogementopposable (DALO). [Ley sobre el derecho a la vivienda.]. https://www.ecologie.gouv.fr/politiques-publiques/loi-droit-logement-opposable-dalo#:~:text=Ce%20droit%20est%20dit%20%C2%AB%20opposable, du%20recours%20%C3%A0%20l'amiable.

social» o en una «estructura adaptada» será exigible. Sin embargo, antes de acudir a los tribunales, el solicitante tendrá que recurrir a un comité de mediación y aportar pruebas de que su solicitud no ha sido atendida en «términos razonables». A partir de enero de 2012, el derecho exigible a la vivienda estará en vigor para todos los solicitantes de vivienda social que sean víctimas de plazos de tramitación «anormalmente largos».

Según las estimaciones oficiales, la ley comúnmente conocida como DALO (Droit au logement opposable) obligará a las autoridades públicas a proporcionar vivienda a unas 648.570 personas. En total, en mayo de 2008 se habían presentado 26.009 solicitudes, la gran mayoría en la región de Île-de-France y, en particular, en París. Del total de solicitudes oficiales, 8.018 han sido examinadas (31 %) y 3.231 han sido aprobadas. Hasta la fecha se ha proporcionado alojamiento a 605 hogares. Los principales obstáculos que se han detectado son la ineficacia de los procedimientos administrativos, la insuficiencia de recursos de las comisiones locales encargadas de la mediación, especialmente en las zonas más problemáticas (sobre todo en Île de France), la incoherencia en la definición del nivel territorial de aplicación (departamentos) (12).

Y lo que es más importante, según el Alto Comité para la vivienda de las personas desfavorecidas, el DALO ejerce una mayor presión sobre el sector de la vivienda social, que ya se esfuerza por responder al aumento de la demanda de vivienda social provocado por la crisis inmobiliaria (se calcula que la demanda de vivienda social en Francia es de alrededor de 1 300 000) (13).

10. CONCLUSIONES (14)

Un amplio abanico de compromisos a nivel internacional y nacional reconocen la importancia del derecho a la vivienda como condición previa para el ejercicio de la mayoría de los demás derechos fundamentales.

Existen diferentes mecanismos para su aplicación, entre los que destaca la adopción de un derecho a la vivienda exigible. Hacer que el derecho a la vivienda sea exigible significa en realidad establecer una obligación legal

(12) Dallier, P–. (2008). La mise en œuvre du droitopposableaulogement (DALO). Rapporteurspécial de la mission «Ville et Logement». [Aplicación del derecho a la vivienda (DALO). Informe especial de la misión «Ciudad y vivienda».].

(13) Hayt Comité Pour Le Logement Des Personnes Défavorisées (2008). 13th Reportofthe High Committeeforthe Housing of Disadvantaged People: Unfoldingtheimplicationoftheenforceableright. [13.º Informe del Alto Comité para la Vivienda de las Personas Desfavorecidas: Despliegue de las aplicaciones del derecho a la vivienda].

(14) Para más información, consulte Sitio web de Housing RightsWatchhttps://www.housingrightswatch.org/ y el sitio web de FEANTSA https://www.feantsa.org/fr.

para el Estado o la autoridad pública competente de proporcionar una vivienda digna a las personas excluidas. El incumplimiento de dicha obligación podría entonces llevarse ante un tribunal administrativo, donde las autoridades estatales estarían obligadas a indemnizar al solicitante cuya petición no haya sido atendida o a tomar las medidas necesarias para cumplirla. Desgraciadamente, una ley de este tipo no ayuda a crear viviendas asequibles allí donde faltan. De hecho, la tendencia hacia el establecimiento de un derecho exigible a la vivienda no va de la mano hasta ahora de un aumento real de la oferta de viviendas asequibles, como lógicamente debería ocurrir.

Las leyes que establecen el derecho a la vivienda representan solo un punto de partida. Deben ir de la mano de programas globales y coherentes para la provisión de suficientes viviendas asequibles, si realmente queremos alcanzar el objetivo del acceso a la vivienda para todos.

BIBLIOGRAFÍA

Bueso Gómez; Silvestre Navarro, A., y Bueso Guirao E. (2020). Los Gestores Públicos de vivienda y suelo. Problemática y actuación durante el estado de alarma por el covid-19*. Revista de derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Mayo 2020.

Dallier, P. (2008). La mise en œuvre du droitopposableaulogement (DALO). Rapporteurspécial de la mission «Ville et Logement». [Aplicación del derecho a la vivienda (DALO). Informe especial de la misión «Ciudad y vivienda».].

European Social Housing Observatory, (2008). *The Right to Housing in the European Union*.

Gavilán A. (2024) p. 15. Informe del Banco de España anual 2023. Capítulo 4. El mercado de la vivienda en España: evolución reciente, riesgos y problemas de accesibilidad realizado por Director General de Economía y Estadística. Banco de España Madrid, 23 de abril de 2024. https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf.

Ghekière L. (2007). *Le Développement du Logement Social dans L'Unioneuropéenne. [The Development of Social Housing in the European Union].* Dexia Editions, Paris.

Golay, C., Melik, O., The Right to Housing. Europe-Third World Centre (CETIM).

Hayt Comité pour le Logement des Personnes Défavorisées, (2008). 13th Reportofthe High Committeeforthe Housing of Disadvantaged People: Unfoldingtheimplicationoftheenforceableright. [13.° Informe del Alto Comité para la Vivienda de las Personas Desfavorecidas: Despliegue de las aplicaciones del derecho a la vivienda].

Housing Europe, The state of Housing in Europe in 2021. https://www.housingeurope.eu/resource-1540/the-state-of-housing-in-europe-in-2021.

B. Modelos comparados de provisión, de tenencia de vivienda en el mercado y de intervención en el mercado de la vivienda

Sorcha Edwards, *Secretaria General Housing Europe*

Alice Pittini, *Directora de investigación Housing Europe*

Johanne Pilippe, *Asistente de políticas Housing Europe*

Abderrahim Khairi, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

Enrique Bueso Guirao, *Asesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Ana Silvestre Navarro, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Enrique Bueso Gómez, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

Resumen: *El contexto europeo en el esencial sector de la vivienda es fundamental para, a través de modelos comparados tratar de perfilar el tan ansiado derecho a la vivienda. El objeto de este estudio es analizar la*

situación de los Gestores públicos de vivienda europeos analizando diferentes modelos comparados de provisión y tenencia de vivienda así como la intervención en el mercado de la misma.

Palabras clave: *Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, sociedades urbanísticas, Gestión directa de servicios, Gestión de servicios por entes instrumentales, Encargos a medios propios, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

Abstract: *The European context in the essential housing sector is fundamental to try to outline, through comparative models, the long-awaited right to housing. The purpose of this study is to analyze the situation of European public housing managers by analyzing different comparative models of housing provision and tenure as well as housing market intervention.*

Keywords: *Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, urban societies, Direct management of services, Management of services by instrumental entities, Orders to own resources, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

Sumario: 1. Modelos comparados de provisión de vivienda. 2. Modelos comparados de tenencia de vivienda. 3. Modelos comparados de intervención en el mercado de la vivienda. 3.1 Los diferentes sistemas de financiación. 3.2 Medidas fiscales (reducción/rebaja del impuesto sobre la renta, IVA, etc.). 3.3 Construcción/creación de stock inmobiliario público. Planificación/uso del suelo (autoridades locales). 3.4 Medidas de intervención en materia de precios.

1. MODELOS COMPARADOS DE PROVISIÓN DE VIVIENDA

La provisión de vivienda en Europa puede incluir básicamente tres tipos de modalidades, que son[1]:

a) Prestación directa por una autoridad pública u organismo de la administración pública (es decir, cuando la propia autoridad pública presta el servicio utilizando sus recursos internos);

(1) Comisión Europea (2011). Estudio sobre los servicios sociales de interés general – Informe final.

b) Prestación «in house», es decir, a través de una empresa pública de vivienda (cuando la propia autoridad pública presta un servicio, aunque actuando a través de una entidad jurídicamente independiente); o

c) Prestación externalizada o subcontratada (cuando el servicio no es prestado por una autoridad pública, sino por proveedores externos).

a) La prestación directa de servicios de vivienda social. Corresponde a las autoridades locales (es decir, municipios, consejos municipales o de condado) la propiedad y, en ocasiones, la gestión de un parque de viviendas de alquiler social que se asignan a grupos necesitados. Sin embargo, como veremos en los puntos siguientes, en algunos casos ciertos servicios, especialmente la gestión de la vivienda y la construcción de nuevas viviendas, son realizados total o parcialmente por otros organismos públicos o privados sobre una base contractual (es decir, a través de la prestación interna y/o externalizada).

Aunque la provisión pública directa de vivienda social alcanzó su punto álgido en el periodo de posguerra en Europa, en las últimas décadas ha disminuido significativamente como parte de una tendencia general de retirada del Estado de la provisión directa de servicios. Por un lado, en muchos países de la UE-15 esto se produjo en forma de privatización del parque o de transferencia de la gestión y, a veces, de la propiedad y la nueva construcción de viviendas sociales de las autoridades públicas a sus propias empresas (provisión interna) o a proveedores externos. No obstante, los países en los que la provisión pública directa sigue siendo relativamente importante son Austria y el Reino Unido. En este último, las autoridades locales de Inglaterra proporcionan el 45 % del parque total de viviendas sociales del país. Sin embargo, cabe señalar que, la construcción de nuevas viviendas sociales por parte de las autoridades locales es limitada.

Por otro lado, sin embargo, la provisión directa por parte de los municipios es la forma de provisión de vivienda social más común en Europa Central y del Este.

Dentro de este grupo, la República Checa es un caso especial, con aproximadamente el 15 % de las viviendas municipales, mientras que la proporción de viviendas sociales públicas en otros países de ECO suele ser muy pequeña.

Las diferencias se explican en gran medida por los diversos antecedentes históricos del parque público o municipal de viviendas sociales de alquiler en los antiguos y los nuevos Estados miembros de la UE. En los primeros, el parque se construyó como parte de la responsabilidad municipal en materia de infraestructuras, vivienda y servicios sociales. En los nuevos Estados miembros de la UE, el parque se transfirió del Estado a los municipios tras la abolición del sistema socialista, y no se designó necesariamente como «vivienda social».

b) La prestación interna, es decir, a través de una empresa pública de vivienda puede encontrarse en la mayoría de los Estados miembros de la UE. En términos de proporción del parque de viviendas sociales gestionadas, esta modalidad es especialmente significativa en Italia, España, Portugal, Finlandia y Suecia (oscilando entre el 60% y casi el 100% del parque total de viviendas sociales del país) y también existe en Hungría, Polonia y Eslovenia.

En la mayoría de los casos, los promotores internos son empresas propiedad de las autoridades locales, cuya forma jurídica es privada (por ejemplo, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas) o pública.

En el caso de Finlandia, Portugal y el Reino Unido, la explotación y la gestión de las viviendas se han transferido a empresas de propiedad municipal sobre una base contractual. En Finlandia, el propietario de los edificios de apartamentos municipales es, en la mayoría de los casos, una sociedad anónima, mientras que el accionista es el municipio. No obstante, la relación entre estas sociedades y las empresas operadoras es una relación interna.

En Italia, las viviendas públicas de alquiler (EdiliziaResidenzialePubblica o ERP) representan aproximadamente el 3,5% del parque total de viviendas del país. Se trata de aproximadamente 1 millón de viviendas de propiedad pública, de las cuales el 75% (aproximadamente 800.000) todavía son propiedad y están administradas por empresas públicas de vivienda controladas regionalmente, mientras que el resto son propiedad de los municipios.

En Portugal, la vivienda social es proporcionada exclusivamente por entidades públicas, siendo las «empresas de vivienda» municipales el proveedor más común. En la ciudad de Lisboa, la mayor área metropolitana de Portugal, GEBALIS es el proveedor municipal de viviendas.

En Austria, la mayor parte de la vivienda social la proporcionan actualmente sociedades limitadas de viviendas, pero también hay viviendas municipales, sobre todo en la capitala. Wiener Wohnen es la empresa municipal de Viena, el mayor servicio municipal de gestión inmobiliaria de Europa, que gestiona los pisos comunales de la ciudad y los espacios e instalaciones públicos vinculados a ellos. Debido a su escala e importancia en la ciudad, el papel de Wiener Wohnen va más allá de la vivienda: la empresa también se dedica a capacitar a sus residentes y darles voz en los procesos de toma de decisiones en torno a la vivienda, especialmente en lo relacionado con la rehabilitación. Poseen y gestionan unos 220.000 apartamentos, que acogen a algo menos de medio millón de personas, aproximadamente una cuarta parte de la población de la ciudad. Además de los pisos municipales, Viena tiene otro sector de viviendas sin ánimo

de lucro, formado por pisos de alquiler subvencionado y cooperativas, que es casi tan grande como Wiener Wohnen.

Suecia tiene una larga historia de viviendas «públicas» financiadas por el Estado y proporcionadas por los municipios. No debe confundirse con la vivienda «social» que existe en muchos otros países. La vivienda «pública» sueca sigue una agenda universalista (Löfgren, 2013), lo que significa que está abierta a todos los hogares, independientemente de sus características (aunque en la práctica se dé prioridad a los que se encuentran en situaciones de crisis grave). Por este motivo, los suecos se refieren a su sector público de la vivienda como «allmännytta», que se traduce aproximadamente como «en beneficio de todos» (Grander, 2017). En la actualidad, las empresas públicas de vivienda representan casi el 20% del parque de viviendas de Suecia, es decir, la mitad del sector del alquiler.

Existen más de 300 empresas municipales, en prácticamente todos los municipios, que se gestionan como sociedades anónimas y, según la legislación, deben combinar su responsabilidad social con un enfoque empresarial. Esto significa que las empresas de vivienda no deben recibir ninguna ventaja especial que las beneficie económicamente en relación con sus competidores privados, y que las empresas deben actuar siempre en el mejor interés a largo plazo. Las empresas públicas de vivienda tienen la misión de ofrecer una buena vivienda de alquiler a todo el mundo, independientemente de sus ingresos, origen, edad o tipo de hogar.

En Europa Central y Oriental, cabe señalar que esta opción parece estar favorecida en los municipios más grandes (por ejemplo, en Hungría, Rumanía y la ciudad de Riga en Letonia), mientras que en los municipios más pequeños la norma es la provisión directa por parte de estos últimos.

c) La externalización de la prestación de servicios de vivienda social en los países europeos está muy extendida, aunque adopta formas muy diferentes en cada caso. En general, esta modalidad se puede encontrar en la mayoría de los países de Europa occidental, mientras que en la Europa del Este es muy raramente utilizada y de forma marginal.

Entre los proveedores externos, podemos distinguir a grandes rasgos dos situaciones, a saber, si el proveedor está «homologado» por una autoridad pública o no. Nos referiremos a cada una de estas situaciones con más detalle en los apartados siguientes.

c.1) Promotores externos «autorizados» por una autoridad pública.

Estos promotores están oficialmente reconocidos u «homologados» por una autoridad pública como proveedores de servicios de vivienda social. En virtud de este estatus, estas organizaciones pueden solicitar

fondos públicos para la provisión de viviendas sociales y, a cambio, están sujetas a una serie de normas. Los proveedores «autorizados» son, en su mayoría, organizaciones sin ánimo de lucro, y todos tienen que seguir una normativa específica vinculada a la encomienda de una misión concreta y al uso de fondos públicos.

Cabe señalar que, salvo contadas excepciones, los promotores autorizados suelen tener como principal objetivo o «razón de ser» la provisión de viviendas sociales, que en la mayoría de los casos está vinculada a un modelo de negocio (social) a largo plazo. Por lo tanto, puede decirse que sus actividades de vivienda social tienen un carácter más permanente que los promotores «genéricos» que solicitan financiación pública para la provisión de viviendas sociales sobre la base de regímenes de financiación específicos.

Además, si bien entre las fuentes de financiación de la oferta de vivienda social por parte de los promotores homologados figuran los fondos públicos, los primeros suelen incluir también otras fuentes de financiación, como los ingresos procedentes de actividades no relacionadas con la vivienda social (por ejemplo, el sector inmobiliario comercial), los mercados de capitales (por ejemplo, mediante la emisión de bonos), los préstamos bancarios (aunque se beneficien indirectamente de garantías públicas), la venta de acciones, etc.

Los países donde se pueden encontrar promotores autorizados son: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Polonia, Países Bajos y Reino Unido.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos:

Austria

Se procede a la aprobación de los promotores por las provincias federales sobre la base de la Ley de Viviendas de Interés Limitado (que regula la misión de interés general, los beneficios limitados, la reinversión de los beneficios en viviendas, el área de negocio restringida, los alquileres limitados). La iniciativa de los proyectos de vivienda corresponde a los promotores de viviendas, que solicitan a las provincias federales ayuda financiera para un proyecto concreto. Los planes de promoción de la vivienda (Actos Jurídicos) definen el marco de la ayuda financiera, el tipo de vivienda y de promotores, los límites de alquiler y los límites de ingresos para inquilinos y propietarios. El «convenio de promoción» individual especifica las obligaciones para el proyecto de vivienda en cuestión.

La vivienda asequible (vivienda para todos y vivienda social) en Austria la proporcionan dos tipos principales de agentes. En primer lugar,

está el sector de las denominadas «Asociaciones de Viviendas con Fines Limitados» (LPHA), o GemeinnützigeBauvereinigung, que representan el 17% (40% de las viviendas de alquiler) del parque de viviendas. Las LPHA están clasificadas oficialmente en la legislación austriaca como empresas privadas, que tienen consejos de administración independientes y cuyo objetivo principal es la construcción y gestión de viviendas asequibles. Las actividades de las LPHA están directamente orientadas a la realización del bien común en el ámbito de la vivienda y los asuntos residenciales. En segundo lugar, está el sector más pequeño de la vivienda «municipal», o Gemeindewohnung, que representa el 7% del parque de viviendas. Las viviendas municipales se limitan principalmente a la ciudad de Viena. Aunque las viviendas municipales no operan dentro del mismo marco jurídico que el sector LPHA, su misión general, proporcionar viviendas asequibles, es la misma.[2]

Dinamarca[3]

Alrededor de 700 asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro del país se encargan de desarrollar y gestionar viviendas asequibles. Supervisan el funcionamiento diario de estas viviendas, las asignan a los residentes e inician nuevas promociones, todo lo cual requiere la aprobación del gobierno local.

Los municipios desempeñan un papel importante en el apoyo a estas asociaciones de viviendas aportando capital, garantías y subvenciones. También aprueban los planes de alquiler, administran las ayudas al alquiler y supervisan la producción y el mantenimiento de los proyectos de vivienda. Además, los municipios son cruciales a la hora de supervisar y regular las asociaciones de vivienda, aplicar las directrices nacionales a través de planes municipales, determinar las características específicas de las nuevas promociones de viviendas sin ánimo de lucro y asignar una cuarta parte de las viviendas sin ánimo de lucro vacantes a los hogares con necesidades urgentes, asignando el resto a través de listas de espera.

Las asociaciones de vivienda social deben recibir la aprobación municipal y operar con arreglo a la Ley de Vivienda Social, que define su misión, beneficiarios, alquileres y estatus no lucrativo. Aunque las asociaciones proponen nuevos proyectos, necesitan el permiso municipal y apoyo financiero para seguir adelante. Los municipios ejercen un control sobre estas

(2) Información facilitada por GBV.
(3) Información facilitada por BL.

asociaciones aceptando o rechazando nuevos proyectos y estableciendo condiciones para los tipos de viviendas construidas.

Para garantizar la rendición de cuentas y una supervisión adecuada, las asociaciones de viviendas deben presentar un informe anual sobre sus operaciones al consejo municipal, que se revisa durante las reuniones-anuales de diálogo (Styringdialogmøder). Los municipios tienen autoridad para intervenir si una asociación de viviendas no funciona correctamente y deben supervisar el cumplimiento de las normas de construcción y mantenimiento durante la fase de desarrollo.

Finlandia[4]

En Finlandia, la vivienda social puede ser proporcionada por dos modalidades diferentes de entidades jurídicas. Sin embargo, el tipo de promotor más común con diferencia (75-80 % del parque de viviendas sociales) son las denominadas Empresas Municipales de Vivienda (EMV). Se trata de entidades públicas independientes encargadas de la provisión y gestión de viviendas sociales en un municipio determinado. Al estar situadas fuera de las autoridades municipales, las MHC no están sujetas en la misma medida a las prácticas del sector público en Finlandia –como las prácticas en materia de contratación– y, por lo tanto, pueden crear más fácilmente silos de conocimientos especializados en materia de vivienda, ser pioneras en nuevos métodos de suministro de viviendas y, en general, comportarse de una manera más «empresarial» que el sector público principal.

El otro tipo principal de promotor social son las sociedades limitadas de viviendas, que en la práctica se constituyen como fundaciones benéficas. El único objetivo de estas fundaciones de vivienda social es proporcionar viviendas a grupos específicos, como las personas sin hogar (Housing First), los estudiantes o los ancianos. Así pues, las fundaciones desempeñan un papel complementario al de las MHC, mucho más grandes y «generalistas».

En cuanto a la «supervisión» del sector de la vivienda social en Finlandia, es responsabilidad de Ara, la agencia estatal finlandesa de la vivienda. Ara también realiza comprobaciones periódicas sobre los niveles de alquiler, es decir, para asegurarse de que no violan el principio de recuperación de costes. Los proveedores de viviendas sociales también deben informar de sus finanzas, gobernanza y otras cuestiones a Ara al menos una vez al año. En caso de incumplimiento, Ara da primero una orden para rectificar

(4) Información facilitada por Kova.

el comportamiento. Como último recurso, Ara puede rescindir los préstamos que haya concedido a una empresa de vivienda social.

Francia [5]

El parque de viviendas sociales de Francia, conocido como HLM (Habitations à loyermodéré), es el mayor de la Unión Europea, con 5,58millones de viviendas. La autorización de los proveedores de viviendas sociales (HLM) se concede en virtud del Código de la Construcción y la Vivienda. Este marco define la designación del proveedor, su misión, losbeneficiarios, las normas deacceso ala financiación, las relaciones con los inquilinos, los niveles de alquiler, los precios de venta, el control del cumplimiento y la competencia territorial.

Las viviendas HLM se desarrollan con ayudas estatales y se rigen por una normativa estricta en materia de construcción, gestión, adjudicación y control de alquileres. El acceso a estas viviendas está regulado por límites máximos de ingresos. Desde 1979, este sistema se basa en acuerdos entre los arrendadores sociales (entidades responsables de la construcción y gestión de las viviendas) y el Estado.

Las viviendas de alquiler social se definen en el artículo L. 302-5 del Código francés de la Construcción y la Vivienda e incluyen:

– Inmuebles de alquiler propiedad de organizaciones de vivienda para personas con bajos ingresos.

– Viviendas subvencionadas sujetas a la comprobación de recursos económicos.

– Viviendas de empresas semipúblicas específicas.

– Viviendas en instalaciones para poblaciones vulnerables, como ancianos, discapacitados, jóvenes trabajadores, trabajadores migrantes y residencias sociales.

– Alojamiento temporal y centros de reinserción social.

– Centros de acogida para solicitantes de asilo.

– Residencias y centros de atención para personas con discapacidad.

– Lugares de parada para «gens du voyage» (gitanos franceses/grupos seminómadas).

(5) Ministerio francés de Transición Ecológica y Cohesión Territorial (2020). Logement social (HLM): définition, catégories, financement, attribution, acteurs. [Logement social (HLM): définition, catégories, financement, attribution, acteurs.].

– Viviendas del sector privado en régimen de intermediación de alquiler para personas que reúnan los requisitos necesarios a precios de alquiler asequibles.

Los organismos de vivienda social (*organismes de logement social* -OLS) pueden dividirse en las siguientes categorías[6]:

– Los organismos de vivienda social (organismesd'habitations à loyermodéré - HLM) se rigen por las disposiciones del Libro IV del Código de la Construcción y la Vivienda (CCH);
– 190 Oficinas Públicas de Vivienda; (OfficesPublics de l'Habitat - OPH);
– 165 Sociedades Limitadas de Viviendas Sociales; (SociétésAnonymesd'HLM - SA HLM/ESH);
– 41 Sociedades Anónimas Cooperativas de Vivienda Social (Sociétés Anonymes Coopératives d'HLM - COOP' HLM);
– Sociedades de Coordinación (Sociétés de Coordination - SC);
– Sociedades de Venta (Sociétés de Vente - SV).
– Sociedades de Economía Mixta (SEM) regidas por los artículos L. 481-1 y siguientes del CCH;
– Organismos autorizados que ejercen actividades de gestión de proyectos de vivienda social (OMOI) mencionados en el 1° del artículo L. 365-1 del CCH.

Los OLSs (a excepción de los OMOIs) deben presentar anualmente un conjunto de datos contables en la aplicación Harmonia[7]. Estos datos son verificados y validados por la Dirección de Vivienda, Urbanismo y Paisaje (DHUP) y luego analizados mediante un sistema de información específico.

El parque de viviendas sociales, incluidas las viviendas vacías, comprende unos 5,7 millones de viviendas ordinarias (de las cuales 5,4 millones están ocupadas). El 83 % de estas viviendas son propiedad de asociaciones de viviendas (OPH, ESH o COOP'HLM). El 17 % restante es propiedad de EPL (viviendas con o sin convenio), del Estado, de colectividades locales y organismos públicos, y de otros operadores autorizados (MOI). El parque de viviendas Hlm, compuesto por 4,8 millones de

(6) Ministerio francés encargado de la Vivienda (2023). Les organismes de logement social – Chiffresclés 2021. [Les organismes de logement social – Chiffresclés 2021.] https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/Les-organismes-de-logement-social-chiffres-cles-2021.pdf.

(7) HARMONIA es una herramienta informática segura que permite la recogida desmaterializada tanto de las declaraciones reglamentarias de los organismos de vivienda social (OLS) por parte del Ministerio encargado de la Vivienda, como de los cuestionarios que permiten establecer los expedientes de situación individual de los OLS por parte de las federaciones profesionales de la vivienda social.

viviendas ordinarias (de las cuales 4,5 millones están ocupadas), proporciona alojamiento a unos 10,2 millones de personas (el 15 % de los hogares). A este parque de viviendas ordinarias hay que añadir unas 370.000 viviendas residenciales[8].

Países Bajos[9]

Las organizaciones holandesas de vivienda social operan como «Instituciones Registradas». Esto significa que están sujetas a lasnormas definidas en el Reglamento del Sector del Alquiler Social (BBSH). Sus actividades son controladas y supervisadas por el Ministerio de Vivienda, Barrios e Integración. Las organizaciones de vivienda social están obligadas a operar exclusivamente en interés de la vivienda social, pero tienen algunos poderes discrecionales en cuanto a la forma en que prestan los servicios.

Las asociaciones neerlandesas de la vivienda están obligadas a desarrollar «acuerdos de rendimiento» tripartitos a nivel local. Además, Aedes, como federación nacional que representa a las asociaciones de la vivienda, también ha acordado un acuerdo nacional de resultados con el Gobierno neerlandés, la federación nacional de municipios y el sindicato nacional de inquilinos. Este acuerdo establece objetivos claros en cuanto a niveles de alquiler, nuevas construcciones, renovaciones de edificios e inversiones en la habitabilidad de los barrios.

Los proveedores holandeses de viviendas sociales están sometidos a una fuerte supervisión, principalmente por parte de la Autoriteitwoningcorporaties (Autoridad de Asociaciones de Viviendas), a la que comúnmente se denomina simplemente Aw[10]. La Aw es una agencia gubernamental independiente, que depende en última instancia del Ministerio de Infraestructuras. La Aw se encarga de velar por que las asociaciones de la vivienda se atengan a su misión principal, que Aedes define como «garantizar que las personas con bajos ingresos puedan vivir bien y de forma asequible». También supervisa el comportamiento y la gobernanza interna de las asociaciones de vivienda y su gestión financiera. La Aw puede imponer sanciones a las asociaciones de la vivienda, como multas o el nombramiento de un «supervisor». También informa sobre la situación financiera del sector en su conjunto, y ayuda a detectar posibles problemas con antelación.

---

(8) L'Union Sociale pour l'Habitat (2023). *Les Hlm en chiffres – Edition 2023. [Social housing in figures – 2023 Edition],* p. 1.

(9) Información facilitada por AEDES.

(10) Véase: https://www.ilent.nl/onderwerpen/themas/autoriteit-woningcorporaties.

c.2) **Todo promotor de viviendas que se acoja a regímenes específicos de financiación pública** para la provisión de viviendas sociales.

Los proveedores de vivienda «genéricos» son cualquier empresa de vivienda (con o sin ánimo de lucro) que responda a una licitación pública o presente una propuesta de financiación por iniciativa propia para obtener financiación pública para la provisión de viviendas sociales. A diferencia de los proveedores «autorizados», en estos casos el régimen de financiación específico determina las condiciones y obligaciones que debe cumplir el proveedor. Además, dada la duración limitada de estos regímenes, el carácter «social» de la actividad también está limitado en el tiempo, lo que difiere del carácter más permanente/continuo de la misión y las actividades de los proveedores autorizados.

Esta modalidad es típica en Alemania y también puede encontrarse en Italia, Portugal, Eslovenia y España, pero con una presencia relativamente limitada.

El caso de Alemania

La intervención pública en la política de vivienda en Alemania no está vinculada a organizaciones reguladas específicas, sino que implica subvenciones públicas (principalmente en forma de préstamos en condiciones favorables) a todo tipo de promotores de vivienda a cambio del uso de una vivienda para fines sociales de forma temporal. Esto se conoce informalmente como periodo de «lock-in».

En consecuencia, entre los promotores de viviendas de protección oficial figuran empresas municipales de vivienda y cooperativas, pero también propietarios privados, promotores comerciales e inversores con diversos accionistas. Desde un punto de vista jurídico, todos los proveedores de vivienda se consideran agentes del mercado.

Además, a diferencia de la mayoría de los demás países europeos, la vivienda social en Alemania se basa en obligaciones temporales en cuanto a niveles de alquiler y beneficiarios, que expiran al final del periodo de amortización del préstamo público (normalmente de 20 a 40 años para las viviendas nuevas construidas con subvenciones públicas, y de 12 a 20 años para las viviendas renovadas). Después, la vivienda puede alquilarse o venderse a precios de mercado; en la práctica, sin embargo, las empresas de propiedad municipal suelen seguir explotando las unidades con alquileres asequibles.

El volumen total del parque de viviendas que se considera oficialmente como vivienda social (es decir, las viviendas que aún se encuentran en el

periodo de «bloqueo» cuando se aplican las obligaciones) ha ido disminuyendo en las dos últimas décadas, pasando de 2.570.000 en 2002 a aproximadamente 1.180.000 en 2018.

Además, hay que señalar que existe un tercer grupo de proveedores externos de viviendas sociales, a saber, los que realizan esta actividad por iniciativa propia y recurriendo a sus propios fondos (privados). Se trata, en algunos casos, de ONGs, fundaciones o cooperativas.

En general, podemos afirmar que la relación entre las autoridades públicas y los promotores externos de servicios de vivienda social está fuertemente determinada por el hecho de que el proveedor esté «homologado» (es decir, registrado o reconocido oficialmente como tal por la autoridad pública) o sea «genérico» (es decir, cualquier proveedor de vivienda que solicite programas de financiación pública).

En el caso de los promotores «autorizados», éstos están sujetos a normativas específicas vinculadas a su reconocimiento oficial como proveedores de vivienda social por parte de una autoridad pública, que también establece lo siguiente: condiciones para la forma en que los proveedores llevan a cabo su actividad (en la mayoría de los casos, algún tipo de sistema sin ánimo de lucro o con ánimo de lucro limitado, además de algún tipo de apropiación de activos y la obligación de reinvertir los ingresos en actividades relacionadas con la vivienda); limitaciones a sus actividades empresariales (por ejemplo, restricciones relativas a la provisión de bienes inmuebles comerciales); y normas que rigen la fijación de alquileres. Algunas normativas también se refieren a los modos de financiación (por ejemplo, en Francia). Los marcos reglamentarios también establecen procedimientos específicos de auditoría y supervisión. Como se ha señalado en el punto anterior, este sistema de «promotores autorizados» también puede interpretarse como un «modelo de negocio social» en el que la lógica de las entidades empresariales está orientada a las necesidades y no puramente al beneficio.

En el caso de los proveedores de vivienda «genéricos» que solicitan regímenes de financiación pública para la prestación de servicios de vivienda social, se concede una compensación financiera por la prestación de servicios a organismos definidos. La relación entre la autoridad pública y el proveedor se establece a través de un acuerdo de financiación, en el que los proveedores solicitan ayuda pública a la autoridad pública y, si tienen éxito, reciben un acto de encomienda junto con la financiación. En la mayoría de los casos, este acto de atribución está relacionado con un proyecto de vivienda específico que debe ser desarrollado y alquilado/vendido por el solicitante en condiciones específicas, como el alquiler basado en el coste durante un periodo limitado o

la asignación a grupos específicos. Estos sistemas de financiación tienen un carácter menos «permanente» que el modelo de empresa social, ya que requieren fondos públicos que no están disponibles de forma permanente al depender relativamente más de limitaciones financieras o decisiones políticas. Otra diferencia con los proveedores autorizados es el hecho de que el carácter social (alquileres no de mercado, asignación no de mercado) de las viviendas «solo financiadas» solo dura un periodo limitado.

2. MODELOS COMPARADOS DE TENENCIA DE VIVIENDA

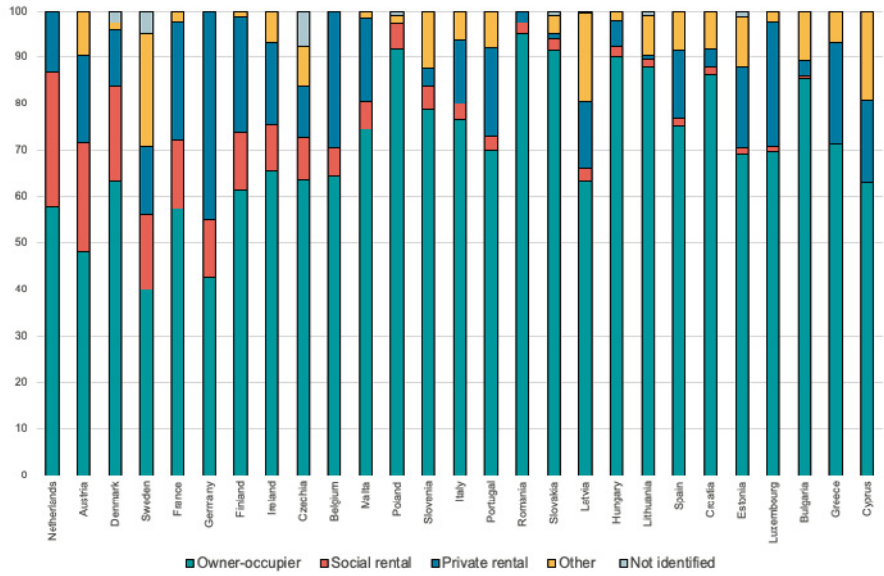
La organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE[11] pone de relieve las diferencias en la distribución de la renta en función de la tenencia de la vivienda (básicamente, en la mayoría de los casos, los hogares con rentas bajas tienden a alquilar, pero en los países con una abrumadora mayoría de viviendas en propiedad, como los de Europa Central y Oriental, hay muchos propietarios con rentas bajas).

Una característica ampliamente compartida de los mercados de la vivienda en la Unión Europea es la elevada proporción de viviendas en propiedad en la mayoría de los Estados miembros (gráfico 1). Según los datos disponibles más recientes, hoy en día la propiedad de la vivienda oscila entre más del 90 % en algunos países de Europa Central y Oriental, como Polonia, Rumanía, Hungría y Eslovaquia, y alrededor del 40 % en Alemania, el único país de la Unión Europea donde el sector del alquiler es mayor que el de la vivienda en propiedad. Los niveles de propiedad de la vivienda también son especialmente altos en países del sur de Europa como España, Malta, Chipre, Italia y Grecia, así como en Irlanda[12].

(11) OECD Base de datos sobre vivienda asequible - http://oe.cd/ahd OCDE – División de Política Social – Dirección de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales. Tenencia de la vivienda. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/data/datasets/affordable-housing-database/hm1-3-housing-tenures.pdf.

(12) Adaptado de CECODHAS Housing Europe (2012). Housing Europe Review: The nuts and bolts of European social housingsystems. p. 10. https://www.housingeurope.eu/resource-105/the-housing-europe-review-2012.

Gráfico 1. Composición de la tenencia de la vivienda en los Estados miembros de la UE en 2021/22 (en %)



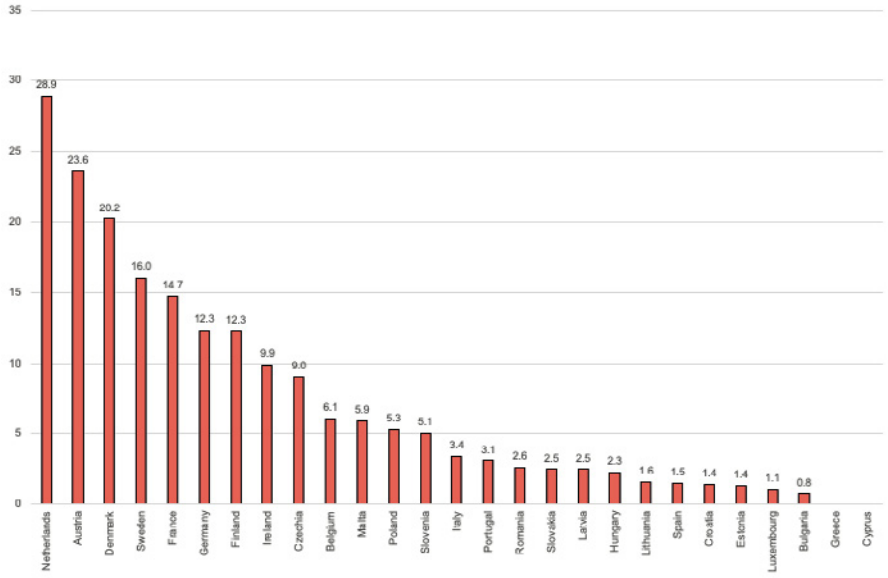
Fuente: Estimaciones de Housing Europe, basadas en los organismos nacionales de estadística y las oficinas de censos, y en la base de datos de vivienda asequible de la OCDE.

El sector del alquiler en general varía significativamente en tamaño y es particularmente pequeño en Polonia, Europa del Este, así como en algunos países del sur de Europa, como España, Grecia e Italia. Dentro del sector del alquiler, la importancia relativa del alquiler privado frente al social varía sustancialmente. En unos pocos países, las viviendas de alquiler social representan más del 50 % del mercado del alquiler (Países Bajos, Austria, Dinamarca, así como en los países de Europa del Este que no tienen un sector del alquiler bien desarrollado), mientras que en otros representan un sector más bien marginal dentro del mercado de la vivienda.

Además, en algunos países, las cooperativas desempeñan un papel destacado en el suministro de viviendas asequibles. En cuanto a la recopilación de estadísticas, existe una gran variación entre países en cuanto a la definición de las cooperativas. Mientras que en algunos países las cifras sobre cooperativas se incluyen como parte del sector de la vivienda en propiedad, en otros se consideran parte del sector de la vivienda social, y en un tercer grupo de países existe incluso una categoría separada de «cooperativa». Por lo tanto, como el gráfico 1 anterior se basa en clasificaciones oficiales de diferentes tenencias, en algunos países la vivienda

cooperativa no se presenta como una tenencia distinta, aunque las cooperativas de vivienda estén activas en el país (por ejemplo, en Austria, Alemania, Hungría, Italia, España, Irlanda y Portugal) [13].

Gráfico 2. Proporción de viviendas de alquiler social en los Estados miembros de la UE en 2021/22 (en %)



Fuente: Estimaciones de Housing Europe, basadas en los organismos nacionales de estadística y las oficinas de censos, y en la base de datos de vivienda asequible de la OCDE.

A pesar de las diferencias significativas en la proporción de viviendas de alquiler social entre los países de la UE, una tendencia general es la concentración de altas proporciones de viviendas de alquiler social en unos pocos países, mientras que la mayoría tienen proporciones relativamente bajas. Este patrón refleja una evolución socioeconómica y política más amplia. Países como los Países Bajos, Austria y Dinamarca lideran con los porcentajes más altos de viviendas de alquiler social, beneficiándose de políticas de larga duración que apoyan la provisión de viviendas sociales. En cambio, muchos otros Estados miembros de la UE tienen porcentajes mucho más bajos, lo que

(13) *Idem.* Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín anual 2023. Ministerio de vivienda y agenda urbana. p. 56. https://publicaciones.transportes.gob.es/observatorio-de-vivienda-y-suelo-boletin-anual-2023.

indica distintos niveles de apoyo político y estructuras del mercado de la vivienda. Esta disparidad se debe en parte a políticas de vivienda históricas y contemporáneas, como la venta de viviendas sociales y los incentivos a la propiedad de la vivienda, que reducen el parque de viviendas de alquiler social disponibles. Además, factores demográficos como el envejecimiento de la población y las condiciones económicas, incluidos los distintos niveles de inversión pública en vivienda, desempeñan un papel crucial. Los países con mayor proporción de viviendas de alquiler social, como los Países Bajos y Dinamarca, también suelen tener mayores niveles de deuda de los hogares en relación con el PIB, lo que refleja la interacción entre las políticas de vivienda y los mercados financieros.

3. MODELOS COMPARADOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DE LA VIVIENDA

3.1 **Los diferentes sistemas de financiación**[14]

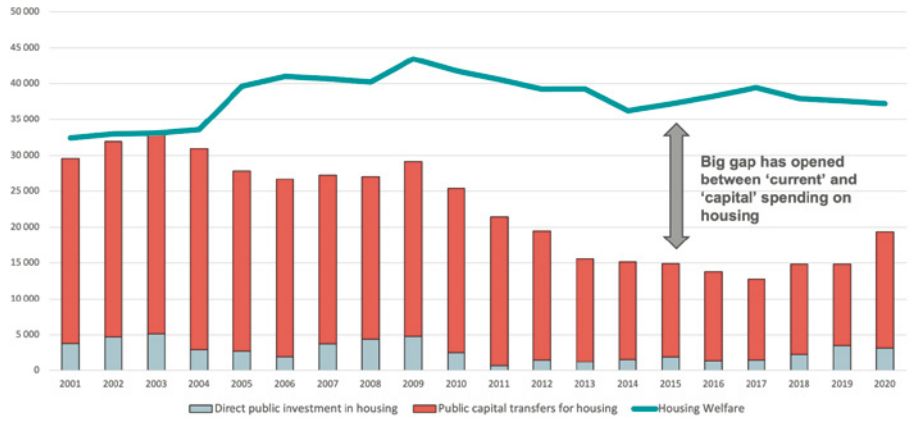
En todos los países que cuentan con un parque de viviendas sociales, al menos una parte de los costes derivados de la construcción de nuevas viviendas sociales se sufraga con fondos públicos. Sin embargo, la escala y los tipos de ayuda pública varían de un país a otro –a menudo con una combinación, por ejemplo, de subvenciones y préstamos–, lo que hace muy difícil el ejercicio de comparar las ayudas públicas de un país a otro.

La legislación sobre la vivienda distingue a grandes rasgos entre las intervenciones por el lado de la oferta y por el lado de la demanda o, lo que a veces también se denomina, subvenciones de objeto y de sujeto. Históricamente, la escasez de vivienda a la que se enfrentaron muchos países europeos tras la Primera y la Segunda Guerra Mundial se ha abordado mediante grandes programas de inversión gubernamentalen la construcción de nuevas viviendas. Los subsidios a la construcción se consideraron la forma más eficazpara resolver este problema. En muchos casos, esto se consiguió mediante la construcción de viviendas públicas o sociales. Como resultado, se alivió la escasez de vivienda más grave y se mejoró el nivel de la misma. A pesar de la diversidad de los sistemas de vivienda europeos y de varias excepciones a este respecto,

(14) Para más información, véase UNECE & Housing Europe (2021). Vivienda 2030 - Políticas eficaces para una vivienda asequible en la región de la UNECE. Capítulo 2https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf.

en las últimas décadas se ha producido en muchos países europeos un cambio notable de las subvenciones a la oferta a las subvenciones a la demanda, y muchos de ellos gastan ahora más en ayudas a la vivienda que en subvenciones a la oferta o en la construcción de nuevas viviendas. Una de las principales razones de este cambio es, por supuesto, la disminución de la inversión pública en la construcción de nuevas viviendas.

Gráfico 3. Gasto público en vivienda en la UE-27 (en precios de 2015)



Fuente: Estimaciones de Housing Europe, basadas en Eurostat (COFOG).

Las subvenciones a fondo perdido se utilizan cada vez menos como forma de financiar la vivienda social, especialmente tras las medidas de austeridad y el ajuste de los presupuestos públicos después de la crisis financiera y económica mundial. Garantizar la disponibilidad de préstamos a tipos de interés bajos mediante préstamos concedidos directamente por las autoridades públicas (por ejemplo, en Austria) o mediante la bonificación del tipo de interés (por ejemplo, en Francia, Finlandia y Alemania) es la forma más habitual que tienen las autoridades públicas de apoyar la provisión de vivienda social. El nivel de descuento así como la duración del periodo de subvención pueden variar significativamente dentro de un mismo país, debido al proceso de descentralización de las políticas de vivienda con un papel destacado de las provincias federales y lander respectivamente.

Austria, por ejemplo, tiene un sistema descentralizado en el que las provincias federales tienen la mayor responsabilidad y libertad a la hora de elegir cuánto apoyar la provisión de vivienda social, pero no

obstante se puede ver un patrón en todo el país y establecer una comparación significativa. Por el contrario, Finlandia, a través del Fondo Nacional de Vivienda ARA, así como Francia, a través del sistema Livret A, tienen un enfoque más centralizado de la financiación de la vivienda social, aunque las autoridades locales siguen desempeñando un papel importante. Curiosamente, el Banco Europeo de Inversiones está desempeñando un papel cada vez más importante como inversor en proyectos de vivienda social, a menudo facilitado por los gestores nacionales.

Otra forma de apoyo público cada vez más utilizada es la provisión de garantías por parte del Estado o las autoridades locales sobre los préstamos contraídos en el mercado privado: este es el caso de los Países Bajos (aunque la intervención pública es básicamente solo una «red de seguridad» de reserva en un sistema que implica otros mecanismos de garantía financiados por los propios proveedores de vivienda social), en Finlandia a través del Fondo de Vivienda ARA, y también en algunos Lander alemanes. Dado que los proveedores de vivienda social tienen que recurrir cada vez más al endeudamiento privado para financiar sus actividades, se puede prever que las garantías públicas se utilizarán cada vez más como forma de asegurar que los proveedores puedan acceder a mejores condiciones en el mercado.

También es importante mencionar que muchos proveedores de viviendas utilizan sus propios recursos y excedentes, como palanca para obtener financiación adicional en los mercados de capitales, pero también como fuente de financiación directa. Algunos proveedores de vivienda social desarrollan al mismo tiempo actividades comerciales, por lo que utilizan los fondos generados por las ventas privadas para subvencionar de forma cruzada la construcción de viviendas sociales y asequibles.

Otra fuente de financiación que desempeña un papel en algunos países es la aportación de capital propio de los inquilinos, que suele pagarse al principio del arrendamiento (por ejemplo, en Dinamarca y Austria).

Igual de importante que la financiación de capital para la construcción de nuevas viviendas es la financiación de ingresos, que procede principalmente del pago de alquileres por parte de los inquilinos. Por ello, el apoyo financiero a los inquilinos, como las ayudas a la vivienda, no solo es una ayuda importante para los hogares que se enfrentan a dificultades, sino también para que los promotores de viviendas garanticen el mantenimiento de sus flujos de ingresos.

Tabla 1. Herramientas de inversión y financiación para promover una vivienda asequible e inclusiva

Tool	Definition
Regulating financial institutions	Governments can shape more effective investment in housing to promote affordability, and access and channel investment towards sustainable and productive activities. This can also reduce credit bubbles in house prices, economic instability and inequality.
Non-profit provision of social and affordable Housing	In non-profit affordable housing models, when surpluses are made after finance and operating costs, they are re-invested in additional housing provision, rather than extracted by shareholders. This growth model can also be efficient and productive, especially when public equity and long-term cost finance reduces cost rents and revolving funds are safeguarded and purposefully reinvested.
Rent subsidies	These are government assistance for households to meet their housing costs. They are designed to target needs or location and can be indexed or rationed.
Rent setting, indexing and regulation	They pertain to regulation of determination of housing rents for new tenancies, and how they are increased over time. These arrangements may differ for private and social housing tenants, or for low income and higher income tenants, or be applied equally to all tenants.
Microfinance for self-building and modernising housing	Small, non-mortgage-backed microfinance loans offered in succession can enable very low-income households build, renovate, or improve their homes.
Circuits of household savings schemes	In many countries, household savings are used to generate a dedicated flow of low-cost finance for affordable housing programmes. They may be used to fund mortgages for home buyers for instance, or the construction and refurbishment of social housing.
Public loans, grants, and purposeful public investment in housing	Government investment such as grants, equity shares and loans, and operating subsidies for housing providers, are important supports for affordable housing provision. Grants reduce the need for debt finance, and low-cost long-term government loans reduce and spread costs over time. Used strategically, public investment can efficiently fulfil many economic, environmental and social policies.

Fuente: UNECE & Housing Europe, (2021). Housing 2030 –Políticas eficaces de vivienda asequible en la región de laUNECE p. 72.. https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf.

3.2 **Medidas fiscales (reducción/rebaja del impuesto sobre la renta, IVA, etc.)**[15]

Se trata de un tema muy amplio, ya que la fiscalidad de la vivienda se utiliza para apoyar indirectamente diferentes tipos de tenencias y

(15) Para una muy buena revisión de las medidas fiscales, véase UNECE & Housing Europe, (2021). Housing 2030 – Effective policies for affordable housing in the UNECE region. p. 91-95. https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf.

proveedores. La modalidad de medida fiscal más extendida es probablemente la de las deducciones fiscales para los titulares de hipotecas, que suele dirigirse a los propietarios individuales.

Sin embargo, también existen incentivos fiscales que se aplican específicamente a los proveedores de viviendas sociales en la mayoría de los países. Pueden incluir diversos privilegios fiscales, como un tipo reducido del IVA, la reducción o exención del impuesto sobre bienes inmuebles y del impuesto sobre la renta o de sociedades.

3.3 **Construcción/creación de stock inmobiliario público. Planificación/uso del suelo (autoridades locales)**

Otra forma importante de apoyar la vivienda social es que las autoridades públicas (locales) proporcionen terrenos a precios rebajados. La disponibilidad de suelo barato puede suponer una enorme diferencia en el coste total de una operación.

Un ejemplo interesante es el Fondo de Adquisición de Suelo y Renovación Urbana de Viena, conocido como WohnfondsWien. WohnfondsWien compra y libera terrenos en el mercado abierto para su desarrollo de acuerdo con los objetivos del plan estratégico metropolitano de Viena. Este plan, que se actualiza periódicamente, tiene por objeto garantizar la satisfacción de las necesidades cambiantes de la ciudad en materia de vivienda e infraestructuras, como la construcción de viviendas dignas y asequibles para los trabajadores clave. El acceso al banco de suelo de WohnfondsWien está abierto a todo tipo de empresas constructoras, tanto con ánimo de lucro como sin él, que participen en concursos abiertos únicos.

WohnfondsWien gestiona ahora un banco de suelo de interés público activo y de gran éxito. En 2018, había acumulado 3.256.059 m^2 de suelo, promoviendo estratégicamente la construcción y renovación asequibles en toda la ciudad. WohnfondsWien dirige los resultados del desarrollo a través de dos instrumentos clave: subsidios condicionales para el desarrollo de viviendas y un proceso de diseño competitivo que involucra a jurados ciudadanos. También organiza concursos de promotores para grandes promociones de suelo (de más de 500 viviendas), independientemente de que hayan recibido subvenciones públicas, con el fin de garantizar que cumplen los objetivos estratégicos de planificación.

En la mayoría de los casos, las viviendas asequibles se subvencionan en parte mediante préstamos públicos a bajo interés. Estos préstamos favorables se conceden a condición de que las viviendas producidas se alquilen por debajo de un determinado límite máximo de alquiler. Para garantizar que la reducción de los costes de financiación se traduzca en

una reducción de los alquileres, los beneficiarios deben actuar de acuerdo con los principios de la vivienda de alquiler a precio de coste. Estos principios están claramente definidos en la Ley de Viviendas de Protección Oficial de Austria.

Además de la provisión directa de suelo al proveedor de vivienda social, en algunos países las autoridades locales pueden hacer uso del sistema de planificación para implicar a promotores privados. Básicamente, esto significa que, para obtener el permiso de construcción, los promotores privados se comprometen a vender parte de las viviendas a los proveedores de vivienda social a un precio reducido una vez finalizado el proyecto.

Un ejemplo de este tipo de práctica es la regulación de la «Parte V» en Irlanda, que hace referencia a la Parte V de la Ley de Planificación y Desarrollo de 2000, que establece directrices específicas relativas a la vivienda asequible. Exigía que todos los nuevos desarrollos privados de cuatro casas o más reservaran el 20% de las viviendas para viviendas sociales y asequibles. Se esperaba que esta estrategia resolviera los problemas de asequibilidad y segregación espacial.

A los constructores y promotores les preocupaba que la Parte V hiciera el proceso de planificación más «burocrático y engorroso», y sus consiguientes esfuerzos de presión tuvieron éxito. Se hicieron enmiendas que introdujeron nuevas disposiciones que permitían proporcionar viviendas o emplazamientos en lugares alternativos o compensaciones en metálico directamente a las autoridades locales.

El resultado fue tal que, entre 2002 y 2011, de las 559.097 viviendas terminadas (incluidas las «puntuales»), solo se construyeron 15.114 viviendas sociales o asequibles, es decir, el 2,7% de la producción total, y muchas de ellas en zonas inadecuadas.

En 2015, la Ley de Regeneración Urbana y Vivienda de 2015 introdujo modificaciones en la Parte V. En la actualidad, las obligaciones de la Parte V surgen cuando se presenta una solicitud de licencia urbanística para una promoción de nueve o más viviendas o cuando la promoción ocupa más de 0,1 hectáreas de terreno. La autoridad local tiene la facultad discrecional de decidir qué porcentaje de una promoción debe reservarse para viviendas sociales, pero esto está sujeto a un límite del 10% de la promoción. Ahora es obligatorio firmar un acuerdo de la Parte V antes de presentar una notificación de inicio.

La Ley de 2015 reduce el número de opciones alternativas que pueden estar disponibles con el fin de cumplir con la Parte V. Los desarrolladores ya no están autorizados a cumplir con sus obligaciones de la Parte V a través de un pago financiero, poniendo a disposición sitios con servicios en el desarrollo o mediante la transferencia de suelo no urbanizable fuera de la zona de aplicación.

3.4 **Medidas de intervención en materia de precios**

La mayoría de los países de la región de la UNECE aplican algún tipo de control legislativo o reglamentario sobre el sector del alquiler. Sin embargo, el alcance puede variar drásticamente de un país a otro, o a lo largo del tiempo en el mismo país. Una oleada de desregulación del mercado del alquiler en las décadas de 1990 y 2000 ha cedido o incluso ha cambiado de rumbo recientemente, a medida que los gobiernos intentan controlar los precios inasequibles o los efectos sociales indeseables, como la falta de vivienda. La pandemia del COVID-19 ha reforzado la intervención gubernamental en el sector del alquiler.

La intervención gubernamental es un tema que divide a las partes interesadas en la política de vivienda. Algunos señalan que limitar, indexar o regular de otro modo los precios por debajo de los valores del mercado libre puede reducir la construcción de nuevas viviendas, ya que los inversores se desaniman por los menores rendimientos potenciales.

Sin embargo, esto también es muy discutido. Por ejemplo, un reciente análisis a largo plazo de varios países concluyó que los controles moderados de los alquileres no parecen afectar de forma significativa a la oferta, por lo que las regulaciones pueden no ser tan problemáticas como se argumenta. Irónicamente, también es cierto que las demandas de los ciudadanos o de las organizaciones de inquilinos para que los gobiernos aumenten los controles de los alquileres tienden a ser más fuertes cuando la oferta no es capaz de satisfacer la demanda. En mercados restringidos, los alquileres pueden subir muy por encima de los costes de provisión a largo plazo. «En estas circunstancias, los propietarios obtienen beneficios excesivos y existe presión política para igualar las condiciones de modo que los inquilinos no se vean tan perjudicados». En general, aunque los controles de los alquileres pueden afectar a la oferta, esto es cierto para la mayoría de las regulaciones del mercado de la vivienda, incluidas las normas macroprudenciales, los impuestos sobre la propiedad y la planificación del uso del suelo. Por lo tanto, la regulación de los alquileres debe equilibrar los controles con la garantía de que todo el mundo pueda acceder a una vivienda digna a un precio asequible. El acceso a datos oportunos y a análisis sólidos es clave a este respecto.

Probablemente el sistema más conocido de regulación del alquiler sea el Mietspiegel alemán.

Alemania es conocida por su amplio sector del alquiler, que suele ofrecer contratos seguros y protección contra el desahucio, lo que hace del alquiler una alternativa atractiva a la compra de vivienda. Desde la década de 1970, un sistema ha vinculado los aumentos de los alquileres a un alquiler de referencia para viviendas locales de calidad similar, establecido

a intervalos regulares (normalmente cada cuatro años). El alquiler no puede subir más de un 20 % por encima de este alquiler de referencia en un periodo de tres años. Solo las viviendas no subvencionadas, de alquiler de mercado, pueden informar los alquileres de referencia. Una base de datos de estos alquileres (Mietspiegel) proporciona una referencia en todo el país para que inquilinos y propietarios indexen los alquileres. Hay algunas excepciones: por ejemplo, los pisos de viviendas sociales pueden seguir normas diferentes en algunas zonas.

Aunque el Mietspiegel modera el aumento de los alquileres, estos siguen subiendo en los mercados tensionados. Además, no impide que los alquileres suban por encima de la inflación y los cambios en los ingresos hasta niveles inasequibles. Por eso, en 2015, en condiciones de tensión en el mercado de la vivienda, se aprobó una ley que permitía a los Estados federados alemanes moderar los alquileres de los nuevos arrendamientos en ciudades o municipios. Esta medida de «freno» garantizaba que los alquileres solo podían subir un máximo del 10 % por encima de los alquileres locales de comparación. Desde entonces, muchas ciudades de Alemania han aplicado esta medida, pero las asociaciones de inquilinos consideran que el impacto no siempre ha sido suficiente para frenar los aumentos excesivos de los alquileres. Estos sistemas están sometidos a la presión constante de intereses contrapuestos y requieren una gestión política bien informada y un refuerzo jurídico.

Sistema de puntos para fijar los alquileres máximos - Países Bajos

El Gobierno neerlandés aplica un sistema basado en puntos para evaluar la calidad de la vivienda y determinar el precio máximo para alquilarla. Este sistema se limita al extremo inferior del mercado (menos de 752 EUR en 2021); por encima de estos alquileres están sujetos a las condiciones del mercado. El número de puntos determina el precio máximo de alquiler de la vivienda, habitación o vivienda móvil. Cada parte de la casa recibe puntos por el tamaño de las habitaciones, la cocina, el cuarto de baño, el rendimiento energético, etc., así como por el valor de la propiedad. Cada punto se corresponde con un importe de alquiler en euros (+/– 5 EUR por punto).

El segmento inferior del mercado de alquiler de viviendas lo proporcionan en gran medida las empresas de vivienda social (alrededor del 30 % del parque nacional de viviendas), sujetas a un límite máximo de asignación de ingresos familiares de 40.024 euros al año (2021), así como a un nivel de alquiler indexado regulado anualmente. Para el segmento medio y alto del mercado privado de alquiler, dominado por propietarios privados con ánimo

de lucro, existe un régimen liberalizado. No existen normas generales para fijar los aumentos de los alquileres ni para notificarlos a los inquilinos.

Este bajo umbral de regulación ha sido problemático para los inquilinos en condiciones de mercado ajustadas, y se han producido rápidos aumentos de precios en las ciudades holandesas en los últimos años. Las enmiendas a la legislación de vivienda en 2019 facultan a los municipios neerlandeses para elaborar nuevas regulaciones de alquiler. La ciudad de La Haya lo ha hecho, y ahora regula la asignación de segmentos medios de vivienda de alquiler (por debajo de 185 puntos y por encima de 753 euros), garantizando que los hogares con ingresos modestos que solicitan una vivienda de alquiler modesta tengan prioridad.

El Banco de España en su informe anual 2023[16] apunta que el diseño de las políticas públicas debiera evitar que algunas actuaciones, cuya efectividad pudiera ser relativamente limitada en el corto plazo, acaben generando efectos indeseados significativos que dificulten el funcionamiento de este mercado. En relación a esos efectos indeseados señalan que y la literatura económica que ha analizado los efectos de distintas políticas de vivienda a lo largo del tiempo y en distintas geografías sugiere que: en un contexto de rigidez de la oferta, las políticas de demanda pueden acabar convirtiéndose, en buena medida, en una transferencia de recursos del sector público a los propietarios de vivienda, y tener una capacidad limitada para reducir los problemas de accesibilidad a la vivienda. Algunas medidas de protección a los inquilinos pueden generar efectos no deseados en el nivel y en la composición de la oferta de vivienda en alquiler–p.ej., vía reducción de la oferta y/o desplazamiento hacia modalidades de alquiler menos reguladas–, así como en los precios de los nuevos contratos; efectos que podrían ser más acusados para los colectivos más vulnerables. Los controles de precios podrían tener efectos adversos similares.

(16) Banco de España Informe Anual 2023. Capítulo 4. El mercado de la vivienda en España: evolución reciente, riesgos y problemas de accesibilidad.Ángel Gavilán. Director General de Economía y Estadística. Banco de España Madrid, 23 de abril de 2024. Página 16. https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf.

C. El desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa. El promotor y gestor público de vivienda

Sorcha Edwards, *Secretaria General Housing Europe*

Alice Pittini, *Directora de investigación Housing Europe*

Johanne Pilippe, *Asistente de políticas Housing Europe*

Abderrahim Khairi, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

Enrique Bueso Guirao, *sesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Ana Silvestre Navarro, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

Enrique Bueso Gómez, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

Resumen: *Los Gestores Públicos a nivel europeo como actores eficaces, especializados y profesionalizados como ya hemos avanzado en el anterior capítulo demostraron ser un instrumento esencial para superar la crisis, pues, por un lado, la vivienda social, la rehabilitación y la revitalización*

urbana, se presentaron tanto a nivel nacional como europeo como elementos esenciales para paliar la profunda crisis, dinamizando la economía global por la capacidad de movilizar recursos de todo tipo y, por otro, como garantes de la prestación por el sector público de los distintos servicios relacionados con la vivienda social, los equipamientos comunitarios y, en especial, aquellos vinculados con la ciudad que se revelaron como imprescindibles durante la Pandemia.

El objeto de este estudio es analizar la situación de los Gestores públicos de vivienda europeos analizando el desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa especialmente a través del promotor y gestor público de vivienda. La Gestión pública en España ya ha sido tratada extensamente en el capítulo dieciocho de esta publicación y al que nos remitimos.

Palabras clave: *Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, sociedades urbanísticas, Gestión directa de servicios, Gestión de servicios por entes instrumentales, Encargos a medios propios, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

Abstract: *Public managers at the European level as effective, specialized and professionalized actors, as we have already advanced in the previous chapter, proved to be an essential instrument for overcoming the crisis, since, on the one hand, social housing, rehabilitation and urban revitalization were presented at both the national and European level as essential elements for alleviating the deep crisis, on the one hand, social housing, rehabilitation and urban revitalization were presented both at national and European level as essential elements to alleviate the deep crisis, energizing the global economy by the ability to mobilize resources of all kinds and, on the other, as guarantors of the provision by the public sector of various services related to social housing, community facilities and, in particular, those linked to the city that proved to be essential during the Pandemic.*

The purpose of this study is to analyze the situation of European public housing managers by analyzing the development and management of public housing in Europe, especially through the public housing developer and manager. Public management in Spain has already been dealt with extensively in chapter eighteen of this publication, to which we refer.

Keywords: *Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, urban societies, Direct management of services, Management of services by instrumental entities, Orders to own resources, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

Sumario: 1. Introducción al sector de la vivienda pública en Europa. 2. El papel de los municipios en la provisión de vivienda social.

1. INTRODUCCIÓN AL SECTOR DE LA VIVIENDA PÚBLICA EN EUROPA (1)

El sector público de la vivienda en Europa se caracteriza por una gran diversidad de influencias y estructuras organizativas. La influencia del sector público en la vivienda abarca varios niveles, desde las autoridades locales como los municipios y las provincias federales hasta los organismos estatales centrales y otras entidades públicas, incluidos los accionistas públicos de los proveedores de vivienda.

A diferencia de un modelo uniforme de «Sociedad Europea de la Vivienda», la realidad está marcada por importantes diferencias entre las asociaciones miembros del sector público. Estas diferencias se manifiestan en forma de:

– Estatuto jurídico: Entidades de derecho público frente a entidades de derecho privado.
– Nivel administrativo: Provincias frente a municipios.
– Orientación lucrativa: Explícita o implícitamente sin ánimo de lucro vs. con ánimo de lucro.

Las funciones y responsabilidades dentro de los mercados nacionales de la vivienda también varían mucho e incluyen:

– Función social: Proporcionar vivienda a colectivos desfavorecidos.
– Función de suministro: Dotación de infraestructuras.
– Vivienda para empleados: Viviendas para trabajadores clave.
– Vivienda Auto gestionada: Modelos de vivienda cooperativa.

La organización de la provisión de viviendas ha experimentado notables transformaciones, entre ellas la privatización de antiguos organismos públicos, como las transferencias de existencias en el Reino Unido y la transformación de entidades públicas en fundaciones en los Países Bajos, junto con la municipalización de antiguos organismos privados en Suecia.

Las funciones principales de los gestores bajo control público suelen consistir en suministrar viviendas a poblaciones socialmente desfavorecidas. Sin embargo, esta función no la desempeñan exclusivamente los proveedores públicos, ni éstos se limitan a este papel. En países con cuotas bajas de vivienda social, las autoridades públicas o las empresas públicas, muy influidas por las autoridades locales, son los principales proveedores

(1) Bauer, E. (2010). Proveedores de la Sección Pública del CECODHAS. [Diapositivas PowerPoint].

de viviendas de alquiler, como se observa en Irlanda, Bélgica e Italia. La necesidad de que las autoridades públicas participen en la provisión de viviendas varía de un país a otro, y en algunos no hay ningún proveedor público (por ejemplo, los Países Bajos).

Un patrón persistente entre los integrantes de Housing Europe es el modelo de negocio sostenible de los gestores sin ánimo de lucro. Este modelo desempeña un papel crucial y podría servir como concepto alternativo para la provisión de vivienda, especialmente a la luz de las crisis del mercado inmobiliario. Sugiere que la «vivienda social» debe considerarse no solo en términos de los servicios prestados, sino también en el contexto de los principios que rigen la producción de viviendas y las actividades de alquiler.

El caso de España

El papel de los Gestores/Promotores públicos es y ha sido capital para garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, acredita esta afirmación el hecho de que los miembros de AVS-Gestores Públicos[(2)] en España administran un parque público de 250.000 viviendas en alquiler, promueven viviendas para la venta y en mayor medida en alquiler tanto en de nueva construcción como provenientes de la rehabilitación, realizan múltiples actuaciones de renovación urbana y promueven equipamientos, suelo industrial y residencial y gestionan de forma directa una amplia gama de servicios. Alrededor de 500.000 familias han obtenido una vivienda de los miembros de AVS-Gestores Públicos desde 2001.

Esta afirmación que queda acreditada por el cumplimiento de los 100 años de la constitución de patronatos de viviendas o sociedades de los ayuntamientos de Bilbao, Sevilla o Barcelona. Igualmente es prueba de ello el hecho de que en el Estado fueron el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda (el IPPV) o el Instituto Nacional de Vivienda (INV) los que proveyeron de vivienda en la en la postguerrahasta la Constitución y tras ésta los institutos, patronatos o sociedades mercantiles de Ayuntamientos (entre otros, además de los indicados, Madrid, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga, Granada, Cádiz, Santander, La Coruña, San Sebastián, Salamanca, Jerez, Tarragona, Toledo, Alicante y un largo etcétera) o a las CC. AA como el Instituto Valenciano de Vivienda S. A.(IVVSA) hoy Entidad valenciana de vivienda y suelo (EVha), el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA) hoy Agencia de la vivienda social (AVS) que acaba de cumplir su 40 aniversario, el Institut Catalá del

(2) AVS Gestores Públicos https://gestorespublicos.org/.

Sol (INCASOL), El Instituto Galego da Vivenda y Solo (IGVS), La Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA) hoy Agencia de vivienda y rehabilitación de Andalucía (AVRA), Viviendas del Principado de Asturias (VIPASA), etc.

2. EL PAPEL DE LOS MUNICIPIOS EN LA PROVISIÓN DE VIVIENDA SOCIAL

Aunque las políticas de vivienda (social) suelen establecerse a nivel nacional y/o regional, en la mayoría de los Estados miembros los municipios son responsables por ley de garantizar una oferta de vivienda adecuada que garantice el acceso a la vivienda para todos, y de poner en marcha programas de vivienda social a nivel local.

Para ello, los municipios pueden disponer de su propio parque de viviendas. O bien las poseen y gestionan directamente a través de sus servicios municipales (esta opción es cada vez más marginal, pero sigue siendo la principal o única forma de provisión de vivienda social en muchos de los nuevos Estados miembros de Europa del Este, donde la provisión de vivienda social de alquiler a través del parque municipal de viviendas es muy limitada), o bien a través de empresas públicas que pertenecen y están controladas por el propio municipio. En la mayoría de los antiguos Estados miembros, la provisión directa de vivienda social por parte de las autoridades locales ha ido disminuyendo progresivamente en los últimos 20 años. Este es el caso, por ejemplo, de Inglaterra, donde, aunque las autoridades locales siguen siendo propietarias de casi el 50 % de las viviendas sociales, las viviendas municipales han ido disminuyendo debido a la transferencia del parque de las autoridades locales (AL) a las asociaciones de la vivienda, la venta de viviendas a inquilinos en propiedad a través del derecho de compra y la drástica disminución de las nuevas construcciones por parte de las AL. No obstante, en algunos países como Suecia o Austria (21 % y 14 % del parque nacional de viviendas respectivamente) el tamaño del parque municipal de viviendas sigue siendo muy significativo.

Las autoridades locales desempeñan un papel fundamental en la supervisión presupuestaria y el seguimiento continuo de los proyectos de capital, las aprobaciones, la tramitación de los pagos y el cumplimiento de los regímenes de financiación. Son responsables de designar y asignar viviendas sociales a los inquilinos y de inspeccionar las normas de alojamiento.

Algunos ejemplos:

En Austria, los municipios gestionan los permisos de planeamiento local y la disponibilidad de suelo, y pueden proporcionar viviendas asequibles, dando prioridad a los derechos de asignación cuando hay subvenciones públicas de por medio. La asignación de viviendas depende de los recursos económicos, según la legislación federal, y afecta al 70-80 % de los hogares.

En Dinamarca, los municipios financian y subvencionan a las asociaciones de vivienda, aprueban los planes de alquiler, administran las subvenciones y supervisan la producción y el mantenimiento de las viviendas. Aplican las directrices nacionales mediante planes municipales, deciden sobre las promociones de viviendas sin ánimo de lucro y pueden asignar una cuarta parte de las viviendas vacías a hogares con necesidades urgentes.

En Alemania, los municipios designan zonas de vivienda, gestionan la planificación urbanística, expiden permisos de construcción y ofrecen programas especiales de vivienda para personas con necesidades especiales, incluidas las personas sin hogar.

En los casos en los que los municipios no proporcionan viviendas directamente, siguen desempeñando un papel importante en el proceso, principalmente seleccionando otras empresas de vivienda social. Este es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, donde las viviendas sociales son suministradas exclusivamente por asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro, pero para convertirse en una asociación de vivienda social la organización tiene que ser aprobada como tal por el municipio. El ayuntamiento puede controlar la iniciativa de las asociaciones de vivienda social decidiendo aprobar o no nuevos proyectos, y hacer peticiones concretas sobre el tipo de viviendas a construir.

Los municipios pueden apoyar la oferta de vivienda social de diversas maneras. A menudo asignan financiación regional y la complementan cuando es necesario. Además, proporcionan suelo edificable y son responsables de la planificación urbanística. Por ejemplo, es una práctica cada vez más extendida fijar un porcentaje mínimo de vivienda social en los nuevos desarrollos (por ejemplo, en España la Ley del Suelo establece que el 30 % del suelo en los nuevos desarrollos y en caso de planes de renovación urbana; en Irlanda tras la Ley de Planificación y Desarrollo de 2000 las autoridades urbanísticas tienen ahora la potestad de exigir que hasta el 20 % del suelo aprobado para urbanizaciones se destine a vivienda social y asequible) tiene que ser para vivienda social), o en un territorio determinado (por ejemplo en Francia la Ley SRU establece la obligación de tener al menos un 20 % o 25 % (dependiendo del municipio/zona más desarrollada o no) de vivienda social en cada municipio que cuente con más de 3500 habitantes.

Luego corresponde a cada municipio decidir cómo aplicar este porcentaje y fijar las normas en su plan urbanístico. Por ejemplo, París ha decidido que, en cada nueva urbanización, los promotores privados tienen que reservar el 25 % de la superficie a la construcción de viviendas sociales, a menos que ya representen más del 20 % de las viviendas de la zona). Este tipo de prácticas se han adoptado con el objetivo de aumentar la mezcla social y evitar la segregación social y espacial que se produce cuando la vivienda social se concentra en determinadas zonas/barrios.

Los municipios también desempeñan un papel importante en la asignación de viviendas sociales: definen los criterios de selección en función de las necesidades detectadas a nivel local y, a menudo, inscriben a los solicitantes en una lista de espera municipal. En muchos países, los municipios también pueden disponer de un porcentaje del parque de viviendas existente para alojar a quienes se consideran los casos más urgentes (por ejemplo, en Austria, Países Bajos y Dinamarca).

Sección 3

Análisis económico del mercado de la vivienda

III

ANÁLISIS ECONÓMICO Y DE EFICIENCIA DEL MERCADO Y LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA

Análisis económico del mercado de la vivienda

José Garcia Montalvo
Catedrático de Economía aplicada de la Universitat Pompeu Fabra

Josep Maria Raya
Catedrático de Economía Aplicada del Tecnocampus (Universitat Pompeu Fabra)
jmraya@tecnocampus.cat

Resumen: *El presente trabajo pretende caracterizar el mercado de la vivienda en España, en sus aspectos más relevantes. Así, en primer lugar, se ha definido el mercado de la construcción, su peso en el PIB, su oferta y su demanda, entendida esta última, principalmente, como la demanda de nuevos hogares. Asimismo se ha caracterizado la distribución de las viviendas en función de su régimen de tenencia, en este sentido se ha realizado una comparativa europea y se ha mostrado como la literatura económica se ha aproximado a la decisión de tenencia. A continuación se ha caracterizado el mercado hipotecario español así como la fiscalidad que afecta a la vivienda y como esta fiscalidad influye en decisiones individuales como la decisión de tenencia. Finalmente, y antes de acabar con unas breves condiciones, el trabajo se adentra en una de las tendencias recientes de la política pública de vivienda: la regulación de los alquileres. En este sentido se hace un repaso de la literatura económica que ha analizado dicha regulación.*

Palabras clave: *Mercado de la vivienda; régimen de tenencia; mercado hipotecario; fiscalidad; regulación de alquileres.*

Abstract: *This paper aims to characterise the most relevant aspects of the Spanish housing market. Firstly, we have defined the construction market, its weight in GDP, its supply and its demand, the latter being understood mainly as the demand for new homes. We have also characterised the distribution of dwellings according to their tenure regime, making a European comparison and showing how the economic literature has approached the tenure decision. Next, the Spanish mortgage market has been characterised, as well as the taxation that affects housing and how this taxation influences individual decisions such as the tenure decision. Finally, and before concluding with some brief conditions, the paper looks at one of the recent trends in public housing policy: the regulation of rentals. In this sense, a review is made of the economic literature that has analysed such regulation.*

Keywords: *Housing market; tenure regime; mortgage market; taxation; rent regulation.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Caracterización del mercado de la vivienda. 3. El régimen de tenencia de vivienda. 4. La financiación de la vivienda: el mercado hipotecario. 5. La fiscalidad de la vivienda. 6. Nuevas (viejas) tendencias en las políticas públicas del mercado de la vivienda: La regulación de los alquileres. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La vivienda constituye sin lugar a dudas un bien singular. Indivisible, espacialmente fijo, heterogéneo hasta el límite y en la frontera entre ser considerado un bien de consumo duradero, que genera una gran corriente de consumo, o como un bien de inversión, que tiene un peso importante en las carteras de las familias españolas. En concreto las familias destinan algo más 50 % de su renta disponible a la financiación de la compra de la vivienda (*Banco de España, 2020).* Asimismo, la vivienda ocupa un lugar central en la vida de los individuos por la necesidad que tienen los mismos de disfrutar de sus servicios. De forma adicional, nos encontramos con características como su mayor durabilidad, la práctica ausencia de mercados de futuros y seguros relevantes, las asimetrías en la información y la

importancia del mercado de alquiler derivado del alto coste de la compra de una vivienda en propiedad y la complejidad de objetivar todo lo que lo rodea dada su relevancia social y económica. De hecho en el mercado de la vivienda lo que se comercia son los derechos legales sobre esa vivienda (concesiones, alquileres usufructos, derechos de uso o la propiedad).

La vivienda recibe una gran atención mediática. Uno de los principales motivos es que las dificultades para acceder a una vivienda digna ocupan uno de los primeros lugares entre las preocupaciones de los españoles en la mayoría de las encuestas de opinión. El sector público, consciente de ello, ha convertido el mercado de la vivienda en uno de los más intervenidos y las medidas promulgadas por uno u otro partido, suelen centrar durante algunos días el debate político. Asimismo, la construcción residencial afecta a la percepción ciudadana del funcionamiento del sistema económico. Además, dicho sector ejerce una influencia importante sobre el comportamiento cíclico de la economía, lo que lo convierte en un candidato a ser utilizado de manera estabilizadora. Recordemos, por ejemplo, como en medio de la crisis financiera, el sector público redujo temporalmente el IVA para tratar de obtener un efecto contracíclico en la economía, al incentivar el adelantamiento de comprar futuras.

En este capítulo abordamos la dimensión económica de la vivienda. Desde la caracterización de su mercado, el régimen de tenencia de la misma, su financiación y cómo afecta a todo ello la fiscalidad. Precisamente estos son los epígrafes en los que está dividido el capítulo que acaba con unas breves conclusiones.

2. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO DE LA VIVIENDA

El mercado de la vivienda presenta dudas en cuanto a su eficiencia, al haber pocos compradores y vendedores, unos elevados costes de transacción, con poca información disponible y con unas barreras de entradas elevadas debido al elevado precio del bien. La heterogeneidad del propio bien vivienda hace que sea difícil asignar un precio de forma certera. La valoración, siempre va detrás del mercado.

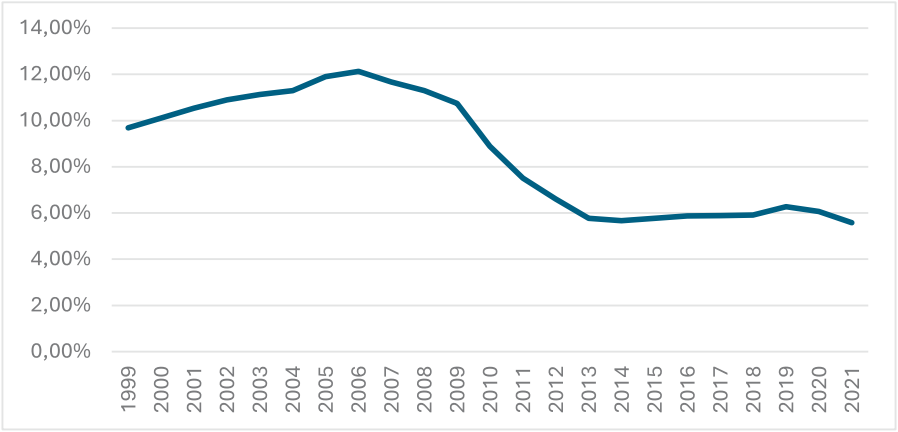
Asimismo, a pesar de que la teoría económica nos dice que en el corto plazo, la oferta de viviendas es fija (con lo que un aumento súbito de la demanda conlleva un aumento de precios ya que la oferta tarda en reaccionar), en realidad es flexible en cuanto se puede trasladar entre submercados y está creciendo de manera continua para tratar de satisfacer, como mínimo, la creación de nuevos hogares. De todas formas, la

adecuación de la oferta a la demanda no es perfecta y presenta un comportamiento cíclico claro, especialmente en términos de precios.

Desde el punto de vista funcional, el mercado puede ser de alquiler (si lo que importa es su uso), de inversión (si lo que importa es su rentabilidad) y de construcción, si lo que importa es la nueva construcción de bienes inmuebles. En el mercado de inversión, el inversor podrá obtener unos recursos a través de las rentas del alquiler (determinadas en el mercado del alquiler según la oferta y demanda de alquiler) y la potencial revalorización futura del inmueble. Ambos son los factores determinantes de la demanda de vivienda como inversión. Actualmente las rentabilidades netas del alquiler sin considerar las ganancias de capital se sitúan alrededor del 4%. El mercado de construcción y promoción de la vivienda engloba diversas actividades como la compra de suelo, obtención de la financiación y de las licencias, realización del proyecto, construcción y venta del edificio. En cada una de las fases hay riesgos que tiene que evaluar el promotor.

Por lo tanto, el mercado más importante que subyace a la vivienda, el mercado de la construcción, es un mercado procíclico cuyo ciclo suele estar retardado unos seis meses en referencia al ciclo de la economía general, muy correlacionado con el mismo (de La Paz, 2005) y con un peso importante en la formación del VAB (Montalvo and Mas, 2000). En el gráfico 1 podemos ver la evolución del peso del VAB de la construcción en la economía. Actualmente el peso se sitúa en el 5.5% aproximadamente, la mitad del valor que llegó a alcanzar durante los años 2000-2010, años de la burbuja inmobiliaria. Los valores actuales se sitúan en la media europea (por debajo de países como Estonia, Islandia o Lituania y por encima de países como Grecia o Irlanda). El sector de la construcción juega un papel muy importante en el desarrollo económico como generador de riqueza y ocupación. En este sentido, únicamente de forma directa acumula casi el 7.2% de la población activa en puestos equivalentes a tiempo completo (INE) y genera evidentes impactos indirectos en otros sectores. Así, esta cifra aumenta considerablemente si consideramos el peso de los sectores relacionados con la vivienda y las sinergias que entre todos ellos se producen. A título ilustrativo durante los años de 2000-2010, la economía española generó 240 miles de millones de euros de VAB, un 20% procedente directamente de la construcción y las actividades inmobiliarias, pero la elevada capacidad de arrastre de la construcción, elevó el peso de los sectores ligados a ella hasta el 35% del total. De hecho, el crecimiento promedio anual de los sectores ligados a la construcción fue del 4,2%, 1,3 puntos más que en el resto de la economía de mercado (Doménech, 2011). En la actualidad se calcula entorno al 16% el impacto económico total del sector de la construcción en la economía.

Gráfico 1. % VAB construcción respecto al total



Fuente: INE.

Por otra parte, el sector de la construcción no es de aquellos de mayor productividad ya que es intensivo en mano de obra no cualificada por las propias características del proceso productivo, proceso en el que es difícil procesos de producción estandarizados. Ello se traduce en mayores repercusiones de los gastos del personal sobre el valor añadido de la empresa. El hecho de emplear un trabajo por lo general poco cualificado implica menores costes por salariado, mayor temporalidad en la contratación, pero también una productividad media por hora trabajada que suele estar por debajo de la de la industria o el sector servicios y solo por encima de la del sector agrícola (INE) [(1)].

Asimismo, las empresas del sector de la construcción, presentaban un importante endeudamiento que la crisis que empezó en 2008 y que se prolongó durante muchos ejercicios, provocó que se destruyera una parte importante del tejido productivo vinculado al sector inmobiliario (empresarial y profesional). Posteriormente ya en un escenario de recuperación, la accesibilidad a la financiación por parte del sector productivo (promotor constructor) ha condicionado el perfil de los operadores del mercado. Los requisitos de acceso a la financiación tradicional bancaria y la capacidad de apalancamiento por parte del promotor des de principios de la década del 2000 hasta la fecha, se han transformado absolutamente. La diversificación es también uno de los aprendizajes de la crisis. Aquellas empresas que disponían de un segmento de negocio en alquiler sortearon

(1) Productividad que aumenta a medida que aumenta el tamaño de la empresa (Montalvo and Mas, 2000).

mejor los vaivenes del mercado respecto a aquellos en que su exposición al mercado era exclusivamente en producto en venta. Por otra parte, las barreras de capital para la entrada de nuevas empresas constituyen una de las principales características del mercado actual. Estas barreras propician que el tamaño de las empresas sea relevante para poder alcanzar el objetivo de promover. Algunos operadores buscan fórmulas alternativas de financiación que permitan alcanzar el capital necesario para ejecutar un proyecto inmobiliario. En otros casos, esta evolución ha transformado a algunos promotores en desarrolladores de oportunidades inmobiliarias que aportan su conocimiento y gestión bajo un capital externo. También y especialmente en el segmento de vivienda protegida, encontramos fórmulas colaborativas que aúnan a usuarios finalistas con profesionales que gestionan la edificación de sus futuros hogares.

En cuanto a la demanda de viviendas depende de factores tanto demográficos, como sociales e institucionales y económicos. La literatura económica distingue entre los términos de demanda potencial y demanda efectiva de vivienda (Matea Rosa and Sánchez Carretero, 2015). La primera está relacionada fundamentalmente con la formación de nuevos hogares, la que depende directamente de factores sociodemográficos (población y edad, fundamentalmente, pero también el nivel de estudios o la nacionalidad) que captan aspectos estructurales del crecimiento poblacional, como cambios en los tipos de hogares. Por ejemplo, la actual tendencia de no vivir con la pareja y/o no tener hijos/as genera por ende un crecimiento en los hogares unipersonales. Como hemos visto, dentro de la demanda potencial hay aspectos relacionados con la demografía algunos de los cuales están relacionados con aspectos institucionales. En cambio, la demanda efectiva se compone únicamente de los hogares potenciales cuya capacidad económica, principalmente en términos de poder adquisitivo y capacidad de endeudamiento, es suficiente para acceder a una vivienda[(2)]. Es decir, los factores económicos.

Habitualmente, la parte de la demanda potencial de vivienda que se estima es la demanda de vivienda principal, aquella utilizada por los hogares como lugar de residencia habitual. Ya que al disponer de proyecciones demográficas, se pueden elaborar previsiones sobre la creación de nuevos hogares, resultado de la evolución de variables como la esperanza de vida, la natalidad y los flujos migratorios. Por el contrario, las estimaciones sobre la evolución futura de la vivienda secundaria y de la vivienda vacía, llevan asociadas una mayor incertidumbre y no se suelen realizar, pues en

(2) Por lo tanto, aquí subyacen aspectos como la renta corriente, el acceso a la financiación o en el caso de la demanda en propiedad, las preferencias por un régimen de tenencia que pueda tener una generación.

ella afectan factores como los flujos turísticos futuros, la rentabilidad relativa de la vivienda en relación con otros activos financieros, la evolución de la renta per cápita o la propensión a introducir en el mercado las viviendas vacías (Montalvo & Mas, 2000).

A título ilustrativo, en la Tabla 1 se muestra la proyección de hogares que realiza el INE hasta 2039. En la Tabla se observa un crecimiento en el número de hogares, crecimiento que se espera que sea decreciente en términos relativos. Según esta proyección, el número de hogares residentes en España se incrementaría en 3.961.151 (un 19,1 %) entre 2024 y 2039, alcanzando la cifra de 23.001.927. Durante el mismo periodo la población residente en España aumentaría en 5.137.447 personas (un 10,6 %). Esto implicaría la reducción del número de personas que viven en cada hogar. Así, el tamaño medio del hogar pasaría de los 2,50 actuales a 2 personas en 2039 (creciendo con fuerza la proporción de hogares de 1 y 2 personas y reduciéndose los de más 3).

Tabla 1. Proyección de los nuevos hogares en la economía española

Año	Número de hogares a 1 de enero	Crecimiento absoluto en cinco años
2024	19.310.776	
2029	20.977.839	1.667.063
2034	22.118.643	1.140.804
2039	23.001.927	883.284

Fuente: INE.

En cualquier caso, los factores demográficos son los más relevantes desde una perspectiva de largo plazo. Aquí se encuentran el crecimiento de la población total (y por lo tanto las variaciones de las tasas de natalidad y mortalidad), los flujos migratorios y la estructura por edades de la población que afecta al número y tipología de viviendas demandadas. Los factores sociales e institucionales, además de afectar a algunos factores demográficos, lo hacen con mayor intensidad con los factores económicos. Por ejemplo, durante la crisis financiera, con tasas de desempleo por encima del 20 % y familias completas sin un miembro cobrando un salario, se retrasó la edad de emancipación y se redujo la creación de nuevos hogares. Este hecho está afectado por cambios institucionales como progenitores dispuestos a que sus hijos convivan más años con ellos, la cada vez mayor independencia económica de la mujer, las mayores tasas de divorcio o el mayor número de hogares de individuos solteros sin hijos. Entre los factores económicos destaca el tipo de interés –como principal compo-

nente del coste financiero de la vivienda[3]–, pues es el coste esencial del capital necesario para comprar una vivienda, la tasa de paro (en especial el desempleo juvenil) o la renta per cápita. En el caso de la renta per cápita hay que diferenciar a las generaciones adultas de las más jóvenes. El aumento de la renta per cápita que ha experimentado la economía española en la etapa democrática ha hecho que la demanda de viviendas secundarias (por motivo vacacional o como inversión) haya aumentado ostensiblemente. Esto se observa fundamentalmente en aquellas generaciones por encima de los 35 años. Por debajo, es decir, la generación que entró al mercado laboral a partir de la crisis financiera ha visto como su salario real ha decrecido en la última década y con ello han empeorado sus posibilidades de acceder a un crédito hipotecario. Como consecuencia, se ha reducido ostensiblemente la proporción de propietarios entre dicho colectivo. Como dato, según la Encuesta Financiera de las Familias del Banco de España (2022), en los nueve años que median entre finales de 2011 y finales de 2022, la tasa de propiedad de los hogares más jóvenes de 35 años cayó 37 puntos porcentuales, y pasó del 69,3% al 31,8%.

Como hemos dicho, las estimaciones de la demanda de vivienda se centran en la vivienda principal, pero la vivienda, además de proporcionar servicios a sus usuarios, puede ser demandada como una forma de mantener riqueza. En este sentido, el factor determinante es la rentabilidad del activo comparada con cualquier otra forma de inversión (ya sea un activo de renta fija o variable). La rentabilidad de la vivienda como activo presenta oscilaciones importantes pues su comportamiento está dominado por la evolución de los precios de la vivienda. Por lo tanto, la vivienda es un activo más con su riesgo y beneficio que todo activo comporta, eso sí, en el caso de la economía española, la vivienda es el activo más importante de las familias, ya que representa el 52,9% del valor de los activos reales para el conjunto de hogares y un 41,9% del valor de los activos totales (Banco de España). Esto es especialmente así para las familias de menor riqueza donde este porcentaje supera el 70%, ya que la vivienda pierde peso relativo a favor de otras propiedades inmobiliarias y negocios a medida que aumenta la riqueza neta. En cuanto a la demanda de inversión o vivienda secundaria, la mejor aproximación que se puede realizar es a partir de los datos de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF). A nivel español, en la ola de 2017 se observan 427 compras de viviendas no principales (realizadas por 209 familias de las 6.677 encuestadas) en el lustro 2013-2018. Dado que solo se realizaron 297 compras de vivienda principal, ello implica que la demanda por inversión superó la demanda de

(3) Entre otros factores, en este coste financiero también interviene, la fiscalidad, que trataremos en un apartado posterior.

vivienda principal. Ahora bien, hay que tener en cuenta el tamaño de la muestra (unas 6000 familias por ola) y que las familias de edad avanzada y renta elevada y, por lo tanto, con mayor predisposición a comprar una vivienda no principal en relación con la vivienda principal, están sobrerrepresentadas en la EFF[4]. En cualquier caso, los datos muestran un peso nada desdeñable de la demanda de vivienda no principal en España, pues la proporción de compra de vivienda secundaria respecto a la vivienda principal en la EFF (1.42) se mantiene parecida en el tiempo, lo que ha cambiado es que la demanda global ha disminuido a menos de la mitad de la que había en el periodo 2004-2008.

Por otra parte, aunque la demanda potencial de vivienda principal se materialice en demanda efectiva, su traslación a la construcción de nuevas viviendas no es directa pues una parte puede cubrirse con viviendas ya construidas. Asimismo, es posible que sea necesaria cierta renovación del parque de viviendas (Bergin and Garcia Rodriguez, 2020). Por último, en términos de tenencia, los nuevos hogares elegirán entre vivir régimen de propiedad o de alquiler, como también habrá hogares antiguos que realicen transiciones entre estos regímenes de tenencia.

3. EL RÉGIMEN DE TENENCIA DE VIVIENDA

Uno de los aspectos que distinguen a la vivienda respecto a otros bienes es la presencia de dos formas básicas de tenencia de elevada presencia en el mercado: alquiler y propiedad[5]. La vivienda es seguramente el bien con mayor mercado de alquiler entre aquellos a los que tienen acceso las economías domésticas, y esto es así por la combinación de su elevado coste y necesidad. Es decir, la combinación de la necesidad del disfrute de los servicios de inmueble junto con el elevado coste de la propiedad hace del mercado de alquiler la única alternativa para muchos individuos. Esta decisión, constituye en sí misma una de las decisiones relevantes que ha tomar el individuo a lo largo de su ciclo vital. Además, el sector público interfiere en dicha decisión hasta el punto de vulnerar en muchas ocasiones el principio de neutralidad[6]. Desde este ámbito durante décadas se confundía de forma reiterada la necesidad de garantizar el disfrute del

(4) Un 43.67% de las familias de la ola 2017, tienen alguna vivienda no principal. Y solo un 9.29% de la muestra es de familias cuyo sustentador principal tiene menos de 40 años.

(5) En las estadísticas siempre hay un remanente, bajo la denominación de «otras formas de tenencia» bajo cuya denominación se incluyen: cooperativas diversas, alquileres gratuitos, alquileres sociales, subalquiler y viviendas vacías o libres.

(6) Principio impositivo según el cual todas las formas de ahorro e inversión tienen que tener el mismo tratamiento fiscal para evitar efectos discriminatorios.

ciudadano de los servicios de una vivienda con la necesidad de garantizar el disfrute de un ciudadano de una vivienda en propiedad[7].

Respecto al régimen de tenencia, en España (76 %) hay que destacar un mayor porcentaje de vivienda en propiedad que la media UE (69 %). En la Tabla 2, según datos de Eurostat, observamos, no obstante que son los países procedentes del este de Europa presentan mayores tasas de propietarios (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Croacia, Hungría, Polonia, Rumania, Eslovaquia) mientras que el resto de los países presentan tasas de propiedad y alquiler más equilibradas que la española. Es el caso de Dinamarca, Francia, Holanda, Alemania, Austria, Finlandia y Suecia. Incluso así, este diferencial se ha reducido en los últimos años donde la tasa de propietarios en España se ha reducido des del 83 %.

Tabla 2. Distribución de los hogares según régimen de tenencia de la vivienda

	Régimen de tenencia
European Union – 27 countries (from 2020).	69.1
Euro area – 20 countries (from 2023).	65.0
Belgium.	72.5
Bulgaria.	85.0
Czechia.	77.1
Denmark.	59.6
Germany.	46.7
Estonia.	82.0
Ireland.	70.4
Greece.	72.8
Spain.	76.0
France.	63.4
Croatia.	91.1
Italy.	74.3
Cyprus.	69.6
Latvia.	83.1
Lithuania.	88.6

(7) Artículo 47 de la Constitución española establece: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando el uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

	Régimen de tenencia
Luxembourg.	72.4
Hungary.	90.1
Malta.	82.6
Netherlands.	70.6
Austria.	51.4
Poland.	87.2
Portugal.	77.8
Romania.	94.8
Slovenia.	75.4
Slovakia.	93.0
Finland.	69.5
Sweden.	64.2

Fuente: Eurostat.

El tradicional desequilibrio entre ambos regímenes de tenencia, que llegó a su máxima expresión durante la primera década de este milenio, se explica por la reducida rentabilidad del alquiler durante esos años, junto con el desfavorable tratamiento fiscal y legal que recibía el alquiler en relación con la propiedad (Raya and Garcia Villar, 2006). Así, mientras que en 1950 el porcentaje de viviendas en alquiler, ya sea social o privado, era del 53 %, en 2002, ya era únicamente del 11 % (Pareja and San Martin, 2002).

En buena lógica, el estudio de la decisión entre alquiler y propiedad está en estrecha relación, en ocasiones, con el ciclo vital del individuo y, consecuentemente, constituye uno de los marcos más reiterados en la literatura que gira entorno al mercado de la vivienda (Raya and Garcia, 2012). Diversos son los factores que influencian la decisión del régimen de tenencia de la vivienda de los individuos. No obstante, como en la mayoría de las decisiones económicas, se pueden sintetizar en dos componentes: la utilidad y los costes inherentes a cada una de las alternativas. Mientras que la utilidad es un aspecto básicamente endógeno del individuo que refleja sus preferencias y que estará influenciado por algunas de sus características socioeconómicas como su renta, edad, situación familiar, nivel de estudios, tamaño familiar o estado civil, la mayoría de componentes del coste relativo de cada una de las alternativas de tenencia son exógenos al individuo y vienen determinados por las condiciones económicas del momento y el lugar que vive el individuo. Estas condiciones económicas son principalmente el nivel de alquileres, el tipo de interés y el tratamiento legal y fiscal que otorgue el sector público a cada alternativa. La decisión entre alquilar

y comprar depende de los costes que generan cada una de las opciones. San Martín, (2000) compara las elecciones de los consumidores bajo diversos escenarios en función del precio de la vivienda, el alquiler, el periodo de estancia, el tipo de interés, la rentabilidad del ahorro, la fiscalidad de la vivienda y las expectativas de crecimiento de precios. Evidentemente, un mayor alquiler, un menor precio de la vivienda actual, un mayor periodo de estancia en la vivienda, un menor tipo de interés, una menor rentabilidad del ahorro alternativo, un mayor sesgo fiscal a favor de la propiedad y unas mayores expectativas de crecimiento de los precios de la vivienda favorecen la opción de la propiedad.

Finalmente, las consecuencias de ser un país donde domina un régimen de propiedad u otro son diversas. Como aspectos positivos de una mayor tasa de propietarios, la literatura apunta a una mejora de la seguridad y estabilidad de los hijos, de las condiciones de salud (sobretodo en términos de estrés), del compromiso cívico y la estabilidad política y, finalmente, al generar una fuente de ahorros para la vejez, de la estabilidad y seguridad financiera de los hogares (Doling, Vandenberg and Tolentino, 2013). Sin tratar de ser exhaustivos, la literatura económica también ha analizado los impactos negativos pues un mayor porcentaje de propietarios reduce la movilidad laboral (que acaba incidiendo en la tasa de paro estructural) o la tasa de emprendedores (Oswald, 1999; Munch, Rosholm and Svarer, 2006; Bracke, Hilbert and Silva, 2012; Blanchflower and Oswald, 2013; Cloyne *et al.*, 2017). Asimismo, la mezcla de una cultura propietaria, un mercado de alquiler escaso y elevados precios de la vivienda conduce a un retraso en la emancipación de los jóvenes. Este fenómeno puede afectar a los patrones de estado civil y natalidad de una sociedad.

4. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA: EL MERCADO HIPOTECARIO

Des del punto de vista de la financiación es importante distinguir entre el crédito destinado a la construcción, que no deja de ser la financiación a un sector productivo más, y el crédito destinado a la adquisición o rehabilitación de viviendas, pues este último constituye la principal fuente de endeudamiento de las familias. De hecho, una vez superada la anomalía acontecida durante los años expansión inmobiliaria (2000-2008) donde el porcentaje del crédito inmobiliario se llegó a concentrar en las actividades inmobiliarias (concentrando alrededor del 60 % del crédito inmobiliario total), en la actualidad más del 80 % del crédito inmobiliario se dedica al mercado de adquisición y rehabilitación de vivienda por par-

te de los hogares (alrededor de un 14 % a las actividades inmobiliarias y el 4 % a los negocios de construcción).

El mercado hipotecario español se constituyó sobre tres pilares básicos: i) una garantía hipotecaria (adicional a la personal); ii) un sistema de tasación de los bienes inmobiliarios, supervisado por el Banco de España; y iii) la creación de instrumentos específicos que facilitaban la financiación de entidades de crédito en los mercados permitiendo mantener el ritmo de concesión de préstamos (Delgado Tejero, 2022).

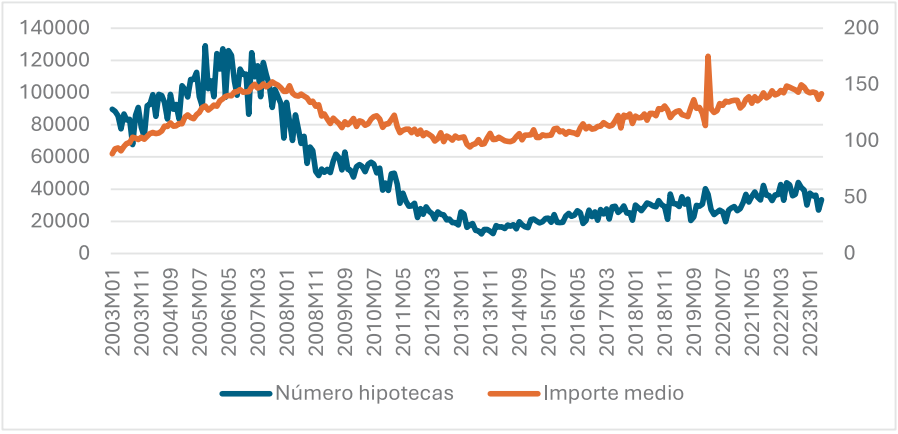
La creación de las Cédulas, Bonos y Participaciones Hipotecarios permitieron a las entidades de crédito obtener recursos para desarrollar los préstamos con garantía hipotecaria. En los años 70, la financiación hipotecaria era casi un producto exclusivo de las cajas de ahorro. Desde entonces, el mercado inmobiliario ha tenido un crecimiento continuo. Dicho crecimiento solo ha sido interrumpido por tres crisis: a finales de los 70, a principios de los 90 y la más profunda la de 2008-2014. Precisamente la facilidad para conseguir fondos en los mercados mayoristas y canalizarlos hacia el sector inmobiliario, junto con una errónea percepción y gestión de los riesgos que relajaron los estándares crediticios (Akin *et al.*, 2014), la ausencia de herramientas macroprudenciales para poder frenar los desequilibrios en ese momento, contribuyeron entre otras causas, al estallido de la crisis financiera global de los años 2007-2008. En España, esta crisis derivó en una crisis inmobiliaria entre 2008 y 2014 que supuso un intenso ajuste de los precios y las transacciones, así como de la actividad hipotecaria. Tras esta etapa, se inició una fase de recuperación gradual que, con la excepción de los meses de pandemia, se ha prolongado hasta los primeros meses de 2025.

En cuanto al mercado hipotecario, la Estadística de hipotecas (INE) ofrece información sobre constituciones de hipotecas, es decir, sobre el número de nuevas hipotecas que se constituyen durante el mes de referencia sobre bienes inmuebles y el importe de los nuevos créditos hipotecarios correspondientes a dichas hipotecas. A partir de 2006 se publica información sobre cambios y cancelaciones registrales de hipotecas. Toda esta información se desagrega en base a diversas variables como naturaleza de la finca hipotecada o el tipo entidad prestamista (banco, cajas de ahorro u otras entidades).

En el gráfico 2 se observa la evolución en el número de hipotecas de viviendas y el importe medio desde la creación de la estadística (2003). En ella se observa cómo el número de hipotecas creció a la misma velocidad que lo hacía la compraventa de viviendas durante los primeros años de la década del 2000. En esta década se observa cómo el máximo mensual de constitución de hipotecas (129.128) se alcanzó en 2006, mientrasa que el mínimo (12.146) se llegó al final del periodo de corrección posterior, en 2013. A partir de ahí la tendencia ha sido ligeramente creciente,

situándose en la actualidad en el entorno de las 40.000 hipotecas mensuales. La evolución del importe medio ha sido similar, aunque su variación ha sido mucho menor. Desde 2006, se produjo una reducción en dicho importe de 150.000 € a 94.000 €, importe medio que se ha recuperado en la actualidad.

Gráfico 2. Número e importe medio de hipotecas (miles €) en España



Fuente: INE.

Asimismo, más de un 87 % de las hipotecas concedidas actualmente, las concede una entidad bancaria. Mientras que hasta la crisis financiera el 95 % de las hipotecas constituidas lo eran a tipo de interés variable, lo que hacía al mercado hipotecario español muy sensible a variaciones en los tipos de interés, el peso de este tipo de hipotecas se ha ido reduciendo paulatinamente de tal manera que desde 2016, se constituyen más hipotecas a tipos de interés fijo o mixto que a tipo de interés variable. En la actualidad, las operaciones con un interés fijo inicial por un periodo superior a 10 años han pasado a representar el 45,6 % del volumen de nuevas contrataciones. Por su parte, los préstamos mixtos con un tipo inicial fijo por un periodo entre 1 y 10 años suponen el 32,1 % de las nuevas originaciones. Dentro de esta categoría, tanto los préstamos sujetos a un interés fijo a corto plazo (1-5 años) como los de medio plazo (5-10 años) cobran fuerza. Esta modalidad de préstamos se erige como alternativa para aquellos consumidores que quieran asegurarse un tipo fijo durante los años iniciales del préstamo en un contexto de subidas de tipos de interés como el acontecido en 2023, confiando en que a futuro los tipos evolucionen favorablemente.

Esta reducción en la proporción de préstamos a tipos de interés variable ha hecho menos sensible a la economía española de la subida de tipos de interés experimentada en 2023. Así, el tipo de interés de las nuevas operaciones, pero incluso así, la cuota hipotecaria media ha crecido en los años 2022 y 2023 en 200€ (de algo menos de 550 € a más de 700 €) y siendo superior en 2023 el número de hipotecas canceladas a las nuevas.

Un aspecto distintivo del mercado hipotecario español es la existencia de un sistema de valoración supervisado. La valoración de los bienes raíces, cuyo número muestra una evolución paralela a la actividad hipotecaria, es un factor fundamental para la estabilidad financiera, ya que la calidad de las tasaciones afecta directamente al riesgo bancario (Montalvo 2009, Montalvo and Raya, 2018). Además, los ciclos de auge y de caída en los mercados inmobiliarios han sido factores importantes en las crisis financieras sistémicas y, por lo tanto, deben estar en primera línea de la política macroprudencial (Hartmann, 2015).

El valor de una tasación es un factor fundamental para determinar tanto la cantidad del préstamo que se concede a un hogar como las reservas de capital de la institución financiera que ofrece el préstamo para cubrir las pérdidas inesperadas de este. Por esta razón, la valoración de inmuebles puede dar lugar a intereses potencialmente divergentes entre las distintas partes de una operación. Por lo tanto, para que los valores de tasación se estimen con independencia y la mayor objetividad, se deben considerar, entre otros factores, el establecimiento de un marco legal y de criterios metodológicos adecuados. La regulación se ha usado para objetivar los procedimientos de valoración de manera que se refuerce la independencia de las tasaciones y otorgar una seguridad en la valoración de colaterales para el sistema financiero. También se han establecido sistemas de supervisión para desincentivar la realización de actuaciones que puedan dañar a la credibilidad en las valoraciones y, en su caso, poder hacer un seguimiento del mercado de tasaciones para corregir posibles conductas inapropiadas(López Gómez and Matea Rosa, 2020).

El modelo español de valoración inmobiliaria a efectos de garantía inmobiliaria, es un modelo regulado desde la promulgación de la Ley 2/1981, que se basa en una metodología detallada, un modelo de informe estandarizado y que apostó por un modelo societario, al objeto de reforzar el control de las tasaciones. A las sociedades de tasación homologadas se les exige un nivel adecuado de medios técnicos y humanos. Además, en 1997 se encomendó la supervisión de dichas sociedades al Banco de España.

Hasta 2013 las sociedades de tasación podían estar controladas por entidades de crédito. Por ejemplo, en 2004, en España había 58 sociedades de tasación, de las cuales 11 estaban participadas en más del 90 % por entidades de crédito. Además, estas sociedades participadas por las entidades de

crédito realizaron el 41 % del total de las tasaciones certificadas por el sector (el 46 % del importe total), y su facturación con su principal accionista superaba el 90 % de su negocio total en la mayoría de los casos. Para abordar el posible conflicto de intereses entre tasadoras y entidades de crédito que subyace detrás del fenómeno de las sobretasaciones experimentado durante el periodo 2004-2008 (Montavo, 2009, Montalvo and Raya, 2018; Bover, Torrado and Villanueva, 2019) a partir de 2013 se introdujeron importantes cambios regulatorios en la actividad de tasación que mejoran su independencia. Hay que tener en cuenta que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, estableció que las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven al menos en un 10 % de su relación de negocio con una entidad de crédito o con el conjunto de entidades de crédito de un mismo grupo, siempre que alguna de esas entidades de crédito haya emitido y tenga en circulación títulos hipotecarios, deberán disponer de mecanismos adecuados para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés. Además, en la misma norma se prohíben la adquisición o el mantenimiento por parte de las entidades de crédito o de aquellas personas físicas o jurídicas relacionadas con la comercialización, propiedad, explotación o financiación de bienes tasados por una sociedad de tasación, de forma directa o indirecta, de una participación del 10 % o superior en esta. A partir de la entrada en vigor de esta Ley 1/2013, las entidades de crédito vendieron sus participaciones en las sociedades de tasación. Simultáneamente, las sociedades de tasación fueron reduciendo su dependencia de su cliente principal y los casos en los que la facturación con este último representaba más del 50 % pasaron de ser la norma a ser excepciones (López Gómez and Matea Rosa, 2020).

No obstante, todavía hay aspectos pendientes de mejora de la normativa de valoración (recogidas en la Orden ECO/805/2003) como la regulación de valoraciones automáticas (AVM) y la mejora de las reglas para estimar el valor hipotecario, que, frente al valor de mercado, es aquel que se considera sostenible en el tiempo. La supervisión de los agentes que realizan la actividad de tasación hipotecaria a efectos de regulación prudencial bancaria es poco frecuente en el ámbito internacional pero resulta muy relevante para la salvaguarda de la independencia y la objetividad de las valoraciones inmobiliarias.

5. LA FISCALIDAD DE LA VIVIENDA

Desde siempre, el mercado de la vivienda ha sido uno de los mercados en los que más intervención se ha producido por parte del Estado (Montalvo y Mas, 2000 y Montalvo, 2004). El mercado no es perfecto a la hora

de asignar los recursos, no los asigna de manera eficiente, no distribuye equitativamente los recursos y provoca dificultades de acceso a la vivienda que suelen estar correlacionadas con la pobreza y la exclusión social. Además, la adquisición de vivienda constituye probablemente la transacción más importante que realizarán muchas familias a lo largo de su ciclo vital. La vivienda en propiedad es, además, el componente más importante de la riqueza de muchas economías doméstica y la importancia del sector de la construcción residencial en la evolución de cualquier economía ya ha sido considerado. Los programas públicos relacionados con la vivienda se articulan en todos los niveles de gobierno, con políticas directas de impuestos y subsidios o indirectas en forma tratamiento favorable en algunas figuras tributarias (y en particular en el impuesto sobre la renta personal), gasto directo, regulaciones en los mercados de capital (y en concreto en relación a los préstamos hipotecarios), introducción de programas de vivienda concretos, controles de alquileres, ordenanzas de zonificación y códigos de edificación (García, 2019). La fiscalidad es una de las principales vías en las que el sector público interviene en materia de vivienda.

La introducción de los impuestos altera el coste de uso de la vivienda en varios sentidos y por ello las decisiones de compra y tenencia de la vivienda. Así, en primer lugar, en el momento de la adquisición, el coste de esta se ve incrementado por los impuestos indirectos asociados a la misma (Impuesto del Valor Añadido-IVA– si la vivienda es nueva o Impuesto de Transmisiones Patrimoniales-ITP– si es usada) y por el impuesto sobre actos jurídicos documentados (AJD) correspondiente a la compraventa y a la hipoteca, en su caso. Esto supone, por un lado, una mayor inversión inicial y, por otro, la generación de una minusvalía latente, al situarse el precio de adquisición por encima del precio de mercado. En contrapartida, las deducciones en el IRPF que existieron por la compra de vivienda habitual hasta 2012– y que continúan para compras anteriores a 2013– tienen el efecto opuesto: reducen el precio de adquisición y, consiguientemente, el coste de oportunidad, generando además una plusvalía latente. Estas deducciones se producían tanto en el momento inicial, por la entrega efectiva realizada en el primer año, como de manera periódica, por la amortización progresiva del préstamo solicitado. En segundo lugar, durante el período de tenencia de la vivienda, la carga por amortización e intereses del préstamo hipotecario se amortiguó como consecuencia de las deducciones en el IRPF y, en contrapartida, la renta generada (en el caso del alquiler) o imputada (en la vivienda secundaria, y habitual) se ve gravada por dicho impuesto. Además, el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) incrementa adicionalmente el coste de uso, al gravar la tenencia de viviendas en propiedad, en función de su valor catastral, si bien dicho gasto es deducible en el IRPF en determinados casos. Por su parte, el coste de oportunidad se ve

afectado también por la introducción de los impuestos. Así, estos reducen, en general, la rentabilidad neta de las inversiones alternativas y, por tanto, el coste de oportunidad de la destinada a vivienda. En el caso de los inmuebles destinados al alquiler, actualmente existen deducciones en el IRPF del inquilino por el pago del mismo (con límite máximo y condiciones en términos de renta para acceder a dicha deducción). Finamente, en el momento de la venta de la vivienda, el impuesto sobre las plusvalías grava la diferencia entre el precio de venta y el de compra, ajustado este último por inflación y plazo de la inversión. El gravamen sobre las plusvalías reduce el valor neto de las mismas y eleva el coste de uso. No obstante, bajo ciertas condiciones, dicha plusvalía no se grava cuando es resultado de la venta de una vivienda habitual y el importe obtenido se reinvierte en una nueva residencia principal (García-Vaquero Álvaro and Martínez Pagés, 2005). Por tanto, el tratamiento fiscal puede favorecer a la vivienda frente a inversiones alternativas básicamente por dos vías: reduciendo el coste de adquisición (subvención neta a la compra) y/o gravando en menor medida los rendimientos netos generados (incluidas las plusvalías). Para un análisis de la importancia económica de cada uno de estos gravámenes se puede consultar Montalvo y Mas (2000).

Existe acuerdo entre los analistas acerca de que este tratamiento fiscal favorable, al reducir el coste de poseer la vivienda en propiedad respecto a alquilarla, genera un efecto sustancial sobre las decisiones de vivienda. En particular, el hecho de que la propiedad resulte más atractiva que el alquiler induce a los individuos a ser propietarios y a consumir más vivienda en régimen de propiedad. Adicionalmente, estas preferencias fiscales, al introducir una cuña entre el valor marginal de los servicios de vivienda y su coste marginal, generan costes en eficiencia. En nuestro país, desde su introducción y hasta su eliminación en 2013, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) incorporó generosos subsidios fiscales a la vivienda principal habitada por su propietario pues las desgravaciones superaban a los impuestos derivados de la adquisición[8]. Tras la eliminación de las desgravaciones por vivienda en 2013, sin embargo, la situación se ha dado la vuelta. Se mantiene, no obstante, un cierto incentivo a la compraventa de viviendas usadas en relación a las nuevas, pues el IVA es mayor que el ITP en la mayoría de comunidades autónomas[9]. Asimismo se mantiene un cierto tratamiento favorable de la inversión en vivienda en relación a cualquier inversión alternativa, siendo esto válido también para la vivienda secundaria, aunque con

(8) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicha cuña fiscal no incorpora los impuestos que afectan a la oferta, ni de viviendas ni de activos alternativos. Por otra parte, tampoco se considera el posible efecto de unos y otros impuestos sobre los precios de equilibrio de los activos (Ortega, Rubio, y Thomas, 2011; Raya, y Kucel, 2015).

(9) El ITP, a diferencia del IVA, es un impuesto gestionado por las CC. AA.

menor intensidad, al realizarse para la vivienda secundaria una cierta imputación de rentas en el IRPF y no estar exenta de tributación su plusvalía.

Como recomendaciones, para alcanzar un mayor equilibrio entre los principales regímenes de tenencia en España, San Martín, (2000) Montalvo (2003, 2006, 2009) y Raya and Garcia Villar, (2006) ya abogaban por un cambio en la normativa y la orientación del sector público respecto al mercado del alquiler en previsión de un desplazamiento de la demanda hacia el mercado del alquiler. A pesar de la eliminación de la deducción por adquisición de vivienda habitual en IRPF (aunque sin efectos retroactivos), es necesario fomentar la oferta de viviendas en alquiler ya que el aumento de la demanda de vivienda en alquiler ha propiciado escasez en dicho mercado. En este sentido los incentivos fiscales en el IRPF a los propietarios de viviendas incorporados en la nueva Ley 12/2023 por el Derecho a la vivienda van en la línea adecuada, al contrario que el control de alquileres. Además, esta política y una vez considerado la relación entre el régimen de tenencia y la movilidad laboral, reduciría en un cierto porcentaje el paro estructural de la economía española producto de la ausencia de movilidad laboral a la que contribuyen los altos porcentajes de propiedad y reduciría los recursos públicos necesarios para la política de la vivienda, especialmente a la hora de atender a los colectivos con menores ingresos. No obstante, sin dejar de perseguir el otro gran objetivo relacionado con el aumento de la oferta de viviendas en alquiler: el aumento de la oferta de viviendas en alquiler social. Aspecto en el que la economía española se sitúa muy lejos de los estándares europeos, pues únicamente un 2.5% de las viviendas en España son de alquiler social cuando la media europea se sitúa entorno al 9.3% (Eurostat, INE y Housing Europe, 2018). Asimismo, la equiparación de la tributación de la vivienda en relación a otros activos alternativos también se hace necesaria.

6. NUEVAS (VIEJAS) TENDENCIAS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL MERCADO DE LA VIVIENDA: LA REGULACIÓN DE LOS ALQUILERES

Además de las políticas públicas relativas a la fiscalidad de la vivienda. Existen otras muchas políticas que afectan al mercado de la vivienda. Algunas de las más importantes son la provisión de vivienda pública social (ya sea en venta o en alquiler) o los subsidios a la oferta o la demanda de viviendas. Pero de todas ellas, quizás la política más popular y controvertida es la regulación de los alquileres. En Kholodilin (2022) se hace un extenso repaso histórico de esta política (de la que ya hay evidencias durante el

imperio romano) y de toda la literatura económica alrededor de la misma. De hecho, hay pocas políticas económicas que generen un acuerdo mayor entre en la comunidad científica que aquellas de limitación de los precios del alquiler (Jenkins, 2009). Tanto si se trata de controles de alquileres de primera generación (los alquileres se congelan) como si son de tercera generación (donde se fija el precio libremente, pero o se prohíbe el aumento durante la duración del contrato o este se ancla a un índice de referencia). El consenso es mayoritario entre economistas, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como desde el punto de vista de la equidad, se trata de una política que genera muchas distorsiones y, sobretodo, tiene unos importantes efectos en la oferta de viviendas en alquiler.

En términos de eficiencia, son diversos los motivos que la literatura científica aduce en contra de la limitación alquileres (Whitehead, 1999; Arnott and Igarashi, 2000; McDonald and McMillen, 2010; Brueckner, 2011). En primer lugar, la reducción del gasto para mantener sus viviendas por parte de los propietarios que es el resultado natural de la limitación en los alquileres, y así de los beneficios derivados de las viviendas de alquiler. En ausencia de expectativas de ingresos, el propietario reduce costes y se reducen, por lo tanto, los incentivos a invertir en nuevas viviendas destinadas al alquiler (Sims, 2007). Asimismo, se produce una asignación inadecuada entre las personas a alojar y los propios alojamientos (Glaeser and Luttmer, 2003). Y todo esto para conseguir un efecto ambiguo en los alquileres y los colectivos a los que se pretende proteger.

El motivo más citado para justificar una limitación de precios es la intención de impedir una supuesta redistribución de renta y riqueza de los inquilinos a los propietarios de viviendas (Arnott, 1995; Brueckner, 2011). Sin que resulten importantes las economías de escala y sin barreras de entrada, el mercado del alquiler si no es competitivo, se acerca mucho más que otros, lo que imposibilita una tasa de rendimiento mayor que la competitiva (Olsen, 1982, 1998). Además, redistribuir de los propietarios a los inquilinos, utilizando el control de alquileres como un impuesto implícito sobre el valor del capital residencial es, como mínimo, un mecanismo bastante imperfecto. Para empezar, no todos los inquilinos acceden a una vivienda controlada, con lo que hay inquilinos «afortunados» e inquilinos «desafortunados» divididos por un umbral un tanto arbitrario: las ganancias de renta, si existen, se distribuyen de forma aleatoria. A esto hay que añadir que el instrumento es muy impreciso: ni todas las familias que acceden a un alquiler controlado son de renta baja, ni todas las familias que no acceden a un alquiler controlado, ni siquiera las que son propietarias, son de renta alta. Por último, es imprescindible considerar efectos adversos a largo plazo sobre los inquilinos potenciales, que no llegarán a serlo si los controles afectan la oferta privada de vivienda de alquiler (García, 2019).

La evidencia empírica también es amplia: New York (Sims, 2007), Boston (Autor, Palmer and Pathak, 2014), Estocolmo (Andersson and Söderberg, 2012) San Francisco (Diamond, McQuade and Qian, 2019) o Argentina (Jacobo and Kholodilin, 2022) son algunos ejemplos de estudios que muestran empíricamente los resultados anteriores. Este último trabajo referido a San Francisco (Diamond, McQuade and Qian, 2019), muestra que el control de precios del alquiler redujo la oferta de vivienda de alquiler en un 15 % e incrementó los alquileres en un 5,1 %. Berlín es probablemente el caso sobre el que hay más literatura en los últimos años. La mayoría de autores encuentran un efecto menor sobre los alquileres regulados, solo al principio y concentrado en los más caros (Deschermeier *et al.*, 2016), un grupo que puede estar a su vez definido por características intrínsecas al inmueble (zona, tamaño). Mense *et al.*, (2018) encuentran una reducción en los precios de los alquileres, aunque solo en el segmento controlado y Hahn *et al.*, (2021) muestran que se han reducido los alquileres en el segmento controlado, pero a costa de una reducción sustancial en el parque de viviendas ofertadas. Monras y Montalvo (2024) también muestran una reducción del precio del alquiler y una caída de los nuevos contratos de alquiler en el caso de la limitación de los precios del alquiler que comenzó en Cataluña en septiembre de 2020. Ello ha producido que se haya trasladado la demanda hacia las ciudades no reguladas cercanas a Berlín, aumentando los precios en las mismas. Una evidencia similar se puede ver en Dolls *et al.*, (2021). Sin embargo, en todos los casos la reforma tiene otros efectos negativos como la reducción del valor de las viviendas para el segmento controlado y un aumento en alquileres y rentas del sector no regulado. La oferta de alquileres regulados se reduce y aumenta la de alquileres sin regular. De hecho, dos tercios de las ofertas de pisos de alquiler están por encima del máximo fijado por ley. La evidencia empírica más reciente es la de Breidenbach *et al.*, (2022) sobre el control de rentas alemán. Reportan una reducción de precios del 5 % alcanzados al principio y que se desvanecen al año y medio. Asimismo, reportan efectos heterogéneos en función del tamaño de la vivienda y el barrio. Por último, se vuelve a observar una evidencia en términos de los efectos al respecto de la calidad de las viviendas alquiladas, que disminuyen a partir de la implementación del control de alquileres.

7. CONCLUSIÓN

A lo largo del capítulo se ha caracterizado el mercado de la vivienda en España, en especial el mercado de la construcción que, aunque ha perdi-

do peso en el PIB, mantiene un peso importante en la economía española (alrededor del 6 %). En esta sección se han enumerado los factores que determinan la demanda de viviendas tanto la demanda potencial (aspectos relacionados con la demografía e institucionales) como la demanda efectiva (aspectos económicos). Asimismo, se ha descrito la oferta y el cambio en la tipología de empresas del sector una vez superada la crisis financiera. A continuación se ha analizado la tenencia de la vivienda, que en España, aun siendo principalmente la propiedad, se ha moderado con fuerza en la última década, hasta el punto que tiene un fuerte componente generacional, pues los jóvenes, actualmente, mayoritariamente alquilan. En este sentido, se han analizado las consecuencias de la propiedad. La siguiente sección analizó la financiación de la vivienda, con especial atención al mercado hipotecario. Un mercado hipotecario español que también redujo su actividad a partir de la crisis financiera y mutó hacia un mercado donde las hipotecas de tipo de interés fijo ganaron importancia. Incluso así, un aumento importante en los tipos de interés oficiales, afecta al mercado, reduciendo su actividad e introduciendo vulnerabilidad en algunos hipotecados.

En esa sección se ha evaluado también la importancia de las tasaciones que constituyen un factor fundamental para la estabilidad financiera, ya que la calidad de las tasaciones afecta directamente al riesgo bancario. En este sentido se han evaluado los cambios acontecidos durante la crisis financiera producto de una excesiva dependencia de las tasadoras respecto a las entidades de crédito. Finalmente se ha evaluado la fiscalidad de la vivienda, una de las principales vías en las que el sector público interviene en materia de vivienda, materia en la que tradicionalmente el sector público interviene con fuerza. Analizamos los gravámenes tanto en el momento de la adquisición, como en el momento de la venta como durante la tenencia del bien. Así se ha visto un cierto tratamiento favorable a la vivienda respecto a otros activos alternativos y a la vivienda en propiedad (al menos históricamente) respecto a la vivienda en régimen de alquiler.

En cuanto al futuro, el sector parece que mantiene un peso y una evolución mucho más estable tras la crisis financiera. El peso del sector es similar al que tienen otras economías europeas y la evolución de precios y transacciones, muestran a un mercado con una pequeña sobrevaloración (Delgado Tejero, 2022) que para nada ha sido similar a la de otros países (International Housing Observatory). Adicionalmente, en cuanto al papel del sector público, la experiencia internacional nos muestra que un exceso de vivienda en propiedad supone un freno al crecimiento económico y tiene consecuencias adversas en términos de empleo. Sin embargo, el desequilibrio generacional actual, donde las generaciones más jóvenes se

concentran en un mercado del alquiler tensionado y escaso y las mayores en la propiedad, necesita de un sector público que apueste presupuestariamente en el mercado de la vivienda con viviendas sociales, incentivos al alquiler y ayudas a la compra para las generaciones más jóvenes en la línea de los programas *help to buy*. La regulación, al ir en contra de la oferta de pisos en alquiler (presentes y futuros), no parece, a la luz de la evidencia científica internacional una propuesta que mejore la situación actual del mercado.

8. BIBLIOGRAFÍA

Akin, O., *et al.* (2014), «The real estate and credit bubble: evidence from Spain», *SERIEs*. Springer Berlin Heidelberg, 5(2-3), pp. 223-243. doi: 10.1007/s13209-014-0115-9.

Andersson, R., y Söderberg, B. (2012), «Elimination of rent control in the Swedish rental housing market: why and how?», *Journal of Housing Research*. Taylor & Francis, 21(2), pp. 159-181.

Arnott, R. (1995), «Time for revisionism on rent control?», *Journal of economic perspectives*, 9(1), pp. 99-120.

Arnott, R., y Igarashi, M. (2000), «Rent control, mismatch costs and search efficiency», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 30(3), pp. 249-288.

Autor, D. H.; Palmer, C. J., y Pathak, P. A. (2014), «Housing market spillovers: Evidence from the end of rent control in Cambridge, Massachusetts», *Journal of Political Economy*. University of Chicago Press Chicago, IL, 122(3), pp. 661-717.

Bergin, A., y Garcia Rodriguez, A. (2020), «Regional demographics and structural housing demand at a county level. ESRI Research Series 111 December 2020.»

Blanchflower, D., y Oswald, A. J. (2013), «Does High Home-Ownership Impair the Labor Market», *Peterson Institute for International Economics Working Papers*, 13(3).

Bover, O.; Torrado, M., y Villanueva, E. (2019), «The loan to value ratio for housing in Spain over the period 2004-2016», *Banco de Espana Article*, 3, p. 19.

Bracke, P.; Hilbert, C., y Silva, O. (2012), «Homeownership and Entrepreneurship», *Spatial Economics Research Centre Discussion Papers*, 103.

Breidenbach, P.; Eilers, L., y Fries, J. (2022), «Temporal dynamics of rent regulations–The case of the German rent control», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 92, p. 103737.

Brueckner, J. K. (2011), *Lectures on urban economics*. MIT press.

Cloyne, J., *et al.* (2017), *The effect of house prices on household borrowing: A new approach*. National Bureau of Economic Research.

Delgado Tejero, M. (2022), «El sistema de tasación hipotecaria en España».

Deschermeier, P., *et al.* (2016), «A first analysis of the new German rent regulation», *International Journal of Housing Policy*. Taylor & Francis, 16(3), pp. 293-315.

Diamond, R.; McQuade, T., y Qian, F. (2019), «The effects of rent control expansion on tenants, landlords, and inequality: Evidence from San Francisco», *American Economic Review*, 109(9), pp. 3365-3394.

Doling, J.; Vandenberg, P., y Tolentino, J. (2013), «Housing and housing finance-A review of the links to economic development and poverty reduction», *Asian Development Bank Economics Working Paper Series*, (362).

Dolls, M., *et al.* (2021), «Un año de límite de alquiler:¿ Cómo se ha desarrollado el mercado inmobiliario de Berlín?»

Doménech, R. (2011), «El impacto económico de la construcción y de la actividad inmobiliaria», *BBVA Research*.

García-Vaquero Álvaro, V., y Martínez Pagés, J. (2005), «Fiscalidad de la vivienda en España», *Documentos Ocasionales/Banco de España, 0506*. Banco de España.

García, M.-Á. L. (2019), «Vivienda y política pública: objetivos e instrumentos», *Documento de Trabajo*, 7.

Glaeser, E. L., y Luttmer, E. F. P. (2003), «The misallocation of housing under rent control», *American Economic Review*, 93(4), pp. 1027-1046.

Hahn, A. M.; Kholodilin, K. A., y Waltl, S. R. ,(2021) «Forward to the Past: Short-term effects of the rent freeze in Berlin». DIW Berlin Discussion Paper.

Hartmann, P. (2015) «Real estate markets and macroprudential policy in Europe», *Journal of Money, Credit and Banking*. Wiley Online Library, 47(S1), pp. 69-80.

Jacobo, A. D.,y Kholodilin, K. A. (2022), «One hundred years of rent control in Argentina: Much ado about nothing», *Journal of Housing and the Built Environment*. Springer, 37(4), pp. 1923-1970.

Jenkins, B. (2009), «Rent control: Do economists agree?», *Econ journal watch*, 6(1).

Kholodilin, K. A. (2022), *Rent control effects through the lens of empirical research*. DIW Roundup: Politik im Fokus.

La Paz, P. T. de (2005), «Structural Changes in the Spanish Housing Market and their Implications for Housing Policy».

López Gómez, M. Á., y Matea Rosa, M. de los L. (2020), «El sistema de tasación hipotecaria en España: una comparación internacional», *Documentos ocasionales/Banco de España, 2010*. Banco de España.

Matea Rosa, M. de los L., y Sánchez Carretero, C. (2015), «Creación de hogares y necesidades de vivienda nueva principal a medio plazo», *Boletín económico/ Banco de España, octubre 2015,* p. 39-53.

McDonald, J. F., y McMillen, D. P. (2010), *Urban economics and real estate: theory and policy*. John Wiley & Sons.

Mense, A.; Michelsen, C., y Kholodilin, K. (2018), «Empirics on the causal effects of rent control in Germany». Kiel, Hamburg: ZBW-Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft.

Monras, J. y Montalvo, J. G. (2024), «The effect of rent controls along the excess price distribution», CEPR Discussion Paper 20018.

Montalvo, J. G. (2009), «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera. Lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de Economía Española,* 122, pp. 66-87.

Montalvo, J.G. (2006), «Deconstruyendo la burbuja inmobiliaria», *Papeles de Economia Española,* 109, 44-75, 2006.

Montalvo, J.G. (2004), «Políticas públicas y precio de la vivienda», *Cuadernos de Información Económica,* 178, 60-65.

Montalvo, J.G. (2003), «La vivienda en España: desgravaciones, burbujas y otras historias», *Perspectivas de Sistema Financiero Español,* 78, 1-43.

Montalvo, J. G., y Mas, M. (2000), *La vivienda y el sector de la construcción en España*. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas.

Montalvo, J. G., y Raya, J. M. (2018), «Constraints on LTV as a macroprudential tool: a precautionary tale», *Oxford Economic Papers*. Oxford University Press, 70(3), pp. 821-845.

Munch, J. R.; Rosholm, M., y Svarer, M. (2006), «Are Homeowners Really More Unemployed?*», *The Economic Journal*. Blackwell Publishing Ltd, 116(514), pp. 991-1013. doi: 10.1111/j.1468-0297.2006.01120.x.

Olsen, E. O. (1982), *Role of Government in the Housing Sector*. University of Virginia.

— (1998) «Economics of rent control», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 28(6), pp. 673-678.

Ortega, E.; Rubio, M., y Thomas, C. (2011), *House purchase versus rental in Spain*. Banco de España. Available at: http://ideas.repec.org/p/bde/wpaper/1108.html.

Oswald, A. (1999), *The Housing Market and Europe's Unemployment: A Non-technical Paper**. Warwick: Warwick University. Available at: http://www.oxfordscholarship.com/10.1093/acprof: oso/9780199543946.001.0001/acprof-9780199543946-chapter-3.

Pareja, M., y San Martin, I. (2002), «The Tenure Imbalance in Spain: The Need for Social Housing Policy», *Urban Studies*, 39(2), pp. 283-295. doi: 10.1080/00420980120102975.

Raya, J., y Garcia, J. (2012), «Which Are the Real Determinants of Tenure? A Comparative Analysis of Different Models of the Tenure Choice of a House», *Urban Studies*, 49(16), pp. 3645-3662. doi: 10.1177/0042098012446998.

Raya, J. M., y Garcia Villar, J. (2006), «La fiscalidad sobre la renta y el régimen de tenencia de la vivienda: un análisis empírico para el caso español», *Papeles de economía española*, 109, pp. 198-213.

Raya, J. M., y Kucel, A. (2015), «Did Housing Taxation Contribute to Increase Riskier Borrowing?», *The Journal of Real Estate Finance and Economics*, pp. 1-24.

San Martín, I. (2000), «Accesibilidad de la vivienda en los países del área euro.», in *Problemas de acceso al mercado de la vivienda en la Unión Europea.* Tirant lo Blanch, pp. 179-204.

Sims, D. P. (2007), «Out of control: What can we learn from the end of Massachusetts rent control?», *Journal of Urban Economics*. Elsevier, 61(1), pp. 129-151.

WHITEHEAD, C. M. E. (1999), «Urban housing markets: theory and policy», *Handbook of regional and urban economics*. Elsevier, 3, pp. 1559-1594.

Sección 4

Vivienda como objeto de derechos

IV

GARANTÍAS EN EL ACCESO Y LA TENENCIA DE LA VIVIENDA

A. La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual

Loreto Carmen Mate Satué *
Profesora permanente laboral de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
matesatue@unizar.es

Resumen: *En este trabajo se pretende exponer la dificultad que tiene la adopción de medidas normativas estatales sobre la vivienda por el reparto competencial existente en esta materia con las Comunidades Autónomas. En el ámbito de los deberes de información precontractual, se analizan los aspectos positivos y negativos que presenta la regulación de estas obligaciones en el contrato de compraventa de vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda y, a falta de un régimen específico sobre las consecuencias en el ámbito negocial de su incumplimiento, se examina la posible adaptación de estos remedios tras la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda.*

* Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito del Proyecto «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (PID2021-125149NB-I00) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón sobre «Gestión Jurídica de Negocios, Instrumentos y Organizaciones Innovadores (LEGMIBIO)». El capítulo se adscribe, igualmente, a las actividades investigadoras del «Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS)».

Palabras clave: *Vivienda; compraventa de vivienda; información precontractual; remedios.*

Abstract: *This paper aims to expose the difficulties involved in adopting state regulatory measures regarding housing due to the existing distribution of competencies in this matter with the Autonomous Communities. In the area of pre-contractual information duties, it analyzes the positive and negative aspects of the regulation of these obligations in the real estate sale contract under the Law on the Right to Housing. In the absence of a specific regime regarding the consequences of non-compliance in the business realm, it examines the possible adaptation of these remedies through the approval of the Law on the Right to Housing.*

Keywords: *Housing; home purchase; pre-contractual information; regulatory remedies.*

Sumario: 1. Naturaleza y características del marco normativo de la información precontractual en la compraventa de viviendas. 1.1 La relación entre la normativa estatal y la autonómica en materia de información precontractual en la compraventa de vivienda. 1.2 El distinto ámbito subjetivo de aplicación del RD 515/1989 y de la LDV. 1.3 La inadecuación del tratamiento unitario de la obligación de información a la compraventa y el arrendamiento. 1.4 La articulación, la extensión y el contenido de la obligación de información precontractual en el contrato de compraventa de vivienda. 2. La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual: en especial, a través del Derecho de obligaciones y contratos. 2.1 La responsabilidad precontractual si el comprador no adquiere la vivienda por infracción del deber de información precontractual. 2.2 La integración del contrato: Código Civil, LGDCU y RD 515/1989. 2.3. La infracción de la obligación de información precontractual y los vicios en el consentimiento: error y dolo. 3. Breve recapitulación. Bibliografía.

1. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL MARCO NORMATIVO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS

La adquisición de una vivienda constituye para la mayoría de las personas el negocio más oneroso que van a celebrar en su vida. El objeto del contrato de compraventa se encuentra revestido de una complejidad técnica en cuanto a su estado, características, acabados, pero también jurídica, por el marco normativo aplicable en el que pueden converger normas

estatales y autonómicas y, porque con frecuencia, se plantea la necesidad de celebrar, simultáneamente, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la propia vivienda que se está adquiriendo.

Estas razones justifican que la información precontractual se convierta en el principal instrumento que tiene el consumidor para conocer la vivienda, compararla con otros inmuebles y formarse una opinión consciente sobre si le conviene o no, la celebración del contrato (1).

El marco normativo del deber de información precontractual en la compraventa de vivienda está compuesto, a nivel estatal, por la LGDCU cuando la compraventa de vivienda tenga la consideración de «relación de consumo» –en especial, los artículos 8 d), 18, 60, 64 y 89.3 (2)– y, específicamente en materia de vivienda por la LDV (arts. 30 y 31) y por el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (en adelante, RD 515/1989) (3). Por su parte, las Comunidades Autónomas que tienen asumida su competencia en materia de consumo y/o de vivienda, pueden en el ejercicio de su competencia dictar normas de aplicación directa en su territorio sobre este deber de información precontractual.

1.1 La relación entre la normativa estatal y la autonómica en materia de información precontractual en la compraventa de vivienda

La asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de vivienda y de consumo justifica el carácter supletorio que tiene en el ámbito de la compraventa de vivienda tanto el RD 515/1989 (*vid.* disposición adicional 2.ª) como la LDV (art. 1.1).

(1) *Vid.* Hita Fernández, M. C., *La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda,* Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43-44 y Cabanillas Sánchez, A., *La información al consumidor en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994, p. 70.

(2) Miranda Serrano, L. M., y Paniagua Zurera, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial» Miranda Serano, L. M. y Pagador López, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores,* Madrid, 2012, p. 92, advierten de que el Derecho de los consumidores parte de la preexistencia de una situación de asimetría, de desigualdad o de desequilibrio informativo que aumenta por la complejidad del tráfico jurídico y económico y que se trata de paliar con la imposición a los empresarios y profesionales de deberes de información precontractual basados en la buena fe.

(3) El RD 515/1989 y la LDV tienen carácter supletorio para las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia en materia de vivienda o protección a los consumidores. No obstante, en el RD 515/1989 no tienen carácter supletorio el artículo 3.2 y el artículo 10, equivalentes, al artículo 61 y 82 ss de la LGDCU, porque se consideran comprendidos en la competencia estatal exclusiva sobre Derecho civil (*vid.* disposición adicional segunda del RD 515/1989).

La aprobación de la LDV –y su carácter supletorio– ha requerido que las Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia de vivienda realicen adaptaciones en su normativa, en atención a las novedades que ha incorporado la LDV, por ejemplo, el concepto de «gran tenedor» [art. 3k) de la LDV] o la «zona de mercado tensionado» (art. 18 de la LDV). En concreto, en Cataluña que ha adoptado ambas novedades resultaba preciso realizar una adaptación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda. Esta adaptación se efectuó por el Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda –publicado en el DOGC, el 25 de abril de 2024–.

Este Decreto Ley 6/2024 modificaba la Ley 18/2007 en relación con las obligaciones de información en la oferta, el contenido del contrato de arrendamiento y los derechos de los arrendatarios para su adaptación a la LDV. No obstante, mediante Acuerdo de la Diputación permanente del Parlamento de Cataluña, en sesión celebrada el 23 de mayo de 2024, este Decreto Ley no fue convalidado y, en consecuencia, se derogó. Sin embargo, el Decreto Ley 1/2025, de 28 de enero de medidas urgentes en materia de contención de rentas, ha establecido adaptaciones sobre la información precontractual en el ámbito del arrendamiento. Entre otros, afecta al artículo 61 de la Ley 18/2007.

Por su parte, en Aragón existe un Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón[(4)]. En el Anteproyecto de esta Ley, los artículos 22 a 31 del se ocupaban de las obligaciones de información precontractual. El Anteproyecto estaba inspirado por la LDV (*vid.* artículo 22 del Anteproyecto y su similitud con el artículo 30 de la LDV), estableciendo previsiones más detalladas que la LDV, al atender a las especialidades sobre información para las viviendas en construcción (art. 24 del Anteproyecto), para la transmisión de viviendas ya terminadas (art. 25 del Anteproyecto), de viviendas promovidas por sociedades cooperativas (art. 26 del Anteproyecto), para segundas y posteriores transmisiones de vivienda (art. 27 del Anteproyecto), incluso en materia de información sobre préstamos hipotecarios y otras formas de financiación de la vivienda, y servicios accesorios (art. 31 del Anteproyecto). Además, hace una previsión específica para la obligación de información en el contrato de arrendamiento (art. 28 del Anteproyecto), que no tiene precepto análogo en la LDV.

En el Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón las previsiones del Anteproyecto se han visto reducidas a dos preceptos, el art. 54 sobre derecho a información pública y el art. 55 sobre información mínima en ope-

(4) El texto del Proyecto de Vivienda de Aragón, se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/1F3F67DCEDB0AF3DC1258C1A003AFFC3?OpenDocument [última consulta: abril de 2025].

raciones de compra y arrendamiento. En concreto el art. 55 del Proyecto recoge información exigida por el RD 515/1989 y por la LDV.

Este reparto competencial dificulta que el legislador pueda efectuar políticas homogéneas sobre vivienda a largo plazo, porque la LDV y el RD 515/1989 tiene carácter supletorio frente a la normativa autonómica en esta materia.

1.2 **El distinto ámbito subjetivo de aplicación del RD 515/1989 y de la LDV**

La siguiente cuestión que debe advertirse es la ampliación del ámbito subjetivo que realiza la LDV sobre los sujetos obligados a la información precontractual frente al RD 515/1989. Este Reglamento determina en el artículo 1, que será de aplicación a la oferta promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas, siempre que estos contratos se celebren en el seno de una «relación de consumo».

Esta previsión excluía de la obligación de información precontractual los contratos de compraventa celebrados entre particulares o entre empresarios o profesionales o, en los que el destino del inmueble estuviese vinculado con un propósito relacionado con la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión del comprador. La situación descrita propugnaba un cambio[(5)], que se ha materializado en el artículo 30.1 b) de la LDV.

El artículo 30.1 b) de la LDV ha ampliado la obligación de información precontractual en los contratos de compraventa de vivienda a los supuestos que no podían considerarse «relaciones de consumo», pues ha establecido como acreedores del deber de información «a las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute» y como deudores de este deber, salvando el silencio normativo existente hasta la aprobación de esta Ley[(6)]– a «todos los agentes que, operando en el sector de la edificación y rehabilitación de viviendas y la prestación de servicios inmobiliarios, que se encuentren facultados para la transmisión, el arrendamiento y la cesión de las viviendas en nombre propio o por cuenta ajena». A modo ilustrativo, el precepto enumera a los promotores, personas propietarias y otras titulares de derechos reales, agentes inmobiliarios y administradores de fincas.

(5) En esta línea, se ha pronunciado Martens Jiménez, I., «Propuestas de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, 2021, p. 93.

(6) *Vid.* Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda: a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo,* Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 101 ss.

La ampliación de los sujetos obligados a proporcionar información precontractual en el contrato de compraventa permite, además, dar por concluido el debate[7] sobre si los contratos celebrados entre particulares en los que interviene para su formalización un agente de la propiedad inmobiliaria, estaban sujetos a la normativa de protección de consumidores y, por tanto, eran deudores de la obligación de información precontractual *ex* LGDCU y RD 515/1989.

1.3 **La inadecuación del tratamiento unitario de la obligación de información a la compraventa y el arrendamiento**

Si bien hay preceptos del RD 515/1989 que se aplican indistintamente a los contratos de compraventa y de arrendamiento (*vid.* artículos 3, 4 y 10 del RD 515/1989), este Reglamento con buen criterio establece previsiones especiales aplicables a la celebración de contratos de compraventa de vivienda (*vid.* artículos 5, 6 y 9 del RD 515/1989). Esta diferenciación entre modalidades contractuales se establece igualmente para la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en la que se regula la información precontractual en la venta dentro del artículo 60 y la relativa al arrendamiento en el artículo 61. En cambio, en el Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón, el artículo 55 hace referencia de forma unitaria a la información mínima en operaciones de compra y arrendamiento.

La distinción entre modalidades contractuales resulta esencial porque la carga económica y la duración de un contrato de compraventa y de un contrato de arrendamiento no resultan equiparables. Estas diferencias justifican que no se deba proporcionar una información homogénea para los dos tipos de contratos. A modo ejemplificativo, el RD 515/1989 establece obligaciones específicas de información para la promoción de venta de vivienda, sobre la información del precio de venta o cuando la vivienda no se encuentra terminada. Por su parte, la Ley 18/2007 adecúa el contenido de la información a suministrar según el tipo de contrato que vaya a celebrarse.

---

(7) Se muestra partidaria de reconocer esta obligación de información precontractual a los agentes de la propiedad inmobiliaria Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, p. 130. Mientras que, Caballé Fabra, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Valencia, 2020, pp. 361-363, rechaza que en los supuestos en los que únicamente el vendedor o arrendador o, únicamente, el comprador o arrendatario contratan los servicios de intermediario inmobiliario, puedan considerarse una «relación de consumo».

En cambio, la LDV en su artículo 31 establece, sin perjuicio de la normativa autonómica de aplicación, una serie de información unitaria que se debe proporcionar bajo requerimiento de la persona interesada en la compra o en la celebración de un contra arrendamiento de una vivienda. Esta previsión normativa no atiende a las especificidades de cada tipo de contrato y, además, la información que se enumera en el precepto resulta más coherente respecto al contrato de compraventa que para el contrato de arrendamiento. Esta valoración resulta también extensiva a la previsión contenida en el artículo 55 del Proyecto de Ley de vivienda en Aragón.

1.4 La articulación, la extensión y el contenido de la obligación de información precontractual en el contrato de compraventa de vivienda

La primera cuestión que debe atenderse cuando hacemos referencia al contenido del deber de información precontractual en el contrato de compraventa es que el deudor de esta obligación únicamente está obligado a tener la información a disposición del público o de las autoridades competentes (*vid.* artículos 4 a 7 del RD 515/1989) o, a proporcionarla bajo requerimiento de la persona interesada en la celebración de un contrato de compraventa o de arrendamiento (art. 31.1 de la LDV).

A la luz de estos preceptos, se plantea si el deudor de la obligación de información precontractual adopta una situación de pasividad en el suministro de la información precontractual. De modo que, se convertiría en una obligación limitada porque la citada normativa exige a los agentes que intervienen en la operación de compraventa adopten una actitud activa en el suministro de la información, solo están obligados a prestarla en la medida en la que se les requiera la información establecida normativamente. Hasta la aprobación de la LDV, se había defendido que en tanto que el artículo 60.1 párrafo primero de la LGDCU dispone el deber del empresario de «facilitar de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas», el RD 515/1989 debía interpretarse a la luz de lo referido en la LGDCU y, por tanto, podría serle exigible al deudor un comportamiento activo en el suministro de la información[8]. Sin embargo, esta interpretación no encaja con el tenor del artículo 31.1 de la LDV.

Propiamente, en la LDV dentro de los derechos e información básica a suministrar en las operaciones de compraventa –y, también de arrenda-

(8) *Vid.* Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, p. 137.

miento–, se establece como derechos de las personas demandantes de vivienda, el de recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición [art. 30.1 b) de la LDV]. Este artículo se sitúa en la línea de lo dispuesto con carácter general en el artículo 60.1 párrafo segundo de la LGDCU. Sin embargo, especifica en el ámbito de la compraventa y el arrendamiento de vivienda esta exigencia prevista con carácter general en la LGDCU para las «relaciones de consumo».

Otro de los aspectos sobre los que es necesario prestar atención es que la ampliación del ámbito subjetivo de la obligación de información contractual limitado exclusivamente a las «relaciones de consumo» en el RD 515/1989 se ha ampliado a cualquier tipo de contrato de compraventa por la LDV. Esta cuestión que resulta positivamente valorable, presenta un óbice que es la idéntica extensión de este deber en la LDV a los vendedores profesionales que a los particulares que no actúan dentro de su ámbito profesional o empresarial. A *priori,* parecería más razonable que la extensión del deber de información precontractual fuera mayor en los primeros que en los segundos. Incluso, a tenor de la literalidad del artículo 60 de la LGDCU y del artículo 30.1 b) de La LDV, la posibilidad de exigir a los operadores profesionales que suministren una información comprensible y adaptada a las circunstancias, sin que, en ningún caso, suponga la limitación o reducción del contenido de la información que normativamente debe suministrarse.

La articulación del artículo 30.1 a) de la LDV sobre el reconocimiento de la obligación de información no resulta adecuada en términos de técnica legislativa. Este apartado señala que son derechos de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia o disfrute, los reconocidos en el texto refundido de la LDCU y en la legislación autonómica aplicable. En mi opinión, esta previsión permite plantear la posibilidad de reconocer extensivamente a cualquier sujeto demandante de vivienda, todos los derechos reconocidos para los consumidores en el TRLGDCU y, no exclusivamente el derecho de información precontractual en los términos del artículo 60 de la LGDCU[9].

Esta interpretación tiene su base en que el artículo 30.1 b) de la LDV regula el derecho a recibir información completa, objetiva, veraz, acce-

(9) En contra de esta postura Argelich Comelles, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Navarra, 2023, p. 179 y Martens Jiménez, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 542-543.

sible sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición, arrendamiento, cesión o uso, en términos muy similares al artículo 60 de la LGDCU. De modo que si consideramos que el artículo 30.1 a) de la LDV se circunscribe a la información precontractual en la LGDCU, el apartado b) del referido artículo no dejaría de ser una reiteración del mismo derecho, que no justificaría la incorporación de una letra distinta en el precepto de la LDV.

El panorama descrito abre el debate de si el reconocimiento de los derechos del LGDCU a otras relaciones contractuales que no tienen la consideración de consumo, en el ámbito de los contratos de compraventa sobre viviendas, obedece realmente a una voluntad del legislador o se trata de una deficiencia de técnica legislativa.

Hay que tener en cuenta que, si bien el RD 515/1989 y la LDV enumeran el contenido de la información que debe proporcionarse al demandante de una vivienda con el objetivo de contribuir a la correcta formación de su voluntad negocial, el cumplimiento de estos deberes formales no garantiza que la prestación del consentimiento sea consciente y voluntaria[10]. Esta cuestión va a tener incidencia, en los remedios que articula el ordenamiento jurídico para su incumplimiento, anticipando en este momento que no es razonable articular un consentimiento contractual, exclusivamente sobre el cumplimiento de obligaciones formales de información precontractual.

Para justificar esta afirmación debemos hacer una categorización conjunta del contenido de los deberes de información precontractual exigibles al amparo del RD 515/1989 y de la LDV, pudiendo agruparse esta información a suministrar en cuatro categorías.

Una primera categoría agruparía los datos relativos a la identificación de las partes intervinientes, es decir, del vendedor o persona física o jurídica que intervenga como intermediaria en la operación, lo que resulta esencial no solo para identificar al sujeto deudor de la información precontractual sino también, para en caso de incumplimiento, poder atribuir la correspondiente responsabilidad. La segunda categoría gira en torno a las condiciones económicas de la operación, así es necesario informar sobre el precio total, los conceptos incluidos y las condiciones de financia-

(10) Pertíñez Vílchez, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 381. En la misma línea, Carrasco Perera, A.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas», *Derecho de la construcción y la vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 7.ª edición, p. 568 mantienen que los contenidos informativos de los artículos 4-8 del RD 515/1989, están sujetos al deber de que se «encuentren a disposición» del público, sin que su incumplimiento conlleve más que una sanción administrativa de consumo.

ción o pago. La información sobre el precio de la compraventa de la vivienda está especialmente regulada en el artículo 6 del RD 515/1989.

En una tercera categoría, podríamos agrupar las características esenciales de la vivienda. A tal efecto debe proporcionarse la cédula o certificado de habitabilidad y de eficiencia energética, así como proporcionar información sobre la superficie útil y la construida, la antigüedad del edificio y las principales reformas o actuaciones realizadas, los servicios e instalaciones de la vivienda y del edificio y el estado de ocupación o disponibilidad de la vivienda. En concreto, el artículo 31 de la LDV exige que el deudor de la obligación de información amplíe la misma cuando concurren en la vivienda determinadas situaciones: si la vivienda está protegida, si el edificio posee protección arquitectónica. Además, la persona interesada podrá requerir información sobre la detección de amianto u otras sustancias peligrosas o nocivas para la salud. Como cláusula de cierre se prevé que deba suministrarse cualquier otra información relevante sobre aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial o administrativo.

La cuarta categoría la constituiría la información sobre los aspectos jurídicos del inmueble. En este sentido, el deudor de la obligación de información deberá proporcionar la identificación registral de la finca con referencias a las cargas, gravámenes y afecciones de cualquier naturaleza y cuota de participación fijada en el título de la propiedad.

2. LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL: EN ESPECIAL, A TRAVÉS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Además de las deficiencias apuntadas en apartados anteriores, ni el RD 515/1989 ni la LDV establecen en su articulado las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de información precontractual, en el ámbito de la compraventa de vivienda. Ante esta situación debemos acudir a los remedios jurídicos establecidos con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, resulta necesario diferenciar, por un lado, la respuesta desde el Derecho Público y, por otro, su incidencia en el Derecho Privado y, en concreto, en el ámbito negocial.

En el ámbito del Derecho Público, si el contrato de arrendamiento tiene la consideración de «relación de consumo» y, por tanto, está sujeto al cumplimiento de la LGDCU, del RD 515/1989 y de la LDV, su infracción podrá

ser objeto de sanción administrativa[11] *ex* artículo 47 g) de la LGDCU, por la Administración de consumo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudiesen corresponder (*vid.* artículo 46.1 de la LGDCU). En contraposición, cuando no estemos ante una relación contractual que pueda calificarse como «relación de consumo», su infracción no estaría sujeta a este tipo de sanciones administrativas[12].

En la esfera de Derecho privado, para abordar los posibles remedios frente a la infracción de la obligación de información precontractual en un contrato de compraventa de vivienda, hay que advertir que la información exigible al amparo del RD 515/1989 y de la LDV, es una información destinada a incidir en la correcta formación de la voluntad y si bien, puede tener consecuencias en el plano negocial, su incumplimiento no debe comportar *per se* la nulidad del contrato, porque no se trata de normas que prohíban un determinado negocio o un determinado contenido contractual.

A continuación, vamos a exponer las posibles vías aplicables frente al incumplimiento de este tipo de obligaciones precontractuales en un contrato de compraventa de vivienda. Si el vendedor a sabiendas y con ánimo de lesionar los intereses del consumidor le suministra información falsa o inexacta, el comprador podrá integrar el contenido exigible o anular el contrato por dolo. En cambio, si el vendedor omite total o parcialmente información relevante, el comprador podrá bien integrar las omisiones del contrato o, anularlo por error o dolo omisivo. Si el contrato no ha llegado a celebrarse por infracción del deber de información precontractual, sería posible plantear una reclamación por responsabilidad precontractual.

2.1 **La responsabilidad precontractual si el comprador no adquiere la vivienda por infracción del deber de información precontractual**

En el supuesto de que el demandante de la vivienda no adquiriera la vivienda por infracción de los deberes de información precontractual, sería

(11) Sobre la respuesta del ordenamiento jurídico en el Derecho Privado, López Maza, S., «Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 462-463. Pertiñez Vílchez, F., «Información precontractual obligatoria…» *op. cit.* 2013, pp. 381-382 afirma que las normas que imponen al empresario deberes de información precontractual, son normas administrativas y, por tanto, la consecuencia de su incumplimiento tiene que ser una sanción administrativa, Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, p. 199.

(12) *Vid.* Molina Roig, E., «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», *Actualidad civil*, núm. 5, 2023, p. 2 (según numeración del pdf), como alternativa a esta situación, plantea que las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus competencias, articulen un régimen sancionador.

posible plantear contra el deudor de esta obligación una demanda de responsabilidad extracontractual[13], porque no se ha celebrado el contrato.

Para la admisión de este remedio será necesario, en primer lugar, la concurrencia de un comportamiento negligente derivado de la infracción por parte del deudor de la obligación normativa de información precontractual. A tal efecto, es necesario advertir que, el demandante, en ocasiones, tendrá dificultades para probar este extremo[14]. Este obstáculo podría quedar sorteado, en parte, si el deudor de la obligación ha sido sancionado administrativamente por infracción de esta obligación.

Además, será preciso la existencia de una relación contractual entre la infracción del deber de información precontractual y el daño causado, el cuál en todo caso deberá concurrir para que la reclamación prospere. En este sentido, el daño se articula como el pilar básico de la responsabilidad, en el sentido de que su ausencia supondrá el rechazo de la reclamación. En el caso concreto, el daño estará constituido por el *interés contractual negativo*, cuyo fundamento se encuentra en la frustración contractual y se ha identificado con los costes y pérdidas derivadas de no haber recibido la prestación en tiempo y forma[15].

2.2 **La integración del contrato: Código Civil, LGDCU y RD 515/1989**

El fundamento de este remedio encuentra su base cuando la relación contractual tiene la consideración de «relación de consumo», en los artículos 61 y 65 de la LGDCU y en el artículo 3.2 del RD 515/1989 y, con carácter general, en el artículo 1258 del CC, que permite la integración del contracto conforme a la buena fe, al uso y a la Ley[16].

---

(13) *Vid.* Asúa González, C. I., *La culpa in contrahendo: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Leioa, 1989 ssTS (1.ª), de 16 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4308) y 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978).

(14) Sobre las dificultades que tiene el demandante para demostrar la infracción de los deberes de información precontractual plantea Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, pp. 238 ss., la posibilidad de invertir la carga de la prueba de este extremo sobre la base de la imposición al vendedor bien por imperativo legal o en virtud del principio de buena fe. En este sentido, la autora expone distintos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se afirma que la carga de la prueba sobre la información suministrada debe recaer sobre el agente de la propiedad inmobiliaria que ha participado en la gestión de la venta.

(15) Delgado Echeverría, J., «Incumplimiento de la obligación» Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Barcelona, 1994, p. 208.

(16) Rubio Torrano, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 465, reflexiona sobre cómo el artículo 1258 del CC generalizó a todos los contratos la exi-

En el ámbito de aplicación a cualquier contrato, se atribuye al artículo 1258 del CC, una «eficacia normativa directa»[17], de modo que no es necesario que exista una laguna contractual, sino que es suficiente con que haya un acuerdo contractual en el que se deberá atender expresamente a lo pactado y a lo que se derive de las fuentes heterónomas de integración del contrato. Además, se considera que la integración del contrato conforme a la publicidad es posible *ex* artículo 1258 del CC, en atención al principio de buena fe que reza el precepto [*vid.* STS (1.ª), de 27 de enero de 1977 (RAJ 1977, 121)][18].

Si bien el artículo 1258 del CC puede aplicarse a cualquier relación contractual, incluidos los contratos entre empresarios[19], lo cierto es que en la práctica de los tribunales no se ha localizado ninguna resolución en este sentido. Es habitual, en cambio, la aplicación de este precepto en supuestos de relaciones de compraventa entre empresarios y particulares en los que se frustran las expectativas de los segundos porque la entrega de la vivienda no cumple con las características expuestas en la publicidad. A modo ejemplificativo, pueden citarse, entre otras, las SSTS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2091), 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7300), 23 de julio de 2013 (RJ 2013, 5007), 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5688)[20].

En los casos en los que la relación contractual de compraventa de vivienda tiene la consideración de «relación de consumo», pueden aplicarse los artículos 61 y 65 de la LGDCU y el artículo 3.2 del RD 515/1989. En cualquier caso, para que la integración del contrato se produzca es necesario que la publicidad incorpore un contenido informativo y no meramente sugestivo o laudatorio, pues en estos casos no podría extraerse ninguna conclusión sobre el contenido de la prestación que eventualmente pueda contratarse[21].

Dentro de la LGDCU, el artículo 61.2 de la LGDCU está previsto para la integración al contrato del contenido de la oferta, promoción o publici-

---

gencia de la buena fe como fuente de vinculación contractual, más allá de los límites del dolo y de la culpa, sin excluir el papel de la buena fe en la interpretación de los contratos.

(17) *Vid.* Ataz López, J., «La buena fe contractual», Bercovitz, R., *Tratado de los contratos,* Tomo I, Valencia, 2009, p. 168 y Lasarte Álvarez, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1, 1980, p. 73.

(18) *Vid.* Gómez Calle, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 75 y Montes Rodríguez, M. P., «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 2018, pp. 218-259.

(19) Esta postura es defendida por Carrasco Perera, A., *Derecho de los contratos*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 485.

(20) En el ámbito de las Audiencias Provinciales, podemos destacar, entre otras, las SSAP de Asturias (5.ª), de 23 de diciembre de 2011 (AC 2012, 66), Castellón (1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (AC 2006, 395), cuyo fundamento descansa tanto en el artículo 1258 del CC como en la LGDCU.

(21) *Vid.* Carrasco Perera, A.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas» *op. cit.,* 2012, p. 565.

dad, en relación a las condiciones propias del bien, las condiciones jurídicas y económicas y las garantías ofrecidas. En esta línea, se pronuncia también el artículo 3.2 del RD 515/1989, al prever la integración en el contrato del contenido incluido en la oferta, promoción y publicidad. En cambio, el artículo 65 de la LGDCU posee un carácter más genérico y no limitado a la integración conforme al contenido de la oferta, promoción o publicidad, pues señala que los contratos con consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva y, reconoce expresamente que esta integración tendrá cabida en «los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

Este remedio de la integración del contrato conforme al contenido de la oferta, promoción o publicidad, plantea una cuestión que no se encuentra resuelta normativamente y, es el supuesto de que la oferta, promoción o publicidad que justifique la integración del contrato no haya sido efectuada por el profesional o empresario que vende la vivienda, sino por un tercero. En este sentido, el artículo 61.2 de la LGDCU y el artículo 3.2 del RD 515/1989 establecen la exigibilidad del contenido de la oferta, promoción o publicidad, pero sin distinguir si ésta proviene del vendedor o de un tercero contratado para el anuncio o publicidad de la venta.

Con carácter general, se considera que la oferta, promoción o publicidad efectuada por un tercero es exigible al profesional o empresario encargado de la venta de la vivienda cuando concurran dos circunstancias. La primera, es que la información promocionada sea conocida o cognoscible para este profesional o empresario y no sea manifiestamente excluida de su aplicación al contrato, lo que sucederá cuando el contenido del contrato sea contrario a lo prometido en la publicidad o, cuando éste haya podido ser discutido y negociado individualmente. El segundo aspecto, es que se refiera a un bien comercializado por el profesional o el empresario[22].

En el supuesto descrito se plantea si cabría algún tipo de responsabilidad frente al tercero contratado para el anuncio o publicidad de la venta que ha realizado unas declaraciones sobre el bien que no responden o no respetan el principio de veracidad. Si bien se ha considerado que entre el demandante de la vivienda y el tercero encargado de la publicidad no existe una relación contractual, que permitiera fundar una pretensión por responsabilidad contractual; lo cierto es que se ha planteado la existencia de unos «lazos contractuales», sobre la base de que el demandante de vivienda ha confiado en la información publicitada.

Ante esta situación, si bien el artículo 61 de la LGDCU no permitiría excluir la posible responsabilidad del tercero anunciante por el principio

(22) *Vid.* Rubio Torrano, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual» *op. cit.,* 2013, pp. 467-468.

pro consumatore que declara el precepto, lo cierto es que la mayoría de remedios contractuales frente a la infracción del tercero anunciante no serán de utilidad frente al comprador de la vivienda.

2.3 La infracción de la obligación de información precontractual y los vicios en el consentimiento: error y dolo

La compraventa es el contrato en el que resulta más habitual que prosperen los vicios en el consentimiento y, en particular, sobre la vivienda por la interpretación que los órganos judiciales han realizado sobre «la sustancia de la cosa». La obligación legal de información precontractual plantea una situación contrapuesta respecto a su incidencia en los vicios del consentimiento. Por un lado, obliga a que se amplíen notoriamente los supuestos del dolo omisivo, cuando el vendedor está obligado a suministrar una información y voluntariamente la omite. Por otro, puede comportar la calificación de que el error del comprador sea «inexcusable», al recaer en un aspecto sobre el que el consumidor ha sido realmente informado[23].

A continuación, vamos a hacer referencia, en primer lugar, al error como vicio del consentimiento *ex* artículo 1266 del CC. En los contratos onerosos y la compraventa es el paradigma, resulta preciso aunar, la importancia de la voluntad real de los contratantes con otras circunstancias como la economía del contrato, la seguridad del tráfico y la conducta de las partes[24]. Ante esta situación para que el error sea anulatorio del contrato, debe ser «esencial o sustancial» y «excusable» para quien lo alega.

La esencialidad del error se deriva del artículo 1266 del CC. Esta esencialidad debe ser valorada atendida la finalidad del contrato, cuando su objeto carece de alguna de las condiciones que justificaron su celebración. En el ámbito de la compraventa de vivienda se ha considerado que el error es esencial cuando afectan a las circunstancias jurídicas del inmueble, tales como su condición de vivienda sujeta al régimen de protección oficial, cuando concurren determinadas circunstancias urbanísticas que resultan relevantes o, cuando existe error sobre la titularidad del bien.

El segundo de los requisitos es que el error sea excusable, si bien este requisito no aparece contenido en el artículo 1266 del CC, se concreta en la

(23) *Vid.* Marín López, M. J., «Presentación», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 347.

(24) *Vid.* Asúa González, C. I., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de compraventa», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 351-352. En esta línea, afirma Carrasco Perera, A., *Derecho de los contratos, op. cit.*, 2010, p. 288, que como regla general el error contractual no anula el contrato si la otra parte se ha comprometido de buena fe y por precio.

idea de que quien alega el error no pudo evitarlo con el empleo de una diligencia de grado medio (o principio de autorresponsabilidad). Sobre esta base, se considera que el ordenamiento jurídico no debe de proteger a quien con su conducta descuidada ha favorecido el padecimiento de un error. Es en relación con este segundo requisito, el que nos obliga a reflexionar en torno al papel de los deberes de información precontractual.

La imposición de deberes de información precontractual en los que se exige que se proporcione al demandante de la vivienda una información completa sobre las condiciones de la compraventa –identificación de las partes intervinientes, condiciones económicas de la operación, características esenciales de la vivienda y aspectos jurídicos del inmueble–, debería necesariamente incidir en la valoración del requisito de la excusabilidad. Así, cuando el error se derive del incumplimiento de los deberes de información, pueda afirmarse que existe un error relevante a efectos de anular el contrato, pues el deudor de esta obligación de información precontractual no ha informado correctamente, bien porque facilitó datos falsos bien porque omitió datos ciertos (25).

Esta postura es, no obstante, matizada en algunos casos por considerar que la imposición de los deberes de información precontractual no comporta que el demandante de la vivienda se convierta en un sujeto pasivo, al que toda la información debe serle procurada y que no deba efectuar ninguna actuación tendente a recabar datos que le permitan tomar una decisión consciente sobre si le conviene o no, la celebración del contrato (26). En ese sentido, la facilidad del comprador para acceder a la información influye en la valoración del error como excusable o inexcusable. A modo ejemplificativo, algunos de los errores que se alegan como vicios del consentimiento en el contrato de compraventa de vivienda podrían disiparse en el caso de que el comprador hubiera consultado el Registro de la Propiedad o los planes urbanísticos que tienen naturaleza normativa (27).

El requisito de la excusabilidad nos obliga también a reflexionar sobre el grado de diligencia que debe exigírsele al profesional que interviene en la celebración del contrato En concreto, sobre el alcance de su obligación de información y su incidencia en la valoración del error. El nivel de diligencia exigible a los profesionales habrá de determinarse conforme al artículo 1104 del CC, de modo que podrá requerírseles una mayor diligencia acorde a esta circunstancia, al ponerse de

(25) En esta línea, Gómez Calle, E., *Los deberes precontractuales…*, *op. cit.,* 1994, p. 31.

(26) Advierte de esta cuestión Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, p. 215.

(27) *Vid.* Busto Lago, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 168.

relieve el carácter marcadamente protector que tiene en estos supuestos el error[28].

El otro vicio del consentimiento aplicable en este ámbito es el dolo *ex* artículo 1269 del CC. Según este precepto, «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Este vicio del consentimiento puede plantearse como una de las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción de los deberes precontractuales de información[29].

La concurrencia del dolo como vicio del consentimiento requiere, por un lado, de un medio o acto externo que implique engaño (elemento objetivo del dolo) y una voluntad o deseo de producir un resultado dañoso (elemento subjetivo del dolo). En relación con el elemento objetivo del dolo, este puede proceder tanto de conductas positivas como omisivas. Se puede proporcionar una información que no cumpla con el principio de veracidad consagrado en los artículos 60.1 de la LGDCU y 30.1 b) de la LDV u omisiva, consistente en no suministrar la información solicitada, cuando existe una obligación legal de información.

El segundo de los requisitos del dolo es el ánimo de engañar por parte de quien realiza la actuación activa u omisiva. A tal efecto, en las compraventas entre particulares cuando no se proporcionan datos relativos al contrato por desconocimiento, se considera que no concurría el «*animus decipiendi*» necesario para apreciar la existencia de dolo. La razón radicaba en que, en estos casos, la obligación de informar no se derivaba de una obligación legal, sino del principio de buena fe contractual[30]. En contraposición, cuando en la celebración de un contrato de compraventa de vivienda interviene un profesional, el deber de información precontractual no se deriva de la buena fe, sino que se trata de una obligación de naturaleza legal. Así, la ignorancia que el profesional pueda tener sobre ciertas condiciones del contrato o de las circunstancias de la vivienda debe suplirla con una actuación activa, puesto que los profesionales dedicados a la intermediación tienen obligación de informarse y de informar sobre la vivienda que venden[31]

Esta distinción debería desaparecer tras la aprobación de la LDV, porque como se ha expuesto *ut supra,* la ampliación del ámbito subjetivo de

(28) *Vid.* Morales Moreno, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1998, p. 228.

(29) *Vid.* Rojo Auría, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p. 287.

(30) Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual…, op. cit.,* 2010, pp. 226-228.

(31) Caballé Fabra, G., *La intermediación inmobiliaria op. cit.* 2020, pp. 367-369 mantiene que el mediador o del corredor inmobiliario tiene una función principal que es la de mediar entre las partes para la celebración del contrato, pero entre sus obligaciones complementarias, se encuentra el deber de información y, especialmente, dentro de la fase de formación del contrato.

las obligaciones de información precontractual hace que actualmente este deber de información resulte exigible a relaciones que no tienen la consideración de «relaciones de consumo». De modo que, en los supuestos de compraventa entre particulares, estas obligaciones de información no se derivan ya de la buena fe contractual sino de una obligación legal, de tal forma que sería más difícil justificar la inexistencia del «*animus decipiendi*»; sin perjuicio, de que considero que el alcance de esta obligación no debería ser igual en el caso de que intervenga un profesional que si lo hace un particular.

Por último, para que la concurrencia de dolo constituya un vicio del consentimiento que justifique la anulación del contrato, es necesario que provoque en el adquirente de la vivienda una representación falsa de la realidad que le induzca a formalizar una contratación que, de otro modo, no efectuaría. Así, es necesario, además, que el error sea esencial y grave y, que no sea excusable.

Una vez expuestos los remedios que desde el ámbito negocial puede tener el incumplimiento de los deberes de información precontractual en la compraventa de vivienda, debemos señalar que es posible la compatibilidad de remedios salvo cuando las pretensiones sean incompatibles o posean idéntico fundamento. Hubiera sido adecuado que la LDV hubiera establecido en el ámbito de las obligaciones de información precontractual, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de estas obligaciones, estableciendo al menos, un régimen sancionador y en el ámbito negocial, remedios específicos con el objetivo de dotar a las obligaciones de información precontractual de la virtualidad que merecen para articular la voluntad contractual de las partes y, en especial, del adquirente.

3. BREVE RECAPITULACIÓN

En las líneas precedentes hemos intentado poner de relieve la dificultad que supone el desarrollo de normativo de los deberes de información precontractual sobre una materia como es la vivienda, por el carácter supletorio que tiene la normativa estatal, en virtud de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, en materia de vivienda, pero también en consumo. Esta situación complica que prosperen unas políticas de vivienda a largo plazo bajo unos principios generales homogéneos para todo el territorio español, entre los que se encuentra la información precontractual como medio para la articulación de la voluntad contractual.

La LDV ha suplido algunas de las deficiencias que en el ámbito de las obligaciones precontractuales de información planteaba el RD 515/1989 y

que eran reivindicadas por la doctrina, tales como, la ampliación de su exigibilidad a supuestos que no tienen la consideración de «relaciones de consumo» o, la concreción de quien ostenta la consideración de deudor de la obligación de información (*vid.* artículo 30.2 de la LDV). No obstante, existen otros aspectos de esta Ley que no merecen una opinión positiva. Entre ellos, podemos destacar el tratamiento unitario que se hace al contenido de la información a proporcionar tanto para la compraventa como para el arrendamiento de vivienda. También, la articulación efectuada en torno a la obligación del deudor respecto al suministro de información bajo requerimiento del acreedor y el silencio sobre la conducta más o menos activa que se espera del acreedor. En mi opinión, la redacción del apartado 1 del artículo 30 de la LDV relativo a los derechos de las personas demandantes de vivienda puede llevar a una extensión indeseada de los derechos de los consumidores a relaciones que no son de consumo y, por último, considero que el legislador debería haber efectuado una distinción en el contenido y alcance de estas obligaciones en función de si la formalización del contrato se realiza entre particulares o interviene un profesional.

Por último, hubiera sido recomendable que la LDV estableciese previsiones específicas para el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual, en el ámbito del derecho sancionador pero, sobre todo, en el plano negocial. El silencio del legislador nos obliga a utilizar los remedios generales de las obligaciones y de los contratos. No obstante, la ampliación de la exigibilidad de las obligaciones de información precontractual a las relaciones entre particulares, va a condicionar una evolución en la aplicación de estos remedios. En concreto, debería adquirir mayor protagonismo el artículo 1258 del CC para la integración del contrato y, en relación a los remedios vinculados a le existencia de vicios en el consentimiento, será necesario adaptar los aspectos de la excusabilidad del error y la interpretación del «*animus decipiendi*» en el dolo.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda: a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo*, Navarra, 2010.

Argelich Comelles, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Navarra, 2023.

Asúa González, C. I., *La culpa in contrahendo: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos),* Leioa, 1989.

— «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de compraventa», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* vol. 1, 2013, pp. 349-359.

Ataz López, J., «La buena fe contractual», BERCOVITZ, R., *Tratado de los contratos,* Tomo I, Valencia, 2009, pp. 167-171.

Busto Lago, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Navarra, 2010.

Caballé Fabra, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Valencia, 2020.

Cabanillas Sánchez, A., *La información al consumidor en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994.

Carrasco Perera, A., *Derecho de los contratos,* Navarra, 2010.

Carrasco Perera, A.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas» en *Derecho de la construcción y la vivienda*, Navarra, 2012, 7.ª edición, pp. 555-592.

Delgado Echeverría, J., «Incumplimiento de la obligación» Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Barcelona, 1994, pp. 169-216.

Gómez Calle, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994.

Hita Fernández, M. C., *La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda,* Navarra, 2017.

Lasarte Álvarez, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *Revista de Derecho Privado,* núm. 64, 1, 1980, pp. 50-78.

López Maza, S., «Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* vol. 1, 2013, pp. 451-463.

Marín López, M. J., «Presentación», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 347.

Martens Jiménez, I., «Propuestas de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, 2021, pp. 49-101.

— «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 506-557.

Miranda Serrano, L. M., y Paniagua Zurera, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», Miranda Serano, L. M. y Pagador López, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, pp. 63-98.

Molina Roig, E., «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», *Actualidad civil*, núm. 5, 2023.

Montes Rodríguez, M. P., «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 2018, pp. 218-259.

Morales Moreno, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1998.

Pertíñez Vílchez, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 379-387.

Rojo Auría, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994.

Rubio Torrano, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 465-470.

B. Garantías por pagos a cuenta

Jesús Estruch Estruch
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia
Jesus.estruch@uv.es

Resumen: *La Disposición Adicional Primera LOE impone varias obligaciones a los promotores que exijan a los compradores pagos anticipados a cuenta del precio final durante la construcción de la vivienda. Así, deberán garantizar la devolución de estas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido y, además, deberán percibir los anticipos a través de una cuenta especial abierta en una entidad de crédito que, bajo su responsabilidad, deberá comprobar que se han otorgado las garantías legales. El capítulo estudia el régimen jurídico de estas garantías: ámbito subjetivo y material de aplicación, cantidades que deben asegurarse, responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos y de las entidades garantes, etc.*

Palabras clave: *Viviendas en construcción, cantidades anticipadas y garantías.*

Abstract: *The First Additional Provision of the LOE (Spanish building act) imposes several obligations on developers who require buyers to make advanced payments on account of the final price during the construction of*

a dwelling. Thus, they must guarantee the return of these amounts in the event that construction does not begin or is not completed within the agreed time frame. Additionally, they must receive the advance payments through a special account opened with a credit institution, which, under its responsibility, must verify that the legal guarantees have been granted. This chapter studies the legal regime of these guarantees: subjective and material scope of application, amounts to be secured, liability of the credit institution receiving the advances and of the guarantors, etc.

Keywords.– *Housing under construction, advance payments, guarantees.*

Sumario: 1. La situación del comprador de viviendas en construcción y la Ley 57/1968, de 27 de julio. 2. Regulación actual: la Disposición Adicional Primera LOE. 3. Garantías establecidas en la DA 1.ª 4. Personas obligadas al otorgamiento de las garantías. 5. Adquisiciones de viviendas a las que se les aplican las garantías. 5.1 Finalidad residencial propia o familiar de la adquisición. 5.2 Pacto expreso para la aplicación de las garantías cuando la finalidad de la adquisición sea negocial. 5.3 Compras realizadas por sociedades mercantiles. 5.4 La cuestión en la regulación vigente. 6. Cantidades que deben quedar garantizadas. 7. Los intereses garantizados: plazo de garantía, naturaleza jurídica y cuantía. 8. Momento en el que surge la obligación de entregar las garantías al adquirente. 9. Percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial. 9.1 Ingreso en una cuenta especial. 9.2 Responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos. 9.3 Descuento de letras de cambio aceptadas por los adquirentes. 10. Garantías que deben otorgarse: seguro de caución o aval solidario. 10.1 Títulos colectivos o individuales. 10.2 Cuestiones relativas al seguro de caución y a su reclamación. 10.3 Cuestiones relativas al aval solidario y a su reclamación. 10.3.1 Reclamación previa al promotor. 10.3.2 Caducidad del aval. 11. Supuestos en los que el adquirente puede exigir la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas. 12. La concesión de prórroga por el adquirente. 13. Cancelación de las garantías. 14. Imperatividad de la regulación contenida en la DA 1.ª Bibliografía.

1. LA SITUACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN Y LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO

La posición jurídica del comprador de viviendas que anticipa cantidades a cuenta del precio antes de que la construcción esté finalizada y la vivienda se le pueda entregar presenta una gran debilidad, pues a pesar de que haya cumplido parcialmente sus obligaciones de pago (aprovechándose el promotor de la financiación que supone la recepción de esas

cantidades anticipadas), es posible que, por múltiples causas, el vendedor finalmente no cumpla su obligación de entrega de la vivienda, con lo que el comprador no podría adquirir su propiedad y, para recuperar el dinero entregado, tendría que reclamar a la promotora, que es posible que no sea solvente, con lo que el comprador se quedaría sin dinero y sin vivienda.

Para proteger al comprador que anticipa cantidades se dictó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (1).

Esta Ley impuso determinadas obligaciones a las personas que promovieran la construcción y venta de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar y pretendieran obtener de los compradores entregas de dinero antes de que la construcción estuviera iniciada o durante la misma.

Además, todos los derechos que la Ley 57/1968 reconoció a los compradores de vivienda en construcción que anticipaban cantidades eran irrenunciables (art. 7 Ley 57/1968).

Pese a ello, durante muchos años, la Ley 57/1968 fue ignorada tanto por los promotores, que mayoritariamente la incumplían, como por los Tribunales, que resolvían los problemas de los compradores de viviendas con cantidades anticipadas aplicando las reglas generales del Código civil (arts. 1091, 1101, 1124 CC, etc.).

Sin embargo, a partir de la crisis inmobiliaria del año 2007, la ley empezó a alegarse muy intensamente, sobre todo por los compradores que entregaron cantidades anticipadas y ya no tenían interés en mantener el contrato, puesto que la vivienda adquirida sobre plano cada vez valía menos.

Por ello, en los últimos años, el TS ha dictado centenares de sentencias relativas a la Ley 57/1968. Y, en ese periodo, la jurisprudencia del TS relativa a la aplicación de la Ley 57/1968 ha evolucionado de una manera muy rápida, incluso, en alguna ocasión, cambiando radicalmente de doctrina.

Con carácter general, esta evolución jurisprudencial ha sido manifiestamente favorable a la protección de los intereses de los compradores de viviendas en construcción, sobre todo frente a las entidades avalistas o aseguradoras y frente a las entidades bancarias receptoras de los anticipos a cuenta ingresados por los adquirentes. En cuanto a las relaciones entre la entidad promotora y el comprador, la jurisprudencia

(1) El preámbulo de la Ley hacía referencia a la justificada alarma social que habían producido en la opinión pública algunos casos muy llamativos en los que decenas de miles de compradores se quedaron sin la vivienda que habían adquirido sobre plano y sin poder recuperar las cantidades anticipadas. Así, el caso de Construcción Esperanza S. L., afectó a más de diez mil compradores de diversas provincias. Sobre la cuestión puede verse Estruch Estruch, J., 2017, pp. 13-15; y 2009, pp. 19-28.

ha sido más ponderada, desestimando pretensiones resolutorias del contrato de compraventa que, aun estando amparadas por la literalidad de la Ley 57/1968, se entendían contrarias a la buena fe o meramente oportunistas (2).

2. REGULACIÓN ACTUAL: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LOE

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras derogó la Ley 57/1968 a través de una modificación introducida en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dando nueva redacción al régimen jurídico de las cantidades anticipadas por el comprador a cuenta del precio durante la construcción de la vivienda.

Por lo tanto, actualmente el régimen jurídico de las garantías de las cantidades anticipadas por los compradores durante la construcción de las viviendas se encuentra contenido en la DA 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo DA 1.ª).

Esta regulación es sustancialmente idéntica a la contenida en la Ley 57/1968, aunque en algunos aspectos reduce la protección que tenían los compradores según la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968 que ha venido realizando en los últimos años el TS (3).

---

(2) Así, entre otras cuestiones, el TS ha declarado que no es exigible al comprador el ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial para que la devolución de las mismas quede garantizada por la entidad bancaria o la aseguradora [SSTS núm. 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017) y 779/2014, de 13 de enero de 2015 (RJ 2015, 352)]; que los garantes quedan obligados a devolver todas las cantidades anticipadas por el comprador aunque excedan del importe consignado en la póliza de seguro o en el aval [SSTS núm. 436/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3158) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020)]; que los compradores quedarán garantizados aunque solo se haya emitido la póliza colectiva del seguro de caución y no los certificados individuales (o avales individuales) que garantizan al concreto comprador la devolución de las cantidades que anticipó [SSTS núm. 626/2016, de 24 de octubre (RJ 2016, 4971); 272/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2088) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020)]; que las entidades de crédito que no han exigido la apertura de una cuenta especial a la promotora para recibir las cantidades anticipadas por los compradores o no han comprobado el previo otorgamiento de las garantías cuando abrieron la cuenta especial son responsables frente a los adquirentes de la devolución de todas las cantidades anticipadas ingresadas en esa entidad [SSTS núm. 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898) y 174/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 86)].

(3) Así, por ejemplo, elimina la consideración de título ejecutivo del aval o póliza de seguro unido al documento que acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda (*vid.* artículo 3 Ley 57/1968 en relación con el artículo 517.2.9.º LEC); se dice que el promotor tiene la obligación de garantizar las cantidades entregadas «*desde la obtención de la licencia de edificación*», cuando la Ley 57/1968 no limitaba el momento desde el que debía garantizarse la devolución de las cantidades entregadas; ha desaparecido la mención a la irrenunciabilidad de los derechos que se contenía en el artículo 7 Ley 57/1968, etc.

A continuación nos referiremos a los aspectos fundamentales de ese régimen jurídico, aunque debe tenerse presente que el TS no se ha pronunciado todavía sobre la nueva regulación, por lo que haremos referencia a la jurisprudencia recaída sobre la Ley 57/1968. En cualquier caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada en los últimos años y su clara evolución tuitiva, lo razonable sería que el TS continuara en esa misma línea de protección de los adquirentes de viviendas en construcción.

3. GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA DA 1.ª

La DA 1.ª impone diversas garantías a los promotores de viviendas que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma. La Ley 57/1968 exigió estas mismas garantías.

Así: a) se reitera la obligación de garantizar mediante un seguro de caución o un aval solidario la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda(4); y, b) en segundo lugar, se impone también al promotor la obligación de percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito, en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. De igual modo, continúa manteniéndose la obligación (y consiguiente responsabilidad) de las entidades de crédito receptoras de los anticipos de exigir, para la apertura de estas cuentas o depósitos, la garantía de devolución que hemos indicado anteriormente.

Estas medidas pretenden que las cantidades anticipadas por los compradores se destinen efectivamente a sufragar los gastos de la construcción y, en segundo lugar, que quede garantizada la devolución al adquirente de las cantidades entregadas más sus intereses para el caso de que la construcción no se inicie o no concluya en el plazo convenido, o no se obtenga la correspondiente autorización administrativa para el uso de la vivienda.

(4) Esta garantía se ha considerado por la jurisprudencia obligación de carácter esencial del promotor, de tal manera que, mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio [SSTS núm. 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 469/2016, Pleno, de 12 de julio (RJ 2016, 3562) y 501/2015, de 15 de septiembre (RJ 2015, 3995)].

4. PERSONAS OBLIGADAS AL OTORGAMIENTO DE LAS GARANTÍAS

En cuanto a los obligados a otorgar estas garantías, la DA 1.ª se refiere a «*las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*».

Por lo tanto, no puede imponerse una limitación en la protección del adquirente por razón de la forma de promoción que se utilice para ejecutar la construcción de su vivienda.

Y, por la misma razón, deberán ser considerados a estos efectos promotores las entidades de gestión inmobiliaria o gestión de cooperativas o de comunidades de propietarios o, incluso, algunos supuestos de project manager, cuando realmente intervengan en el tráfico jurídico como auténticos promotores, teniendo el control de la edificación y de su financiación(5).

Aunque la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOE recae sobre la persona jurídica promotora, el TS, en alguna ocasión, ha entendido que cuando la sociedad promotora no ha otorgado las garantías establecidas legalmente para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores, concurren los presupuestos para que pueda prosperar una acción individual de responsabilidad dirigida contra los administradores que incumplieron la norma legal de carácter imperativo y, debido a su actuación antijurídica, culposa o negligente como órgano social, causaron un daño directo al comprador que adquirió la vivienda(6).

Por otra parte, el apartado siete DA 1.ª considera infracciones en materia de consumo el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma, y, además, el promotor podrá incurrir en las infracciones y sanciones que correspondan conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

---

(5) *Cfr.* artículos 9 y 17.4 LOE. En cuanto a la figura del project manager, véase la STS núm. 529/2020, Pleno, de 15 de octubre (RJ 2020, 4064). Por su parte, la STS núm. 469/2016, Pleno, de 12 de julio (RJ 2016, 3562), por no haberse otorgado las garantías exigidas legalmente, condenó a la entidad gestora de una cooperativa (y no a la propia cooperativa) a la devolución al cooperativista demandante de las cantidades anticipadas, sentencia comentada por Busto Lago, J. M., *CCJC*, núm. 103, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

(6) En este sentido puede verse la STS núm. 131/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 801), en la que, revocando la sentencia de instancia, se condenó a los administradores de la sociedad promotora. La sentencia indica que «*[E]l incumplimiento de una norma legal sectorial, de* ius cogens*, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable*». En el mismo sentido pueden verse las SSTS núm. 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017) y 242/2014, de 23 de mayo (RJ 2014, 2943), comentada por Gallego Córcoles, A., *CCJC*, pp. 219 ss.

Finalmente, reiterando la excepción que se contenía en la Ley 57/1968, el apartado ocho dispone que, reglamentariamente, podrán determinarse los organismos públicos de promoción de vivienda que queden eximidos de las garantías exigidas legalmente.

5. ADQUISICIONES DE VIVIENDAS A LAS QUE SE LES APLICAN LAS GARANTÍAS

5.1 **Finalidad residencial propia o familiar de la adquisición**

Los beneficiarios de las garantías establecidas en la DA 1.ª son los adquirentes «*de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*» y que hayan entregado cantidades de dinero antes de la finalización de la construcción.

La actual regulación no establece de manera expresa el destino que el adquirente deba dar a la vivienda, a diferencia de la Ley 57/1968, que disponía que las viviendas debían destinarse a «*domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial*».

Debido a esta exigencia de la Ley 57/1968, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que las garantías que establecía la norma solo podían aplicarse en aquellos casos en los que el adquirente iba a destinar la vivienda a domicilio o residencia propia, personal o familiar, aunque fuera temporal, esporádica o segunda residencia, y no en los supuestos de compras especulativas, o compras para un uso residencial negocial, o cuando la adquisición se producía en el ámbito de una actividad comercial, empresarial o profesional(7).

Como dice la STS núm. 203/2024, de 19 de febrero (RJ 2024, 68842), las garantías de la Ley no son aplicables a quienes adquieren la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales. Por lo tanto, la aplicación de la Ley 57/1968 no depende de la condición de consumidor del adquirente, sino de la finalidad de su adquisición, esto es, si va a destinar la vivienda a un

(7) Sobre la doctrina del TS exigiendo para la aplicación de la Ley que la adquisición tenga carácter residencial propio y no negocial, pueden verse las SSTS núm. 776/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167977), relativa a una «unidad alojativa» destinada a uso turístico hotelero; 500/2024, de 15 de abril (JUR 2024, 118333); 254/2024, de 26 de febrero (JUR 2024, 75166), 206/2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 62792), 200/2024, de 15 de febrero (JUR 2024, 62908), 55/2024, de 17 de enero (JUR 2024, 36304), relativas a apartamentos turísticos con finalidad de explotación hotelera; 205/2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 62877). En la doctrina pueden verse Verdera Server, R., 2013, p. 976; Carrasco Perera, Á., 2007, p. 541; Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E. y González Carrasco, M.ª C., 2012, p. 594; Díaz Martínez, A., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, consultado en BIB 2015/4804, pp. 2-3; Sillero Crovetto, B., *RDC*, pp. 55 ss.; Gallego Domínguez, I., *RDP*, pp. 29-30; Alonso Pérez, M.ª T., *RGLJ*, núm. 1, 2010, p. 10.

uso residencial propio o, por el contrario, negocial. Y el adquirente deberá indicar en su demanda el uso al que iba a destinar la vivienda adquirida.

La jurisprudencia ha establecido una serie de indicios o factores que pueden ser tenidos en cuenta para apreciar la existencia de una finalidad no residencial que excluya la aplicación de la Ley.

Así, además del carácter de promotor inmobiliario o profesional del sector del adquirente, el número de viviendas adquiridas en una misma promoción [SSTS núm. 203/ 2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 68842); 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296); 636/2022, de 3 de octubre (RJ 2022, 4419); 573/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3663); 460/2020, de 3 de septiembre (RJ 2020, 3235) y 582/2017, de 26 de octubre (RJ 2017, 4788)]; la ubicación de la promoción lejos del lugar de residencia habitual del adquirente o en el extranjero [SSTS núm. 203/ 2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 68842); 636/2022, de 3 de octubre (RJ 2022, 4419) y 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671)]; la superficie de las viviendas y su precio [STS núm. 582/2017, de 26 de octubre (RJ 2017, 4788)]; que la parte compradora omita en su demanda cualquier referencia al destino de la/s vivienda/s adquiridas y que a lo largo del proceso aluda al destino de manera poco clara [SSTS núm. 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296); 587/2023, de 21 de abril (RJ 2023, 2679); 53/2022, de 31 de enero (RJ 2022, 626); 27/2022, de 18 de enero (RJ 2022, 50); 573/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3663) y 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671)]; o que en el contrato (a diferencia de otros de la misma promoción) se incluyera una cláusula por la que se facultaba al comprador para ceder su posición contractual a un tercero antes de la escritura [STSS núm. 587/2023, de 21 de abril (RJ 2023, 2679); 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671) y 623/2020, de 19 de noviembre (RJ 2020, 5283)].

5.2 **Pacto expreso para la aplicación de las garantías cuando la finalidad de la adquisición sea negocial**

También ha señalado el TS que, en los supuestos en los que la adquisición no tiene carácter residencial propio sino negocial, es posible que las partes pacten expresamente las garantías que estimen convenientes para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido. Ahora bien, este pacto se regirá por lo expresamente convenido entre las partes (y no por el régimen de la Ley 57/1968 y su jurisprudencia), y únicamente podrá tener eficacia entre los contratantes, sin que vincule al Banco depositario o receptor de las cantidades anticipadas por los adquirentes o al Banco avalista, de tal manera que no puede aplicarse contra las entidades garantes la doctrina jurisprudencial, eminentemente tuitiva, recaída en la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968.

Así, no podrá aplicarse la doctrina que, ante la falta de emisión de avales individuales para cada adquirente, establece la eficacia del aval colectivo de la promoción para garantizar la totalidad de las cantidades anticipadas[8], o la que establece la inoponibilidad frente al adquirente que anticipó cantidades de la limitación cuantitativa contenida en el aval individual que se le entregó[9]; o la responsabilidad del banco receptor de los anticipos por no haber exigido el previo otorgamiento de las garantías[10].

5.3 **Compras realizadas por sociedades mercantiles**

En cuanto a las compras realizadas por sociedades mercantiles, la doctrina jurisprudencial en los últimos dos años ha pasado de exigir que probaran la finalidad residencial de la adquisición[11], a entender que no es posible en ningún caso que una sociedad mercantil adquiera una vivienda como domicilio o residencia propia, por lo que, actualmente, no son aplicables a las adquisiciones realizadas por las sociedades mercantiles las garantías previstas en la Ley 57/1968[12].

5.4 **La cuestión en la regulación vigente**

Como la DA 1.ª no se refiere a ningún destino en relación con la vivienda adquirida, podría considerarse la posibilidad de que el promotor tuviera la obligación de otorgar las garantías respecto de cualquier adquirente de vivienda (persona física o sociedad mercantil), y fuera cual fuera la finalidad de su adquisición (profesional, residencial, especulativa, negocial, etc.), ampliando así extraordinariamente el ámbito de protección de la Ley 57/1968[13].

---

(8) SSTS núm. 776/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167977); 438/2023, de 29 de marzo (RJ 2023, 2330); 401/2023, de 23 de marzo (RJ 2023, 2104); 854/2022, de 28 de noviembre (RJ 2022, 5481); 379/2022, de 5 de mayo (RJ 2022, 4092); 325/2022, de 25 de abril (RJ 2022, 2277) y 857/2021, de 10 de diciembre (RJ 2021, 5595).

(9) STS núm. 460/2020, de 3 de septiembre (RJ 2020, 3235).

(10) SSTS núm. 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296) y 438/2023, de 29 de marzo (RJ 2023, 2330).

(11) SSTS núm. 587/2020, de 10 de noviembre (RJ 2020, 5273) y 36/2020, de 21 de enero (RJ 2020, 94).

(12) STS núm. 776/2024, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024, 167977). Señalando la STS núm. 826/2024, de 10 de junio de 2024 (RJ 2024, 174854), que la exclusión de las garantías de la Ley 57/1968 a las sociedades mercantiles *«no tiene ningún matiz ni excepción cuando se invoquen razones fiscales»*.

(13) En algunos países, las garantías sobre las cantidades anticipadas por los compradores se otorgan frente a todo tipo de adquisición o respecto de todo tipo de adquirentes. Así, el artículo 138 bis del Decreto 458 con fuerza de Ley, de 18 de diciembre de 1975, que aprueba la Ley General de

Sin embargo, no creemos que haya sido este el propósito del legislador, que en la tramitación parlamentaria de la modificación de la LOE siempre se refirió a la protección de los derechos del consumidor(14).

Por otra parte, la DA 1.ª únicamente se refiere a viviendas, y no a otras unidades constructivas, como locales comerciales u oficinas. Y, además, considera que los incumplimientos de las obligaciones establecidas en la norma constituyen infracciones en materia de consumo (apartado 7 DA 1.ª).

Por ello, parece razonable pensar que, a pesar del cambio legislativo, el TS continuará limitando la aplicación imperativa de la normativa tuitiva y su interpretación jurisprudencial a los supuestos de adquisición de viviendas por personas físicas con finalidad residencial propia y no a compras especulativas, o a compras para un uso residencial negocial, o cuando la adquisición se produzca por una sociedad mercantil, o en el ámbito de una actividad comercial, empresarial o profesional(15).

6. CANTIDADES QUE DEBEN QUEDAR GARANTIZADAS

El promotor deberá garantizar la devolución de la totalidad de las cantidades que deban ser anticipadas a cuenta del precio según el contrato, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero (*cfr.* apartado tres, último párrafo; dos 1. b); dos 2. a); uno 1.a) y uno 2 DA 1.ª)(16). Y deberán quedar garantizadas desde la entrega efectiva del anticipo «*hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*».

Evidentemente, llegado el momento de la ejecución de la garantía, si el adquirente no demuestra haber entregado todas las cantidades que estaban previstas en el contrato, la entidad garante no tendrá la obligación

---

Urbanismo y Construcciones de Chile establece que las garantías establecidas en la norma se aplican a las adquisiciones de «*viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuente con recepción definitiva*». De igual modo, en el Código Civil francés, los preceptos relativos a la «*venta de inmuebles a construir*», que son los artículos 1601-1 a 1601-4, introducidos por la Ley 67-3, de 3 de enero de 1967, tampoco distinguen según quién sea el comprador ni la finalidad de la adquisición. O, en Italia, el Decreto legislativo núm. 122, de 20 de junio de 2005, en el que se establecen disposiciones para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles que se construirán, considera adquirente únicamente a las personas físicas y no a las jurídicas, pero no se refiere a la finalidad de su adquisición.

(14) Véanse las enmiendas 73 y 45 al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que fueron el origen de la vigente DA 1.ª

(15) En el mismo sentido, Martín Faba, J. M.ª, *Cuadernos de Derecho Privado*, pp. 159-161.

(16) Tienen que garantizarse todas las cantidades que según el contrato deban anticiparse y no únicamente las que se entreguen a la firma del contrato, como podría entenderse de una interpretación aislada de la letra b) del número 1 del apartado dos DA 1.ª En este sentido, Carrasco Perera, Á., *CESCO*, 2015, p. 3; Añón Calvete, J., *Tirantonline.com*, pp. 3-4; Fernández Baldomero, E., *European Scientific Journal*, p. 376.

de devolvérselas [apartado dos 1. i) DA 1.ª]. Tampoco tendrá obligación de devolverle las cantidades que el adquirente demuestre haber entregado al promotor, pero cuya entrega no estaba prevista en el contrato (17).

Sin embargo, acreditada la entrega, la entidad garante tendrá que devolverle al adquirente todas las cantidades anticipadas, con independencia de cómo las hubiera aportado al promotor (en efectivo, mediante ingreso en cualquier cuenta del promotor, ingreso en la cuenta especial, efectos cambiarios, etc.) (18).

7. LOS INTERESES GARANTIZADOS: PLAZO DE GARANTÍA, NATURALEZA JURÍDICA Y CUANTÍA

Con la nueva regulación, únicamente existe la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses del anticipo «*hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*» y no hasta «*el momento en que se haga efectiva la devolución*» [como decía la letra c) de la DA 1.ª antes de la reforma de 2015] (19), lo que producirá como consecuencia que el adquirente no tenga garantizada la devolución de los intereses legales de las cantidades entregadas durante el periodo que media entre la fecha prevista de la entrega de la vivienda y su efectiva devolución (20).

Aunque la DA 1.ª obligue a garantizar el interés legal, es posible que las partes pacten un interés superior al legal, o que la garantía cubra un período temporal más dilatado que el previsto legalmente (21). Lo que no es admisible es que la garantía asegure un interés menor al legal o por un periodo inferior al previsto en la DA 1.ª

Según la jurisprudencia, el interés legal que producen las cantidades anticipadas tiene la naturaleza de interés remuneratorio y no moratorio, por lo que los intereses se producen automáticamente, día a día, sin que

(17) SSTS núm. 1563/2023, de 16 de noviembre (JUR 2023, 425227); 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042) y 436/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3158).

(18) Respecto de entregas en metálico, pueden verse las SSTS núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 2/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 17122); 650/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3256); 534/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3661); 94/ 2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805); 6/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 8) y 8/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 6).

(19) Por ello, Díaz Martínez, A., *Revista Doctrinal Aranzadi*, p. 10, afirmaba que el «día final del cómputo de los intereses aplicables a las cantidades entregadas siempre ha estado claro, teniéndose por tal el momento efectivo de la devolución». Véase también Gallego Domínguez, I., *RDP*, pp. 38 ss.

(20) Aunque no exista la obligación de garantizar durante ese período los intereses legales que se devenguen, es evidente que el promotor los deberá satisfacer al adquirente.

(21) Véanse, por ejemplo, SSTS núm. 177/2020, de 18 de mayo (RJ 2020, 1304) y 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017).

el adquirente tenga que realizar ninguna actividad de intimación. El *dies a quo* de inicio del cómputo para la producción de estos intereses remuneratorios, por lo tanto, será la fecha de la entrega efectiva de cada anticipo por el adquirente[22].

Cuando el adquirente reclame extrajudicialmente al garante el cumplimiento de la obligación garantizada porque el promotor no le haya devuelto las cantidades anticipadas, más los impuestos e intereses legales, y una vez que haya transcurrido el plazo que la DA 1.ª concede al garante para pagar [treinta días en el caso de la aseguradora y de manera inmediata en el caso del aval bancario, *cfr.* apartado dos 1. h) y 2. b) DA 1.ª], se producirán los correspondientes intereses moratorios del artículo 1108 CC sobre la totalidad de las cantidades cuya devolución estaba garantizada y que el garante estaba obligado a restituir (incluidos, por tanto, los impuestos pagados y los intereses legales ya devengados). Estos intereses moratorios, salvo pacto en contrario, también consistirán en el interés legal del dinero. Por otra parte, cumpliéndose las condiciones del precepto, el adquirente podrá reclamar contra la aseguradora los intereses del artículo 20 LCS.

Además, si posteriormente el adquirente interpone la correspondiente demanda judicial frente al garante exigiendo la devolución de la suma garantizada (cantidades anticipadas, más los impuestos e intereses remuneratorios producidos hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda), en la reclamación judicial puede capitalizar los intereses moratorios que ya se hubieran devengado en ese momento, exigiendo también sobre ellos, a su vez, el correspondiente interés legal (arts. 1108 y 1109 CC), o los intereses del artículo 20 LCS[23].

8. MOMENTO EN EL QUE SURGE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LAS GARANTÍAS AL ADQUIRENTE

En cuanto al momento en el que surge la obligación de garantizar la devolución de todas las cantidades que deban anticiparse, el apartado uno DA 1.ª dispone que se deberá garantizar la devolución «*desde la obtención de la licencia de edificación»,* por lo que la interpretación literal de

(22) SSTS 716/2024, de 22 de mayo (JUR 2024, 160604); 1752/2023, de 18 de diciembre (JUR 2024, 4808); 1022/2023, de 26 de junio (RJ 2023, 4229); 1020/2023, de 26 de junio (RJ 2023, 4176); 652/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3064); 651/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3017); 470/2023, de 11 de abril (RJ 2023, 2942); 451/2023, de 10 de abril (RJ 2023, 2389); 450/2023, de 10 de abril (RJ 2023, 2582) y 237/2022, de 28 de marzo (RJ 2022, 1919).

(23) *Cfr.* SSTS núm. 703/2021 y 704/2021, de 18 de octubre (RJ 2021, 4850 y 5621).

este apartado conduce a afirmar que el promotor no tiene obligación de garantizar las cantidades que hubiera recibido de los adquirentes hasta que obtenga la licencia de edificación, quedando las cantidades anticipadas por los compradores con anterioridad a ese momento fuera de la garantía obligatoria de la Ley[24], con el extraordinario perjuicio que ello supondría para los adquirentes.

Sin embargo, creemos que es posible defender otra solución interpretando en su conjunto la DA 1.ª Así, el apartado tres indica que en el momento del otorgamiento del contrato de compraventa el promotor «*hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio*»[25].

Por lo tanto, como ocurría en el régimen establecido en la Ley 57/1968, el apartado tres DA 1.ª exige que el documento de garantía se entregue al adquirente en el mismo instante en que firme el contrato de compraventa o cualquier otro negocio jurídico cuya finalidad última sea la adquisición de la vivienda (contrato de reserva, contrato de arras, precontrato, contrato de compromiso, etc.)[26] y, en su virtud, anticipe cantidades a cuenta del precio final, se denominen como se denominen las cantidades entregadas (arras, reserva, señal, parte del precio, etc.)[27], y todo ello con independencia de que el promotor todavía no hubiera obtenido la licencia de edificación.

Es decir, en el momento de la firma del negocio jurídico de adquisición, el promotor deberá entregar a los adquirentes el documento que acredite la garantía de las cantidades que han de ser anticipadas (último párrafo apartado tres DA 1.ª). Por lo que, aun cuando en ese momento no tuviera la licencia de edificación, parece que ello no impide que deba cumplir con la obligación de entrega de la garantía.

A nuestro entender, si el promotor exige a los adquirentes cantidades anticipadas antes incluso de la obtención de la licencia de edificación (lo

---

(24) Así lo entiende la mayor parte de la doctrina. Véanse Almarcha Jaime, J., *CESCO*, pp. 2-3; Carrasco Perera, Á. y Almarcha Jaime, J., *RES*, p. 484; Fernández Manzano, L. A. y Ruiz Echauri, J., 2015, p. 110; Martín Faba, J. M.ª, *Cuadernos de Derecho Privado*, pp. 166 ss.; Busto Lago, J. M., *CCJC*; López San Luis, R., *RCDI*, pp. 2358-2368; Martín Briceño, M.ª R., *RCDI*, p. 1950.

(25) Además, en el contrato de compraventa deberá hacerse referencia al contrato de seguro o aval bancario que garantice las cantidades anticipadas, con indicación de la denominación de la entidad avalista o aseguradora, y se deberá designar la entidad de crédito y la cuenta a través de la cual deben hacerse las entregas de las cantidades a anticipar.

(26) El apartado dos 1.b) DA 1.ª, se refiere a «*contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente*». Respecto de la diversa denominación que las partes pueden otorgar al contrato de adquisición de vivienda, véanse Diéguez Oliva, R., *RdPat*, p. 200; Carrasco Perera, Á., 2007, p. 542; Verdera Server, R., 2013, p. 978; Sillero Crovetto, B., *RDC*, p. 57.

(27) Sobre la distinta denominación que las partes pueden asignar a las cantidades entregadas anticipadamente pueden verse Añón Calvete, J., *Tirantonline.com*, p. 1; Verdera Server, R., 2013, p. 978.

que, por otra parte, prohíben algunas legislaciones autonómicas)[28], necesariamente deberá entregarles en ese momento el documento que acredite la garantía de devolución de las mismas, por lo que es evidente que tendrá que haber concertado con carácter previo las garantías exigidas por la Ley[29].

En definitiva, aunque según el apartado uno, 1 a) DA 1.ª el promotor no estuviera obligado a contratar las garantías con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación, si antes de ese momento firma contratos para la adquisición de futuras viviendas en los que se pacte la entrega de cantidades anticipadas, necesariamente debe entregar al adquirente el documento que acredite la garantía de todas esas cantidades (apartado tres DA 1.ª), por lo que indefectiblemente tendrá que haber concertado ya las garantías.

Y si en ese momento, aun cuando todavía no se hubiera concedido la licencia de edificación, una entidad de crédito recibe los anticipos de los compradores en una cuenta de la promotora, conociendo o debiendo conocer que se trata de cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción, deberá exigir al promotor, bajo su responsabilidad, que otorgue las garantías legales de devolución de las mismas, pues desde la firma del contrato de compraventa de cada adquirente el promotor quedó obligado a entregarles el documento que las acredite, según lo dispuesto expresamente en el apartado tres DA 1.ª

9. PERCEPCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS A TRAVÉS DE UNA CUENTA ESPECIAL

9.1 **Ingreso en una cuenta especial**

De conformidad con lo establecido en el apartado uno 1. b) DA 1.ª, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, deberá percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito, en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor. Además, únicamente podrá disponer de esas cantidades anticipadas para sufragar las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

---

(28) Para que el promotor pueda vender viviendas en proyecto o en construcción, la legislación de algunas Comunidades Autónomas exige que haya obtenido previamente la licencia de edificación (*v. gr.* artículo 14 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana).

(29) En el mismo sentido Sillero Crovetto, B., *RDC*, p. 59; Pérez Vega, Á., *RdPat*, pp. 176-177, quien argumenta también que cuando la Ley se refiere a la obligación del promotor de percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad de crédito y garantizarlas no distingue según el momento en que se perciban, esto es, antes o después de la concesión de la licencia de edificación.

Para la apertura de estas cuentas especiales o depósitos, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, deberá exigir que se hayan otorgado las correspondientes garantías para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

Con la obligación de percibir los anticipos a través de una cuenta especial, el legislador pretende lograr una completa separación de las cantidades anticipadas por los adquirentes de una determinada promoción respecto de cualquier otro tipo de fondos pertenecientes al promotor y, en segundo lugar, pretende conseguir que las cantidades depositadas únicamente puedan destinarse a satisfacer los gastos vinculados a la construcción de las viviendas.

Deberán ser las entidades de crédito las que, en los contratos para la apertura de estas cuentas especiales, establezcan tanto las condiciones precisas para limitar los ingresos a las cantidades anticipadas por los compradores, como, sobre todo, las medidas necesarias para garantizar la limitación legal de la disposición de esos fondos, de tal manera que se controle (en la medida de lo que razonablemente sea exigible según la diligencia especial que debe predicarse de las entidades de crédito), que las cantidades depositadas únicamente se destinen a satisfacer las necesidades derivadas de la construcción de las viviendas (v. gr. prohibiendo la disposición en efectivo, o mediante efectos al portador, exigiendo presentación de facturas o certificaciones de obra para liberar fondos, etc.).

La entidad de crédito está obligada legalmente a negar la disposición de los fondos al promotor titular de la cuenta si conoce o debe conocer que no van a dedicarse a las atenciones de la construcción, de tal modo que, si no lo hiciera así, deberá responder frente a los adquirentes y, además, estaría cometiendo una infracción en materia de consumo (*cfr.* apartado siete DA 1.ª) [30].

9.2 **Responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos**

Antes de aceptar cantidades anticipadas por adquirentes de vivienda en construcción y, por tanto, antes de la apertura de la cuenta especial, la entidad de crédito está obligada a comprobar y, en su caso, a exigir al promotor que otorgue las garantías que aseguren la devolución de las cantidades que entreguen los compradores.

(30) No obstante, es frecuente que en los contratos de apertura de cuentas para recibir las cantidades anticipadas no se contenga ninguna especialidad en cuanto a los fondos que se pueden ingresar ni respecto de su disposición. Véase Juan Gómez, M. C., *RCDI*, p. 638.

La obligación de cerciorarse de que el promotor haya otorgado las garantías antes de abrir la cuenta especial la hará la entidad de crédito «*bajo su responsabilidad*», de tal manera que si posteriormente se demuestra que el promotor no hubiera otorgado las garantías obligatorias, la entidad de crédito deberá devolver a los adquirentes todas las cantidades anticipadas que hubieran ingresado en la cuenta o cuentas que el promotor tuviera abiertas en esa misma entidad, más los correspondientes intereses legales [31].

Y para que surja esta responsabilidad «*basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que "supo o tuvo que saber", según dijo literalmente la sentencia 733/2015) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que deba responder por no haber exigido al promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada*» [32].

Ahora bien, señala la jurisprudencia que esta responsabilidad de la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas no es «*una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto al avalista o asegurador*», por lo que también es doctrina jurisprudencial que no incurrirá en responsabilidad la entidad de crédito «*que no pudo conocer ni por tanto controlar que los ingresos en una cuenta de la promotora en dicha entidad se correspondieran con anticipos a cuenta del precio de una vivienda en construcción, al haber sido realizados dichos ingresos no por sus compradores o por la promotora sino por un tercero, en concreto una sociedad mercantil (además de las sentencias 411/2019, 623/2019, 644/2019, 189/2020, y 406/2020, citadas por la parte recurrente, también las sentencias 147/2020, de 4 de marzo, 453/2020, de 23 de julio, 479/2020, de 21 de septiembre, 107/2021, de 1 de marzo, 584/2022, de 26 de julio, y 682/2023, de 8 de mayo)*» [33], sin que sea exigible a la entidad de crédito que realice una

(31) Por escapar de su control, no responderá de las cantidades anticipadas ingresadas por los compradores en otras entidades de crédito (incluso aunque posteriormente le sean transferidos esos fondos [SSTS núm. 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898) y 781/2014, Pleno, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278]), o entregadas en metálico al promotor, o mediante cheques nominativos etc. Un detallado estudio de la responsabilidad del banco receptor de los anticipos puede verse en Díaz Teijeiro, C. M.ª, *RDC*, 2019.

(32) En este sentido, SSTS 3/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 29903); 1127/2023, de 10 de julio (RJ 2023, 4285); 470/2023, de 11 de abril (JR 2023, 2942); 36/2023, de 17 de enero (RJ 2023, 775); 574/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3437); 24/2021, de 25 de enero (RJ 2021, 253); 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898); 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955), comentada por Salas Carceller, A., *Revista Aranzadi Doctrinal*, consultado en BIB 2016\3055; y 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403).

(33) SSTS núm. 735/2024, de 27 de mayo (JUR 2024, 160595); 732/2024, de 27 de mayo (JUR 2024, 160590); 588/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137780); 587/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137853); 306/2024, de 4 de marzo (JUR 2024, 78048); 132/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48710); 1127/2023, de 10 de julio (RJ 2023, 4285) y 107/2021, de 1 de marzo (RJ 2021, 809).

labor inquisitiva sobre cualquier ingreso realizado en la cuenta de una promotora para descartar que se trate de anticipos realizados por compradores protegidos por la LOE[34].

La obligación de devolución de las cantidades ingresadas más los impuestos e intereses la tiene la entidad de crédito receptora de los anticipos si no se aseguró de que se garantizara su devolución, pero no la entidad de crédito que financió la promoción[35].

En cuanto a la prescripción de la acción que pueden interponer los adquirentes de vivienda frente a la entidad de crédito receptora de los anticipos, la STS, de Pleno, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278), señaló que debe ser de aplicación el plazo general de cinco años de prescripción de las acciones personales establecido en el artículo 1964 CC. Y, además, dispuso que dicho plazo debe empezar a contarse (*dies a quo*) desde que los adquirentes «*sufren el daño (objetivamente) y advierten (subjetivamente) su existencia cuando intentan recuperar las cantidades que han anticipado y se les comunica que no se las devuelven por falta de aval*».

9.3 **Descuento de letras de cambio aceptadas por los adquirentes**

En cuanto a las cantidades anticipadas por los adquirentes mediante letras de cambio que son descontadas por el promotor, el TS ha modificado en el último año su doctrina, que ha pasado de entender que frente a la reclamación del tenedor de la letra (la entidad de crédito descontante) el obligado cambiario (el adquirente que aceptó la letra) no podía oponer la excepción de incumplimiento por el promotor de sus obligaciones legales de apertura de cuenta especial y aseguramiento de las cantidades anticipadas (a menos que el Banco descontante hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del adquirente deudor cambiario)[36], a considerar actualmente que el Banco descontante es receptor de las cantidades anticipadas y, como tal, tiene responsabilidad frente al adquirente si conocía o

(34) SSTS núm. 588/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137780); 587/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137853); 344/2024, de 11 de marzo (JUR 2024, 87494); 306/2024, de 4 de marzo (JUR 2024, 78048); 132/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48710) y 682/2023 de 8 de mayo (RJ 2023, 3235).

(35) SSTS núm. 500/2024, de 15 de abril (JUR 2024, 118333); 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898); 174/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 862); 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955) y 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403).

(36) SSTS núm. 467/2014, de 25 de noviembre (RJ 2014, 6008); 205, 206, 210 y 211 todas ellas de 24 de abril de 2014 (RJ 2014, 3043; 3044; 3029 y 2979), y del mismo ponente. En todas se formuló un voto particular por el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Posteriormente mantuvieron esta doctrina las SSTS núm. 367/2015, de 18 de junio (RJ 2015, 4291); 897/2021, de 21 de diciembre (RJ 2022, 202) y 472/2022, de 8 de junio (RJ 2022, 3130).

hubiera podido conocer que se trataba de cantidades anticipadas por adquirentes de viviendas en construcción, por cuanto tiene el deber de indagar razonablemente a qué responden los ingresos de dinero realizados en la cuenta del promotor para, en su caso, exigirle que las cantidades anticipadas se ingresen en una cuenta especial y que su devolución se encuentre garantizada, por lo que, como entidad de crédito receptora de los anticipos, debe responder frente a la reclamación del adquirente[37].

10. GARANTÍAS QUE DEBEN OTORGARSE: SEGURO DE CAUCIÓN O AVAL SOLIDARIO

Según el apartado uno 1. a) DA 1.ª, la garantía de devolución de las cantidades anticipadas puede realizarse a través de un seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, o bien mediante un aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Estas formas de garantía ya se establecían en la Ley 57/1968, aunque la actual regulación ha introducido algunas modificaciones, casi siempre desfavorables para la posición jurídica de los adquirentes.

A continuación, nos referiremos a los aspectos esenciales de ambas garantías.

10.1 **Títulos colectivos o individuales**

La DA 1.ª dice que, para que un seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas, se suscribirá una «*póliza de seguro individual por cada adquirente*», en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan los anticipos. Sin embargo, el número 2 del apartado dos DA 1.ª, referido al aval como garantía, no contiene ninguna referencia a que el aval deba ser individual.

Con esta mención a la póliza individual, se pretende evitar el denominado «*contrato de seguro colectivo*», referido al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de las unidades privativas de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas, que se regulaba en el apartado 2.º letra a) de la Orden de 29 de noviembre de 1968, diferenciándolo de la «*póliza individual de seguro*», que era complementaria del anterior[38].

(37) SSTS núm. 491/2024, Pleno, de 12 de abril (JUR 2024, 111405) y 492/2024, de 12 de abril (JUR 2024, 111206), siendo ponente de la primera el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

(38) Esta Orden sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas fue derogada, junto con la Ley 57/1968 y otras normas, por la Disposición final tercera de la Ley 20/2015.

La Orden indicaba expresamente que el título de garantía a favor del comprador asegurado lo constituía la póliza individual de seguro [apartado 2.º letra b)], con lo que se planteó la cuestión de si se encontraban garantizados los adquirentes de la promoción respecto de los que no se hubiera emitido la correspondiente póliza o certificado individual, aunque el promotor tuviera contratada la póliza colectiva. La misma cuestión se planteó respecto de los avales colectivos cuando no se hubieran emitido los correspondientes avales individuales a favor de cada adquirente.

Pues bien, a pesar de que expresamente la Orden señalaba que el título de garantía era la póliza individual y no la colectiva[39], el TS, antes y después de la derogación de la Orden de 29 de noviembre de 1968, ha afirmado repetidamente que es suficiente el otorgamiento de la póliza o aval colectivo para entender que todos los adquirentes de la promoción se encuentran garantizados, aunque no se hubiera emitido el certificado o póliza individual de seguro o el aval individualizado respecto de cada adquirente[40].

El TS entiende que el aval o la póliza colectiva son suficientes porque la responsabilidad deriva del propio título «*y su efectividad a la hora de responder frente a los compradores de la totalidad de los anticipos más sus intereses, sin límites cuantitativos y tal y como lo haría el promotor avalado, solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda*»[41].

Como se observa, lo relevante para la jurisprudencia no es que el título de garantía sea colectivo o individual, sino constatar la realidad de las entregas y su correspondencia con las cantidades previstas en el contrato como anticipos a cuenta del precio de la vivienda[42].

Por otra parte, la entidad garante (avalista o aseguradora) responderá como lo haría el promotor, porque precisamente está garantizando su

(39) Por lo que muchos autores entendían que la póliza colectiva no implicaba concesión de cobertura para los adquirentes hasta que se expidieran los certificados o pólizas individuales. En este sentido, Maldonado Molina, F. J., *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 20 ss.; Pérez Calvo, I., *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 54 ss.; López y García de la Serrana, J., Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, pp. 38 ss.

(40) SSTS núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788); 626/2016, de 24 de octubre (RJ 2016, 4971); 272/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2088) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020).

(41) SSTS núm. 1000/2024, de 15 de julio (JUR 2024, 216485); 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640) y 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788).

(42) SSTS núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788); 1666/2023, de 28 de noviembre (JUR 2023, 446964); 1565/2023, de 13 de noviembre (JUR 2023, 439314) y 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042).

obligación de devolución. Por lo tanto, deberá devolver la totalidad de las cantidades anticipadas (más los impuestos aplicables e intereses legales), aunque las mismas se hubieran entregado al promotor en metálico, o en un cheque nominativo, o se hubieran ingresado en una cuenta bancaria diferente de la cuenta especial, puesto que la falta de apertura de la cuenta especial o de ingreso en la misma de las cantidades anticipadas no pueden perjudicar al adquirente(43). Lo único relevante es que el adquirente efectivamente haya entregado esas cantidades y que esa entrega estuviera prevista en el contrato de compraventa(44).

Y, además, el garante tendrá que responder, como lo haría también el promotor, de la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas (más los impuestos aplicables e intereses legales) aunque su importe exceda del límite del aval o del límite del seguro de caución concertados, sin que se le puedan aplicar al adquirente los límites cuantitativos o de cualquier otro tipo contenidos en la póliza o aval(45).

No obstante, como excepción a esta doctrina, el TS ha señalado que, cuando se entienda que no se ha podido generar en los adquirentes la confianza de que la devolución de sus cantidades anticipadas se encuentra garantizada –por tratarse de un título colectivo genérico, indeterminado en cuanto a la promoción de que se trate y a otras circunstancias, sin referencias a la obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades–, la póliza o aval genérico no serían suficientes para considerar que se encuentra garantizada la devolución de las cantidades anticipadas(46).

---

(43) SSTS núm. 1000/2024, de 15 de julio (JUR 2024, 216485); núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 2/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 17122); 650/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3256); 534/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3661); 94/ 2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805); 6/2020, de 8 enero (RJ 2020, 8) y 8/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 6), en todas ellas los compradores entregaron algunas cantidades en metálico a la promotora. Véase también la STS núm. 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772).

(44) SSTS núm. 1666/2023, de 28 de noviembre (JUR 2023, 446964); 1565/2023, de 13 de noviembre (JUR 2023, 439314); 94/2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805) y 6/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 8).

(45) En este sentido, la STS núm. 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020), dice: «*Esta Sala también ha declarado que el importe cubierto por el seguro debe comprender todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/1968 y el artículo 68 LCS [Sentencias 476/2013, de 3 de julio y 779/2014, de 13 de enero de 2015]*». Véanse también las SSTS núm. 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042); 521/2021, de 12 de julio (RJ 2021, 3356); 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 653/2019, de 10 de diciembre (RJ 2019, 5205) y 298/2019, de 28 de mayo (RJ 2019, 2169).

(46) STS núm. 131/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48915), relativa a una «*póliza de contragarantía de avales*» que no mencionaba la Ley 57/1968 ni ninguna promoción. Las SSTS núm. 1156/2023, de 17 de julio (RJ 2023, 5038), 584/2022, de 26 de julio (RJ 2022, 3393) y 1/2020, de 8 de enero (RJ 2019, 5391), relativas a una «*línea de avales genérica*», que tampoco hacía referencia a una promoción determinada. Y las SSTS núm. 685/2023, de 8 de mayo (RJ 2023, 3283) y 429/2022, de 30 de mayo (RJ 2022, 2432), referidas igualmente a una «*línea de avales*» que no mencionaban la Ley 57/1968. Esta doctrina jurisprudencial es criticable. Parece fundar

Con estos antecedentes, parece razonable entender que, a pesar de la falta de emisión de la póliza o aval individual, el TS continuará considerando garantizados a los adquirentes en los mismos supuestos en los que actualmente afirma que es suficiente la emisión de una póliza o aval colectivo para entender garantizada la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas. No sería lógico que, de una norma introducida expresamente para dotar de mayor seguridad y protección a los adquirentes de viviendas en construcción[47], resultara una pérdida de derechos –respecto de su situación anterior–, cuando el promotor que hubiera contratado una póliza colectiva, incumpliendo sus obligaciones, no gestionara y entregara a los adquirentes las pólizas individuales.

10.2 **Cuestiones relativas al seguro de caución y a su reclamación**

En el contrato de seguro de caución, será tomador del seguro el promotor, que deberá pagar la prima, y será asegurado el adquirente que figure en el contrato de compraventa. El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el promotor tomador del seguro, y, especialmente, no podrá alegar la falta de pago de la prima. La duración del contrato no podrá ser inferior a la fecha prevista de entrega de las viviendas.

Según lo dispuesto en la letra h) del número 1 del apartado dos DA 1.ª, en el caso de que la construcción no se inicie o llegue a buen fin en el plazo convenido, el adquirente (asegurado) deberá requerir de manera fehaciente a la promotora para que le devuelva las cantidades anticipadas, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses. Si la promotora, en el plazo de treinta días desde el requerimiento, no le hubiera devuelto la totalidad de estos importes, el asegurado podrá reclamar a la aseguradora el abono de la indemnización correspondiente. Cuando no sea posible la reclamación previa al promotor, el asegurado podrá reclamar directamente a la aseguradora.

---

la existencia de la garantía no tanto en el propio título y en la aplicación (o no) al mismo de la Ley 57/68 (por el contenido del título, antecedentes, finalidad, etc.), sino en la posible confianza que la existencia del título haya producido al adquirente de que sus entregas quedaban garantizadas, lo que Carrasco Perera, Á., *CESCO*, 2020-a, califica de «línea doctrinal peligrosa». Véase también el comentario crítico a esta doctrina en López San Luis, R., *CCJC*, núm. 114, 2020 (consultado en Proview Aranzadi).

(47) Véase la justificación a la enmienda 73, presentada por el Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras en el Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-132-2, de 12 de mayo de 2015, especialmente, pp. 73-74).

A diferencia de lo que, al menos con carácter general, había establecido la jurisprudencia en el régimen anterior[48], actualmente parece que es necesaria la reclamación previa al promotor antes de reclamar a la aseguradora. En cualquier caso, como vimos anteriormente, si la compañía aseguradora incurriera en mora en el cumplimiento de su obligación de pago al adquirente de las cantidades garantizadas, se podría aplicar el artículo 20 LCS.

La letra l) del número 1 del apartado dos DA 1.ª establece que, en todo lo que no esté específicamente dispuesto, se aplicará la LCS al seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas. Por esta razón, puede pensarse que el plazo de prescripción de la acción del asegurado frente a la entidad aseguradora deberá ser el de dos años contemplado en el artículo 23 LCS, al tratarse el seguro de caución de un seguro de daños[49]. Sin embargo, no es totalmente descartable que, para conseguir una cierta coherencia entre los dos tipos de garantías previstas en la LOE (seguro de caución y aval bancario), el TS mantenga la doctrina actualmente vigente, que considera que el plazo de prescripción contra la aseguradora en reclamación de cantidades entregadas a cuenta es el general de cinco años del artículo 1964 CC y no el de dos del artículo 23 LCS[50].

Si la aseguradora tiene que hacer efectiva la garantía frente a la reclamación del adquirente, posteriormente podrá reclamar al promotor las cantidades satisfechas, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan al adquirente. Además, hasta que el promotor no pague a la aseguradora la cantidad que ésta entregó a los adquirentes, no podrá enajenar la vivienda [letras j) y k) del número 1 del apartado dos DA 1.ª][51].

---

(48) STS núm. 643/2005, de 15 de julio (RJ 2005, 962). No obstante, véanse las diferentes matizaciones jurisprudenciales en García Pérez, C. L., *CCJC*, núm. 122, 2023 (consultado en Proview Aranzadi).

(49) En este sentido se pronuncian Fernández Manzano, L. A. y Ruiz Echauri, J., 2015, p. 110; Fernández Baldomero, E., *European Scientific Journal*, pp. 367-368.

(50) SSTS núm. 930/2024, de 1 de julio, (JUR 2024, 216486); 374/2021, de 31 de mayo (RJ 2021, 2592); 200/2021, de 13 de abril (RJ 2021, 1709); 524/2020, de 14 de octubre (RJ 2020, 3781); 464/2020, de 14 de septiembre (RJ 2020, 3286); 463/2020, de 14 de septiembre (RJ 2020, 3278); 401/2020, de 6 de julio (RJ 2020, 2308); 148/2020, de 4 de marzo (RJ 2020, 734); y la que inició la doctrina jurisprudencial, la STS 320/2019, Pleno, de 5 de junio (RJ 2019, 2722). Carrasco Perera, Á., *CESCO*, 2020-b, mantiene una posición contraria a la equiparación de los plazos de prescripción. En cualquier caso, téngase presente que respecto del aval se ha establecido un plazo de caducidad de la garantía (no de la acción) de dos años, lo que inevitablemente introducirá alguna diferencia entre el régimen jurídico de la reclamación a la avalista y a la aseguradora, por lo que YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, p. 297, razonablemente considera que es necesario que el legislador aclare la situación.

(51) Más información sobre estas cuestiones en Estruch Estruch, J., 2017, pp. 64-68.

10.3 **Cuestiones relativas al aval solidario y a su reclamación**

10.3.1 *Reclamación previa al promotor*

El promotor también puede garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante un aval solidario emitido por una entidad de crédito debidamente autorizada.

A este aval solidario es de aplicación todo lo que ya hemos dicho respecto de las cantidades que deben asegurarse; la suficiencia de los avales colectivos para considerar garantizada la devolución de todas las cantidades entregadas por los adquirentes y que tuvieran reflejo en el contrato, aunque no se emitieran los avales individuales; la cobertura de todas las cantidades entregadas y que se correspondan con el contrato, aunque se paguen en metálico al promotor o se ingresen en una cuenta bancaria diferente de la cuenta especial; la ineficacia frente al adquirente de los límites cuantitativos o de cualquier otro tipo contenidos en el aval, etc.

Al igual que vimos que se establecía en el seguro de caución, también en el caso del aval, y a pesar de su consideración como solidario, exige la DA 1.ª [letra b), número 2, apartado dos], que el adquirente beneficiario del aval reclame previamente al promotor la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos y los intereses legales. Solo en el caso de que el promotor, en el plazo de treinta días desde la reclamación, no haya procedido a la devolución de estas cantidades podrá el adquirente exigir al avalista el abono de las mismas. No obstante, si no resultara posible la reclamación previa al promotor, la norma admite la reclamación directa al avalista.

En cualquier caso, creemos que, como ha declarado la jurisprudencia, se trata de un aval de naturaleza autónoma, en el sentido de que su exigencia queda supeditada únicamente a la norma imperativa que lo establece y a sus propios términos[52].

A diferencia de lo dispuesto para la aseguradora, a la que se le conceden treinta días para entregar las cantidades aseguradas al adquirente, en el supuesto de aval bancario no se establece ningún plazo para que la avalista cumpla la obligación garantizada, por lo que la entidad de crédito deberá considerarse en mora desde el momento en que el adquirente le requiera de pago[53].

---

(52) SSTS núm. 486/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4180) y 218/2014, Pleno, de 7 de mayo (RJ 2014, 3126). Véase el comentario a esta última de Sanz Acosta, L., *La Ley*, consultado en laleydigital (*La Ley* 5736/2014).

(53) Añón Calvete, J., *Tirantonline.com*, p. 4.

10.3.2 *Caducidad del aval*

Finalmente, se establece que el aval caducará en el plazo de dos años «*a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas*».

A pesar de que la norma se refiere al transcurso de dos años desde el incumplimiento de la «*obligación garantizada*», que, en realidad, es la de devolver el dinero anticipado, entendemos que lo que pretendía el legislador era fijar la caducidad del aval una vez que transcurran dos años desde el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda o del inicio de las obras, si es que el adquirente no resuelve el contrato de compraventa dentro de ese plazo y solicita la devolución de las cantidades anticipadas.

Por lo tanto, para que el adquirente pueda reclamar la obligación garantizada al avalista, necesariamente tendrá que resolver previamente el contrato de compraventa y solicitar al promotor la devolución de las cantidades anticipadas dentro del plazo de los dos años posteriores a la fecha prevista de entrega de la vivienda. Una vez resuelto el contrato y reclamada al promotor la devolución de las cantidades anticipadas dentro de ese plazo de dos años, si el promotor no las devuelve en el plazo de treinta días, el adquirente podrá interponer la pertinente acción contra el avalista dentro del plazo general de prescripción de cinco años (54).

Evidentemente, este plazo de caducidad del aval no puede aplicarse retroactivamente a los avales otorgados antes de la entrada en vigor de la DA 1.ª (que fue el 1 de enero de 2016) y, además, entendemos que no puede apreciarse de oficio por los Tribunales, pues la norma no impone la caducidad de la acción del adquirente frente al avalista, que podría ser apreciable de oficio, sino la caducidad de la garantía, que es algo diferente, y que deberá alegar en el proceso la entidad avalista (arts. 216 LEC) (55).

---

(54) Esta interpretación es coherente con lo establecido en la letra a) del apartado dos, número 2, de la DA 1.ª, que dispone que el aval debe mantenerse en vigor por la entidad de crédito «*desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*». Más detalle en Estruch Estruch, J., 2017, pp. 71-73. Véase también Sáenz de Jubera Higuero, B., *RCDI*, pp. 1274, 1282-1284.

(55) Véanse las SSTS núm. 752/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021, 4987); 715/2021, de 25 de octubre (RJ 2021, 4896); 374/2021, de 31 de mayo (RJ 2021, 2592) y 200/2021, de 13 de abril (RJ 2021, 1709), y el comentario a la primera de Moreno Navarrete, M. Á., *CCJC,* núm. 119, 2022 (consultado en Proview Aranzadi).

11. SUPUESTOS EN LOS QUE EL ADQUIRENTE PUEDE EXIGIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

De los apartados tres letra a), cuatro y cinco de la DA 1.ª se desprende que si la construcción no hubiera llegado a iniciarse, o la vivienda no hubiera sido entregada con la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte para su ocupación dentro de los plazos convenidos, el adquirente podrá resolver el contrato, exigiendo la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y los correspondientes intereses legales, o conceder una prórroga al promotor.

Si el adquirente optara por la resolución del contrato y la exigencia de devolución de las cantidades entregadas y el promotor no hiciera efectivo su pago en el plazo de treinta días desde el requerimiento, podría reclamar la devolución de estas cantidades de las entidades que asumieron la garantía de esta obligación del promotor [letra h) del apartado dos, número 1 y letra b) del apartado dos, número 2 DA 1.ª].

Por lo tanto, la primera causa de resolución del contrato contemplada por la DA 1.ª es que la construcción no se inicie dentro del plazo convenido. Por inicio de la construcción, a nuestro juicio, debe entenderse, al menos, la suscripción del acta de replanteo o de comienzo de obra[(56)].

La segunda causa de resolución es la falta de entrega de la vivienda junto con la licencia de primera ocupación o el documento administrativo que faculte para su adecuada utilización en el plazo convenido[(57)].

---

(56) *Cfr.* artículos 11, 12 y 13 LOE. Véase Estruch Estruch, J., 2017, pp. 81-83.

(57) Evidentemente, no se considerará cumplida la obligación de entrega del promotor si la vivienda está finalizada, pero carece de las necesarias autorizaciones administrativas que permitan legalmente su ocupación y utilización. Actualmente, no hay duda de que el TS considera que la entrega de la vivienda no es completa si, junto con la edificación terminada, no se entrega al comprador la correspondiente licencia de primera ocupación o documento equivalente. Véanse las SSTS núm. 137/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 959) y 218/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1357).

Por otra parte, en el ámbito de la construcción, la jurisprudencia ha sido muy estricta en la consideración de las causas de fuerza mayor justificativas de un retraso en la entrega de la vivienda. Únicamente se consideran causas de fuerza mayor aquellas circunstancias totalmente imprevisibles e inevitables y no circunstancias totalmente normales en una construcción, que se desarrolla a lo largo de mucho tiempo, como pueden ser el retraso en la actuación de las administraciones públicas o de las empresas suministradoras, las inclemencias meteorológicas, el hallazgo de restos arqueológicos, la falta de mano de obra, las huelgas de la construcción, los accidentes que se puedan producir en la obra, la falta de financiación, etc. Véanse las SSTS núm. 535/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4433); 744/2014, de 22 de diciembre (RJ 2014, 6406); 743/2013, de 19 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6625) y 742/2014, de 11 de diciembre (RJ 2014, 6374).

Respecto de esta causa de resolución, el TS a lo largo de los últimos años ha ido modulando su doctrina, admitiendo actualmente la resolución del contrato de compraventa por retraso en la entrega de la vivienda o en la concesión de la licencia de primera ocupación aun cuando el retraso no sea de especial intensidad o relevancia[58]. No obstante, exige que el derecho de opción del comprador por la resolución se ejercite de buena fe, sin admitir resoluciones por razones oportunistas, que no tengan un interés jurídicamente atendible[59].

Al margen de las causas de resolución previstas en la DA 1.ª, la jurisprudencia ha considerado que el adquirente también podrá resolver el contrato y exigir del promotor (y, en su caso, de los garantes) la devolución de las cantidades anticipadas, junto con los impuestos e intereses, cuando, a pesar de que se haya finalizado la construcción de la vivienda con la correspondiente licencia de ocupación, exista algún problema urbanístico que haga peligrar «*el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas*»[60]*;* o bien cuando el promotor pretenda entregar la vivienda con alguna carga no prevista en el contrato, o sin haber amortizado la hipoteca que gravaba la vivienda construida en la cuantía convenida[61].

12. LA CONCESIÓN DE PRÓRROGA POR EL ADQUIRENTE

Ante el retraso en la entrega de la vivienda o en el inicio de las obras, el adquirente también podrá conceder una prórroga al promotor para que finalice más tarde la construcción. Esta prórroga deberá hacerse constar

(58) Véanse las SSTS núm. 731/2015, de 21 de diciembre (RJ 2016, 31) y 778/2014, Pleno, de 20 de enero (RJ 2015, 361). A pesar de que desde la Ley 57/1968 el retraso en la entrega de la vivienda tenía la consideración de causa legal de resolución a la que podía optar el adquirente que anticipó cantidades (*Cfr.* artículo 3 Ley 57/1968), solo muy recientemente el TS ha considerado que el retraso en la entrega de la vivienda o en la concesión de la licencia de primera ocupación, aun cuando no sea especialmente relevante o intenso, justifica esa resolución. Puede verse la evolución jurisprudencial en Estruch Estruch, J., 2017, pp. 88-102.

(59) Se entiende que el comprador ejercita de mala fe su derecho de optar por la resolución del contrato cuando lo haga una vez que la vivienda está terminada y en condiciones de ser entregada con la correspondiente licencia de ocupación, y el vendedor ya le hubiera requerido para otorgar la escritura [SSTS núm. 220/2016, de 7 de abril (RJ 2016, 4289); 732/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 5748); 476/2015, de 10 de septiembre (RJ 2015, 3715) y 237/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 1363)].

(60) STS núm. 527/2016, de 12 de septiembre (RJ 2016, 4437). Véase el comentario a la misma de García Aburuza, M.ª P., *Revista Aranzadi Doctrinal*, consultado en BIB 2016\85547; y de Carrancho Herrero, T., *CCJC*, núm. 104, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

(61) SSTS 130/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 47559); 128/2021, de 8 de marzo (RJ 2021, 1066) y 255/2019, de 7 de mayo (RJ 2019, 1882).

en una cláusula adicional del contrato, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda (apartado cuarto DA 1.ª). Sin embargo, debe tenerse presente que la concesión de esta prórroga por el adquirente podría conllevar la pérdida de la garantía de devolución de las cantidades anticipadas (*cfr.* artículos 1851 CC y 11 y 12 LCS), ya que la entidad aseguradora o avalista no tiene la obligación de prorrogar el contrato de seguro o aval para garantizar la devolución en el caso de que la vivienda no se entregue dentro del nuevo plazo convenido en la prórroga.

La entidad aseguradora o avalista es libre de ampliar o no el plazo de garantía previsto inicialmente, por lo que puede negarse a ello [*cfr.* letra f) apartado dos.1 DA 1.ª], aunque, en ocasiones, le convendrá más aceptar la prórroga de la garantía que proceder de inmediato a devolver al adquirente las cantidades garantizadas (si es que el adquirente no aceptara la prórroga ofrecida por el promotor a menos que la garante, a su vez, acepte la ampliación del plazo de garantía).

13. CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS

El apartado 5 DA 1.ª indica que las entidades garantes podrán cancelar las garantías cuando se acredite por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente una vez expedida la licencia de ocupación o el documento equivalente. También podrán cancelar las garantías si el adquirente rehusara injustificadamente recibir la vivienda totalmente terminada y con la correspondiente licencia de ocupación.

Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado que también se podrán extinguir las garantías si, antes del vencimiento del plazo de inicio de la construcción o de entrega de la vivienda, el adquirente y el promotor llegaran a un acuerdo para dejar sin efecto el contrato de compraventa.

Ahora bien, se mantendrán las garantías y, por lo tanto, el adquiriente podrá dirigirse contra las entidades garantes exigiendo la restitución de las cantidades anticipadas, si el mutuo disenso fuera posterior a la fecha prevista de entrega de la vivienda o de inicio de la construcción y este acuerdo para dejar sin efecto el contrato de compraventa estuviera motivado por el previo incumplimiento de las obligaciones del promotor y no por la libre determinación del adquirente[(62)].

(62) SSTS núm. 520/2021, de 12 de julio (RJ 2021, 3362); 173/2021, de 29 de marzo (RJ 2021, 1471); 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 578/2015, de 19 de octubre (RJ 2015, 4847); 434/2015, de 23 de julio (RJ 2015, 3513) y 133/2015, Pleno, de 23 de marzo (RJ 2015, 1158).

De igual modo, se admite que el comprador, después del incumplimiento de la obligación de entrega por el promotor, pueda libremente llegar a un acuerdo transaccional con éste (v. gr. condonando parte de las cantidades adeudadas, o los intereses, a cambio del cobro inmediato de lo debido), acuerdo transaccional que beneficiará igualmente a las entidades garantes y también a la entidad de crédito receptora de los anticipos[63].

14. IMPERATIVIDAD DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DA 1.ª

Tanto por los antecedentes legislativos como por la tramitación parlamentaria de la norma[64], puede defenderse que el contenido de la DA 1.ª es imperativo, al menos en cuanto a la protección mínima que se debe dispensar al adquirente de vivienda que anticipa cantidades durante su construcción. Por lo tanto, respecto de esa protección mínima imperativa no puede operar la autonomía de la voluntad, por lo que todas aquellas disposiciones contractuales que, en perjuicio del adquirente, reduzcan la protección dispensada por la norma, deberían considerarse nulas por contravención de una norma imperativa (art. 6.3 CC), con la consecuencia de tenerse por no puestas[65].

Además, cuando el adquirente de la vivienda sea un consumidor, se podrán declarar abusivas todas las estipulaciones del contrato de compraventa no negociadas individualmente «*que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 82 LGDCU); siendo abusivas, en todo caso, las cláusulas contractuales «*que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*» (art. 86 LGDCU).

---

(63) SSTS núm. 446/2020, de 20 de julio (RJ 2020, 2488) referida a la entidad de crédito avalista, y núm. 459/2017, de 18 de julio (RJ 2017, 3643), referida a la entidad de crédito receptora de los anticipos. Véase el completo comentario a esta última sentencia de Milà Rafel, R., *CCJC*, núm. 107, 2018 (consultado en Proview Aranzadi).

(64) El legislador, en el Preámbulo de la Ley 20/2015, señaló que la finalidad de la reforma del régimen jurídico de las cantidades anticipadas era «*dotar de mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de vivienda*». Por otro lado, gran parte de la regulación actual de la DA 1.ª reproduce el contenido de la Ley 57/1968, que era claramente imperativa y, además, en su artículo 7 consideraba irrenunciables los derechos que la norma concedía a los adquirentes de viviendas.

(65) En el mismo sentido, Pérez Vega, Á., *RdPat*, pp. 171-172; Casado Casado, B., *InDret*, p. 10; Gallego Domínguez, I., *RDP*, p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

Almarcha Jaime, J., «Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la LOSSEAR», *CESCO*, 24 de octubre de 2015.

Alonso Pérez, M.ª T., «Las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compraventa de vivienda por construir», *RGLJ*, núm. 1, 2010.

Añón Calvete, J., «Nuevo régimen jurídico de las obligaciones del promotor por la percepción de cantidades a cuenta. (Derogación de la Ley 57/68 y modificación de la D. A. 1.ª de la LOE)», *tirantonline.com*, 27 de julio de 2015 (TOL 5.212.164).

Busto Lago, J. M., «Comentario a la STS 12 julio 2016», *CCJC*, núm. 103, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

Carrancho Herrero, T., «Comentario a la STS 12 septiembre 2016», *CCJC*, núm. 104, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

Carrasco Perera, Á., «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», en Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Régimen jurídico de la Edificación*, Pamplona, 2007.

Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., «Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas», en *Derecho de la construcción y la vivienda*, Pamplona, 2012.

Carrasco Perera, Á., «Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda», *CESCO*, 21 de mayo de 2015.

— «Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de vivienda: un paso atrás», *CESCO*, 31 de enero de 2020, (2020-a).

— «La nueva litigiosidad en materia de adelantos de precio de compraventa de viviendas», *CESCO*, 19 de septiembre de 2020, (2020-b).

Carrasco Perera, Á. y Almarcha Jaime, J., «El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)», *RES*, núm. 167, 2016.

Casado Casado, B., «Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», *InDret*, núm. 4, 2016.

Díaz Martínez, A., «Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción. (Interpretación y aplicación jurisprudencial de la Ley 57/1968)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015 (consultado en BIB 2015/4804).

Díaz Teijeiro, C. M.ª, «La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda», *RDC*, Vol. 6, núm. 3, 2019.

Diéguez Oliva, R., «Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria», *RdPat*, núm. 22, 2009.

Estruch Estruch, J. *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción,* Madrid, 2009.

— *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017.

Fernández Baldomero, E., «El seguro de caución para garantizar el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en la DA 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», *European Scientific Journal*, vol. 11, núm. 34, 2015 (consultado el 3 de septiembre de 2024, en eujournal.org/index.php/esj/article/viewFile/6737/6463).

Fernández Manzano, L. A. y Ruiz Echauri, J. (Coord.), *Comentarios a la LOSSEAR*, Madrid, 2015 (consultado el 11 de septiembre de 2024, en https://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2015/07/22/doc_lossear.pdf).

Gallego Córcoles, A., «Comentario a la STS 23 mayo 2014», *CCJC*, núm. 97, 2015.

Gallego Domínguez, I., «Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 reformada por la Ley 20/2015», *RDP*, núm. 6, 2015.

García Pérez, C. L., «Comentario a la STS 17 octubre 2022», *CCJC*, núm. 122, 2023 (consultado en Proview Aranzadi).

García Aburuza, M.ª P., «Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la Sentencia del TS de 12 de septiembre de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016 (consultado en BIB 2016\85547).

Juan Gómez, M. C., «Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia», *RCDI*, núm. 753, 2016.

López San Luis, R., «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)», *RCDI*, núm. 763, 2017.

— «Comentario a la STS 8 enero 2020», *CCJC*, núm. 114, 2020 (consultado en Proview Aranzadi).

López y García de la Serrana, J., «El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 4, 2011.

Maldonado Molina, F. J., «Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 2011.

Martín Briceño, M.ª R., «Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio», *RCDI*, núm. 768, 2018.

Martín Faba, J. M.ª, «Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual», *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, 2022.

Milà Rafel, R., «Comentario a la STS 18 julio 2017», *CCJC*, núm. 107, 2018 (consultado en Proview Aranzadi).

Moreno Navarrete, M. Á., «Comentario a la STS 2 noviembre 2021», *CCJC*, núm. 119, 2022 (consultado en Proview Aranzadi).

Pérez Calvo, I., «El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 52, 2015.

Pérez Vega, Á., «Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda», *RdPat*, núm. 40, 2016.

Sáenz de Jubera Higuero, B., «Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción», *RCDI*, núm. 778, 2020.

Salas Carceller, A., «Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016 (consultado en BIB 2016\3055).

Sanz Acosta, L., «Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura», *La Ley* 5736/2014 (consultado en laleydigital).

Sillero Crovetto, B., «La protección del comprador de vivienda. La ley 57/1968 *versus* Disposición Adicional Primera de la LOE», *RDC*, núm. 3, 2016.

Verdera Server, R., «Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1968», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* t. 2, Carrasco Perera, Á. (Dir.), Pamplona, 2013.

Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario a la STS 320/2019», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 11, Madrid, 2020.

C. Responsabilidad civil por falta de conformidad de la vivienda adquirida a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra*

María Teresa Alonso Pérez
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
alonsop@unizar.es

Resumen: *En este capítulo se analiza la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato por el que se adquiere la propiedad de una vivienda, ya sea un contrato de compraventa o un contrato de obra. Se estudian, concretamente, los remedios que ofrece el Ordenamiento jurídico para solventar el problema que genera al adquirente de la vivienda el incumplimiento por parte del vendedor o constructor que entrega o construye una vivienda defectuosa, imperfecta, deficiente, en definitiva, no conforme a lo pactado.*

* Estudio efectuado en el marco de los siguientes Proyectos de Investigación: «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31) financiado por MINECO; Proyecto «Dificultades en el acceso a la vivienda y posibles soluciones» (IUZ2022-CSJ-16) de la Fundación Bancaria Ibercaja; Proyecto «Rehabilitación de edificios y propiedad horizontal» de la Cátedra Zaragoza-Vivienda (Ref. C019/2020_4).

Palabras clave: *Vivienda. Edificio. Responsabilidad civil. Falta de conformidad. Incumplimiento.*

Abstract: *This chapter analyses the issue of civil liability for breach of contract for acquiring ownership of a home, whether it is a contract of sale or a construction contract. The remedies offered by the legal system in the event of a home's lack of conformity are studied in order to solve the problem that non-compliance by the seller or builder generates for his counterparty by delivering or building a home that is defective, imperfect, deficient, in short, not in accordance with what was agreed.*

Keywords: *Housing. Building. Civil liability. Lack of conformity. Non-compliance. Contract of sale. Building Construction Agreement.*

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Conjunto normativo de referencia. 3. Elementos subjetivos: 3.1 Sujetos perjudicados: propietarios y terceros adquirentes. 3.2 Sujetos responsables: la disociación e individualización de responsabilidades que permite la LOE. 3.2.1 Regla de principio: responsabilidad personal e individualizada. 3.2.2. La solidaridad como excepción a la regla general. 3.2.3 El promotor responde frente al perjudicado con carácter solidario al resto de agentes que intervienen en la construcción. 3.2.4 Evolución jurisprudencial hacia la individualización de las responsabilidades de los agentes de la edificación. 4. Los plazos de garantía como elementos conformadores del supuesto de hecho en caso de daños materiales causados en la vivienda. 4.1 Plazos de garantía. 4.2 El *dies a quo* del plazo de garantía: la recepción de la obra. 5. El plazo de prescripción de la acción basada en la LOE. 5.1 Los mecanismos de postergación del *dies a quo*. En particular, la configuración de los daños como continuados. 5.2 Inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados. 6. El recurso a otros regímenes distintos de la LOE como indicador de patologías o deficiencias normativas**.** 7. Reflexiones finales. 8. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La propiedad de una vivienda puede adquirirse a través de múltiples negocios jurídicos, en esta ocasión nos vamos a centrar en su adquisición a través del contrato de compraventa y del contrato de obra, en relación a los cuales vamos a estudiar, concretamente, la cuestión de la responsabilidad civil por incumplimiento del vendedor o del contratista frente al comprador o comitente, respectivamente. Se trata de analizar la regulación de la falta de conformidad de la vivienda, y, por tanto, los remedios que puede activar el adquirente o comitente para solventar el problema que plantea el incumplimiento del vendedor o promotor-constructor entregando o construyendo

una vivienda defectuosa, imperfecta, deficiente, en definitiva, una vivienda que no es conforme a lo pactado(1).

No es necesario incidir en la importancia de la materia, habida cuenta de que la adquisición de la propiedad de la vivienda es un contrato de gran relevancia para los particulares y sus familias porque es el lugar donde desarrollan su vida personal y familiar, con todo lo que ello implica. Además, este contrato – y la garantía real hipotecaria que suele concertarse al mismo tiempo para financiar la compra o la construcción– afecta e incide enormemente en la situación económica del destinatario último de la vivienda en concepto de propietario, debido al elevado precio que debe pagarse por su adquisición o construcción, quedando comprometido el patrimonio personal y/o familiar durante un extensísimo período de tiempo. Los problemas que genera la falta de conformidad de la vivienda suelen trascender el ámbito meramente patrimonial o económico de los afectados, pudiendo llegar a verse alterados su estabilidad y equilibrio familiar o personal. Nos encontramos, por tanto, ante un tema de gran trascendencia.

Sin embargo, esta cuestión no debe analizarse atendiendo exclusivamente a los intereses de quien ocupa la posición de la demanda de vivienda en el mercado, sino que, además, debe tenerse en cuenta que el sector de la construcción es relevante en la economía española(2); por ello, la regulación de los contratos que conciertan los demandantes de edificios o viviendas con las empresas y profesionales que ocupan la posición de la oferta en el mercado puede influir en el equilibrio y desarrollo de un sector que es clave para la economía nacional.

Nos encontramos, por tanto, ante una materia en la que convergen intereses diversos y su regulación debería conseguir un justo equilibrio entre unos y otros. Uno de los aspectos que pueden contribuir en mayor medida a dicho equilibrio es el relativo a la responsabilidad. Puede ocurrir que, desde el punto de vista de política legislativa, se entienda que debe prevalecer un interés sobre el otro. En este sentido conviene recordar que el artículo 51 CE establece el principio de protección de los consumidores, lo que habrá de ser considerado en este punto.

Para efectuar el análisis de esta cuestión, partiremos del conjunto normativo de referencia. También estudiaremos la última jurisprudencia en la materia. El hecho de que se cumplan 25 años desde la promulgación de la LOE hace oportuno valorar su incidencia en la práctica, de

(1) Debido al alcance de la obra en que se ubica este trabajo voy a referir el estudio a la vivienda, pero todo lo que aquí se dice puede ir referido, en principio, a la construcción y compraventa de edificios, estén destinados o no a vivienda.

(2) No en vano la Exposición de Motivos de la LOE empieza aludiendo a dicha realidad, diciendo que: *El sector de la edificación es uno de los principales sectores económicos con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad.*

modo que hemos efectuado un análisis exhaustivo de la jurisprudencia vertida en esta materia durante los últimos diez años por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Este examen jurisprudencial nos ha permitido detectar los aspectos más problemáticos en la práctica, los cuales estudiaremos minuciosamente, en orden a proponer, en su caso, mejoras de la regulación. El trabajo comienza con un análisis de las cuestiones que suscitan los sujetos perjudicados, pero es el estudio de aquellos a quienes puede imputarse la responsabilidad el que suscita mayor interés, ya que se plantean numerosos problemas relativos a la organización de la responsabilidad cuando son varios los agentes que intervienen en la edificación, apreciándose en este ámbito una evolución jurisprudencial muy relevante y que se destacará convenientemente. Seguidamente, se estudian los problemas suscitados por los plazos de garantía y de prescripción. Antes de las reflexiones finales, se alude a cómo las deficiencias del régimen jurídico determinan, pese a que se trate de regulación específica o especial, el recurso a normas de alcance general, lo que puede ser indicativo de alguna patología normativa que habría que atender[3].

2. CONJUNTO NORMATIVO DE REFERENCIA

Cuando se adquiere la propiedad de una vivienda a través de un contrato de compraventa, el incumplimiento del mismo por parte del vendedor debe reconducirse, en principio, a la regulación de la *responsabilidad por incumplimiento en la compraventa* –saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y ss del Código civil–. Sin embargo, estas normas no son resolutivas en este ámbito debido, fundamentalmente, al plazo de caducidad tan breve de 6 meses que establece el artículo 1490 del Código civil para ejercitar las acciones correspondientes. Ahora bien, en caso de que dicho plazo no haya transcurrido, pueden invocarse dichos preceptos como fundamento de la demanda que persiga los remedios arbitrados en dicha sede, siempre y cuando entre el demandante y el demandado haya mediado un contrato de compraventa.

Es sabido que, debido a la inoperancia de las normas que específicamente regulan el incumplimiento contractual por parte del vendedor cuando se aplican a la compraventa de inmuebles edificados, la regulación de estos supuestos se recondujo a las normas que regulan *el con-*

(3) Quedan excluidos del presente capítulo las cuestiones relativas a los seguros en la construcción y los supuestos de responsabilidad extracontractual Sobre los seguros en esta materia puede consultarse: Pacheco Jimenez, M. N., *Los seguros en el proceso de la edificación,* edit. La Ley, 2008.

trato de obra. Más específicamente, el artículo 1591 del Código civil se aplicó a la falta de conformidad en la compraventa de vivienda –y de inmuebles edificados–, aunque se ubica en sede de contrato de obra. De modo que la regulación de la responsabilidad civil por incumplimiento o falta de conformidad ha sido la misma tanto si se adquiría la vivienda a través de un contrato de compraventa como si se mandaba construir a través de un contrato de obra. Lo cual, en principio, no resulta del todo inapropiado porque el contrato de obra que toma como referencia el Código civil es el contrato de construcción de edificios.

El hecho de que la regulación sea la misma con independencia de que nos encontremos ante un contrato de obra o de compraventa arbitra para el comprador remedios propios del contrato de obra, como son la indemnización o la reparación de los desperfectos, neutralizando otros más típicos de la compraventa, como la resolución del contrato con la correspondiente restitución (en caso de que el incumplimiento sea esencial), y que son inoperantes en el contrato de obra por lo que explico a continuación. En efecto, en un contrato de obra no cabe como remedio del incumplimiento del contratista aplicar la resolución del contrato con la consiguiente restitución de las prestaciones porque, cuando se encarga la construcción de una vivienda sobre un solar cuya propiedad es del comitente, la vivienda conforme se va edificando y en todo momento es propiedad del comitente en virtud del principio de accesión inmobiliaria; de modo que el constructor nunca la podría restituir porque nunca detenta su propiedad, quedando abierta únicamente la posibilidad de reparar o indemnizar en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Al extenderse el artículo 1591 del Código civil a la compraventa de vivienda se aplican generalizadamente los remedios de la indemnización o reparación cuando, sin embargo, en la compraventa de vivienda sí cabría, como remedio, la restitución de las prestaciones en caso de que el incumplimiento fuera esencial. No obstante, la falta de conformidad de la vivienda debida a las imperfecciones o defectos que tenga en el momento de la recepción, normalmente no podrá ser considerada un incumplimiento esencial de los que abran la vía a la resolución del contrato con la consiguiente restitución de prestaciones por aplicación del artículo 1124 del Código civil. Si bien en algunos casos sí podría darse ese supuesto y esa posibilidad debería quedar abierta en caso de compraventa[4].

(4) Al hilo de la posibilidad de restitución de las prestaciones en caso de contrato de compraventa y siempre que el incumplimiento sea esencial puede ser interesante citar la STS 88/2020, de 6 de febrero (Roj 313/2020) que versa sobre la venta de un apartamento con vistas al mar que, al poco tiempo de su adquisición, quedan obstaculizadas por una nueva construcción que se interpone entre el edificio en que se encontraba el apartamento comprado y el mar. El litigio se fundamenta en el error como vicio del consentimiento y finaliza decretando la nulidad del contrato y ordenando la restitución

En cualquier caso, el artículo 1591 CC se ha entendido aplicable a la compraventa de viviendas y edificios, además de al contrato de obra. La interpretación que del artículo 1591 del Código civil hizo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo fue perfilando su significado precisamente y lo fue ajustando al desarrollo de las técnicas edificatorias y a la realidad del mercado de la construcción de vivienda y, en consecuencia, incluyendo en su alcance supuestos que no estaban específicamente contemplados en el precepto. Esta doctrina jurisprudencial se construyó y se aplicó por los Tribunales de tal manera que la seguridad jurídica para el adquirente o comitente de la vivienda era máxima a la vista del resultado de los litigios que, en gran medida, le favorecían frente al constructor-promotor o a los profesionales que intervenían en el proceso de edificación o en la comercialización de la vivienda.

En dicho panorama, más que normativo, jurisprudencial, irrumpe hace ahora 25 años la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, reguladora de la misma cuestión que contempla el artículo 1591 del Código civil. Siguiendo la inercia marcada por la situación normativa y jurisprudencial anterior, esta Ley no va a diferenciar los remedios en función de si el contrato celebrado para la adquisición o construcción de la vivienda o edificio es de compraventa o de obra. La regulación, por tanto, va a seguir siendo única para los dos tipos contractuales.

Las relaciones entre la LOE y el artículo 1591 del Código civil suscitaron un intenso debate doctrinal en el momento en que aquella se promulgó, debido a que no fue explícita sobre si derogaba o no el artículo 1591 del Código civil. A mi entender, este debate se cerró en falso porque los Tribunales, desde un principio y apoyados por ciertos autores[5], dieron por sentado que el régimen de los artículos 17 y 18 de la LOE había dero-

---

de las prestaciones que habían solicitado los demandantes porque, si no tenía vistas al mar, no les interesaba el apartamento. No es el caso del que aquí estamos tratando, pero sirve para fundamentar cómo en materia de compraventa de vivienda, la restitución de las prestaciones en caso de incumplimiento esencial (la inexistencia de vistas al mar cuando las mismas aparecen en la publicidad podría considerarse incumplimiento esencial) debería arbitrar el remedio de la restitución.

(5) Consideran derogado el artículo 1591 del Código civil tras la aprobación de la LOE: Carrasco Perera, Á., «La insistente recurrencia de un falso problema: «¿Está derogado el art 1591 Código civil?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, 2000. Puede verse también, Ruiz-Rico Ruiz, J. M., y Moreno-Torres Heredia, M.ª L., en «La LOE y el Código civil», en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, edit. Comares, Granada, 2002, pp. 267 ss. También sostienen esta postura, entre otros, Cabanillas Sánchez, A., en «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la edificación», *en Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 406-408; Vicente Domingo, E., «Régimen de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la edificación y su coordinación actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código civil'», en *Actualidad Civil,* núm. 37, 9 a 15 de octubre de 2000, p. 1396. Más recientemente han sostenido esta postura: Santana Navarro, F. L., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», en *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 72, núm. 2, 2019, p. 408.

gado completamente el del artículo 1591 del Código civil, posición que –dicho sea de paso– siguen manteniendo los Tribunales actualmente, cuando, dogmáticamente, no es viable sostener tal postura como reconoce la doctrina más autorizada en la materia[6]. Es cierto que los artículos 17 y 18 de la LOE recortaron de una manera importante el alcance del artículo 1591 del Código civil sustrayendo de su ámbito de aplicación los supuestos que representaban el mayor volumen de casos que acogía, pero dicho precepto sigue vigente para su aplicación a la reparación de daños no contemplados estrictamente en la LOE que solo regula la reparación de los daños materiales causados en el edificio[7]. De modo que el régimen del artículo 1591 Código civil se debería aplicar, siquiera residualmente, para la reparación de daños de carácter personal –fallecimientos, lesiones–, daños morales y perjuicios materiales ocasionados en bienes que no sean el propio edificio o vivienda –automóviles, bienes muebles, otros inmuebles, etcétera–[8]. Por otro lado, se ha entendido que el artículo 1591 CC legitima al promotor –que no puede acogerse a la LOE– para exigir responsabilidad al constructor[9].

En la jurisprudencia de los últimos 10 años todavía se plantea en algunos litigios que llegan en casación al Tribunal Supremo la aplicabilidad del artículo 1591 del Código civil: así, por ejemplo, se aplica el párrafo segundo de dicho precepto para desestimar el recurso de casación en la STS de 8 de marzo de 2011 (Roj 1076/2011); también se aplica el artículo 1591 del Código civil por la STS de 19 de abril de 2012 (Roj: STS 2546/2012), aunque parece ser que es el que corresponde al haberse solicitado la licencia de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE. También la STS 14 de octubre de 2013

(6) Díez-Picazo y Ponce De León, L., «Ley de edificación y Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 5-21, Cadarso Palau, J., en «La responsabilidad de los constructores en la Ley de ordenación de la edificación. Una aproximación a la nueva disciplina», en *El consultor inmobiliario*, núm. 7, noviembre de 2000, p. 10. Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, edit. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011. p. 965 ss.

(7) Por otro lado, la LOE deja fuera de su ámbito de aplicación las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, las intervenciones sobre edificios existentes que no alteren su configuración arquitectónica, las obras que no sean una intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección ambiental o histórico-artística. A estos supuestos podría resultar de aplicación el artículo 1591 CC.

(8) Sobre este debate puede verse más extensamente mi trabajo: Alonso Pérez, M.ª T., «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dir. por Albiez Dohrmann, K. Jochen y Rodríguez Marín, Concepción, edit. Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-158-1, pp. 561-605.

(9) Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana por defectos en la construcción de edificios: su interrelación con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-junio 2024, núm. 118, p. 309.

(Roj 5695/2013), aunque en este caso, al haber allanamiento previo, no se entra en materia.

Pese a que, en pura dogmática, no puede considerarse derogado el artículo 1591 del Código civil, lo cierto es que, en la práctica, los Tribunales proceden a resolver estos litigios como si lo estuviera. De modo que, a la hora de plantear un pleito con alguna garantía de éxito y siempre que se trate de un edificio o vivienda cuya licencia de edificación se haya solicitado con posterioridad al 6 de mayo del 2000 (por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera LOE), debería optarse por fundamentar la demanda en los preceptos de la LOE y solo alternativa o subsidiariamente en el artículo 1591 del Código civil para aquellos perjuicios no cubiertos por aquélla.

Además de las normas de saneamiento por vicios ocultos, del artículo 1591 del Código civil y de los artículos 17 y 18 de la LOE, debemos tomar en consideración, para conformar el conjunto normativo de referencia relativo a esta materia, otras normas de alcance general.

Así, puede comprobarse cómo las demandas planteadas ante los Tribunales se fundan en el artículo 1101 del Código civil, concretamente, cuando se prevé estéril para los intereses del perjudicado la aplicación del régimen de la LOE, normalmente por haber transcurrido, bien el plazo de garantía, bien el brevísimo plazo de prescripción de la acción –dos años desde la producción de los daños ocasionados dentro del período de garantía– que establece el artículo 18 LOE; también se puede recurrir a este precepto para solicitar la indemnización de daños distintos a los materiales causados en la propia vivienda o edificio. El recurso a estas normas de alcance general para fundamentar la demanda se apoya en la propia LOE puesto que su artículo 17 se inicia con el inciso: *Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*, lo que implícitamente supone el reconocimiento de la aplicabilidad de otros regímenes distintos a la propia norma en que se contiene, como se especificará en el epígrafe 6 de este capítulo con cita de jurisprudencia al que nos remitimos.

El principal límite que presenta el artículo 1101 del Código civil para basar una demanda por falta de conformidad de la vivienda adquirida o construida es que solo puede ser invocado por quien ha estado o está vinculado con el demandado por una relación contractual, de manera que los subadquirentes, que sí están amparados por el régimen del artículo 17 LOE –que se refiere expresamente *a los terceros adquirentes*– no lo están a través del artículo 1101 del Código civil. Por contra, este precepto presenta la ventaja de que el plazo de prescripción de la acción es el de 5 años del artículo 1964 del Código civil –frente a los dos años del artículo 18.1 LOE–, sin que exista tampoco plazo de garantía en

que tengan que evidenciarse los daños para tener acceso al remedio de su indemnización o reparación. Por otro lado, mientras la LOE establece, en principio, un sistema de responsabilidad objetiva, el artículo 1101 CC es un sistema subjetivo, de manera que, para imputar la responsabilidad, debería quedar acreditado en el proceso que el demandado ha sido negligente.

Para completar el conjunto normativo todavía queda un precepto que podríamos calificar de extravagante; nos referimos al *artículo 149 del LGDCU* regulador de los «daños causados por la vivienda». La aplicación de este precepto no suele servir de fundamento de las demandas ante los Tribunales y su aplicación, en consecuencia, no es perceptible cuando se estudia la jurisprudencia. Según la dicción literal del precepto su alcance abarca los daños causados por defectos en la vivienda, pero solo aquellos que no estén cubiertos por un régimen legal específico. La delimitación del ámbito de aplicación de este precepto es muy complicada porque se trata de una norma formulada con carácter residual. Puede concluirse que es aplicable para demandar la indemnización de daños personales –incluida la muerte– y de daños materiales en bienes destinados al consumo o uso privados y en tal concepto hayan sido usados por el perjudicado, siempre y cuando el contrato de adquisición sea una compraventa de vivienda[10]. Si es un contrato de obra, dichos daños son cubiertos por el artículo 1591 del Código civil, en la medida en que no lo estén por la LOE. De modo que, conforme a esta interpretación, el artículo 149 LGDCU extraería del artículo 1591 del Código civil los supuestos de daños que contempla referidos a los contratos de compraventa. Ahora bien, como digo, este artículo que tan complicado resulta encajar en el conjunto normativo de referencia, no es aplicado por los Tribunales, probablemente tampoco invocado como fundamento de las demandas. Además, su aplicación suscita muchos problemas porque no se encuentra perfilado completamente siendo muy genérica su regulación, así, por ejemplo, no se recogen plazos de garantía, ni de prescripción de la acción, aunque en este último caso puede recurrirse a los plazos generales de los artículos 1964 y 1968 del Código civil.

Para finalizar este epígrafe, puede indicarse que, si nos atenemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos 10 años, se puede comprobar que únicamente se aplica el régimen de la LOE y el artículo 1101 del Código civil que regula la responsabilidad contractual por incumplimiento con carácter general.

(10) *Vid.* Alonso Pérez, M. Teresa, «El difícil…, cit., p. 589-590.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS

3.1 **Sujetos perjudicados: propietarios y terceros adquirentes**

El artículo 17 LOE contempla la responsabilidad frente *a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división*.

Cuando se alude a los *propietarios* se está contemplando a aquellos sujetos que, siendo propietarios de una vivienda, han contratado directamente su construcción o su adquisición mediante un contrato de obra o de compraventa con los agentes de la edificación, con lo cual se está estableciendo un régimen de responsabilidad contractual(11) por incumplimiento de un contrato de obra o de compraventa.

En segundo lugar, cuando el precepto alude a los *terceros adquirentes* está incluyendo en su ámbito de aplicación algunos supuestos de responsabilidad extracontractual, en cuanto que quien adquiere una vivienda puede reclamar contra los agentes de la edificación, aunque no esté ni haya estado vinculado contractualmente con ellos, es decir, aunque no haya comprado o contratado la construcción de la casa directamente con ellos. A estos terceros se les llama *subaquirentes* y son aquellos sujetos que no adquieren directamente del empresario constructor que ha puesto la vivienda o edificación en el mercado por primera vez, sino que obtienen la vivienda de un sujeto que la ha adquirido directamente del promotor o constructor y que bien podría ser un particular.

De tal manera que las acciones que se derivan del régimen contemplado en los artículos 17 y ss de la LOE pueden interponerlas: el comprador de una vivienda que adquiere directamente del constructor o promotor (de la empresa que las ha construido), también el comitente que encarga a un constructor la realización de una vivienda edificada en un solar de su propiedad y, por último, un subadquirente que compra a un sujeto que, a su vez, ha adquirido del constructor-promotor o que ha sido comitente en un contrato de obra concertado por dicho sujeto.

3.2 **Sujetos responsables: la disociación e individualización de responsabilidades que permite la LOE**

El artículo 17 LOE imputa la responsabilidad por los daños derivados de la falta de conformidad en las viviendas construidas o compradas a las *personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación*. Las características del régimen de responsabilidad al que se ven sometidos

(11) *Vid.* Diez-Picazo, L., «Ley de edificación…, cit., 2000 p. 13-14.

la pluralidad de profesionales que contribuyen a la construcción de la vivienda o del edificio defectuosos o no conformes se perfila más precisamente en los párrafos segundo y tercero de este mismo precepto.

Antes de abordar cómo se organiza en dichos párrafos la responsabilidad de la pluralidad de sujetos que intervienen en la construcción y comercialización de una vivienda –o edificio–, hay que tener en cuenta que, bajo el régimen del artículo 1591 del Código civil, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo disponía generalizadamente la responsabilidad solidaria entre los sujetos intervinientes en la construcción y comercialización del edificio o vivienda[12]. Se hablaba entonces de solidaridad impropia porque dicha doctrina jurisprudencial, ampliamente extendida y aplicada, excepcionaba la norma general de mancomunidad del artículo 1137 CC sin ley que lo permitiera ni contrato que alterara dicho régimen[13]. Tal configuración de la responsabilidad beneficiaba considerablemente los intereses del demandante en cuanto que podía demandar y, en su caso, obtener la indemnización del patrimonio más abultado de los pertenecientes a quienes hubieran hubieran intervenido en la construcción o comercialización de la vivienda. es más, no había necesidad de demandar a todos los sujetos intervinientes, conjurando de este modo el riesgo de tener que pagar unas costas elevadísimas en caso de desestimación de la demanda. Además, cuando se demandaba a todos los intervinientes en el proceso de edificación, la carga de deslindar las causas de los daños recaía sobre los propios demandados, de modo que la indeterminación de la causa no perjudicaba al demandante[14]. La regla de la solidaridad fue uno de los hallazgos más relevantes de la importante doctrina jurisprudencial que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo construyó en torno a la interpretación del artículo 1591 del Código civil. Tal configuración de la responsabilidad supuso, como digo, un avance de primer orden en la protección de los particulares que adquirían o encargaban la construcción de una vivienda o edificio.

Tan razonable parecía esta norma que parece querer trasplantarse a la LOE, la cual también alude a la solidaridad del promotor; sin embargo, se introducen en esta ley algunas salvedades que, como explicaré más adelante, han provocado una deriva del sistema de responsabilidad en esta materia que puede llevar a colocar al perjudicado en una situación más incómoda en el proceso y a desfavorecerlo en términos de Derecho material.

---

(12) Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades*…, cit., p. 292, se refiere a la generalización de la responsabilidad solidaria.

(13) En la STS 19 de mayo de 2015 (ROJ 3824/2015) se dice que ya no cabe hablar de solidaridad impropia.

(14) Este régimen de responsabilidad solidaria de los posibles implicados en el evento dañoso que responde al principio *pro damnato* se incorporaría posteriormente a otros ámbitos normativos para favorecer los intereses del perjudicado, pudiendo servir de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 132 LGDCU.

3.2.1 *Regla de principio: responsabilidad personal e individualizada*

Como digo, la LOE altera el panorama derivado de dicha doctrina jurisprudencial referida al artículo 1591 del Código civil que implantó la solidaridad. En efecto, el párrafo segundo del artículo 17 de la LOE dispone, pretendiendo sentar un principio general en la materia, que *la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada*. De modo que, en puridad y explícitamente, la LOE, lejos de lo que en un principio parecía disponer, hace tabla rasa del principio de solidaridad tal y como había venido siendo aplicado por la Sala de lo Civil del TS durante décadas, estableciendo que la responsabilidad la asume cada agente de la edificación en la medida en que le sea imputable[15]. En esta misma línea, el segundo inciso del artículo 17.1 LOE, al señalar los plazos de garantía, establece que la responsabilidad por los *vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado* corresponde al constructor.

La regla de la solidaridad no es contraria a la responsabilidad personal e individualizada, sin embargo, favorece la posición del demandante perjudicado en el proceso puesto que aquella opera en el plano externo, mientras la personal lo hace en el interno. En el ámbito de la construcción resulta complicado, por razones técnicas, llegar a determinar la causa última del defecto que aparece en el edificio o vivienda, siendo ésta una de las razones que llevaron, bajo el régimen del artículo 1591 CC, al establecimiento jurisprudencial del régimen de solidaridad. La aplicación de esta doctrina evitaba, como he dicho, que en el proceso se tuviera que establecer la causalidad precisa de los daños o defectos constructivos, de manera que la carga de la prueba sobre el origen o causa última de los defectos recaía sobre los demandados si querían liberarse de responsabilidad cuando entendían que la causa no les era imputable. Así las cosas, la delimitación de la causa última de los daños no sería un obstáculo o inconveniente para el perjudicado, sino que se trataría de una cuestión que podía desembocar, en su caso, en un litigio posterior entre quienes habían participado en la construcción. En el régimen de la LOE, es el artículo 18.2 el que contempla la posibilidad de ejercitar acciones de repetición entre los implicados, acción que suscita numerosos interrogantes que quedan fuera de este estudio[16].

---

(15) La STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) alude expresamente a la regla preferente de la responsabilidad personal e individualizada de cada interviniente, diciendo que la solidaridad solo procede si no es posible establecer la causa real de la ruina funcional.

(16) *Vid.* sobre esta cuestión: Rey Muñoz, F. J., «La autonomía de la acción de repetición y su plazo de prescripción en la Ley de ordenación de la edificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudenci*a, ISSN 0210-8518, núm. 2, 2019, pp. 281-306 y Añon Larrey, Ana, «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, núm. 5, 2024.

3.2.2 *La solidaridad como excepción a la regla general*

El artículo 17.3 LOE completa la norma de principio establecida en el artículo precedente disponiendo que, en determinados casos, la responsabilidad será solidaria. Es decir, se establece la solidaridad como excepción a la regla de la individualización en los siguientes casos: cuando no sea viable identificar precisamente al agente que causó el daño y también si no fuera posible indicar el porcentaje en que cada uno de los agentes de la edificación ha contribuido a la producción del daño[17]. Conviene señalar que la regla de la solidaridad se introdujo antes de aprobarse la LOE por la dificultad que suponía identificar precisamente la causa de los daños y, en consecuencia, la dificultad de imputar a cada profesional un porcentaje concreto del perjuicio ocasionado. En la medida en que resulte difícil identificar perfectamente la causa del daño, la regla de la solidaridad se mantendrá también cuando sea aplicable la LOE. Así ocurre en la STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) en la que no es posible deslindar las causas de los daños y se condena solidariamente a todos los demandados.

Finalmente, cabe decir que la DA 7.ª de la LOE permite al sujeto demandado que solicite la notificación de la demanda contra él planteada a otros agentes que hayan podido intervenir en el proceso constructivo. Se trata de la «intervención provocada» que, en algunos casos, hace al demandante invocar que, en caso de desestimación de la demanda, no se le obligue a asumir las costas del que concurre al litigio por intervención provocada a instancia de alguno de los demandados (STS de 1 de julio de 2016 –Roj: STS 3127/2016-).

3.2.3 *El promotor responde frente al perjudicado con carácter solidario al resto de agentes que intervienen en la construcción*

La concesión plena a la regla de la solidaridad aparece cuando se indica – en el segundo inciso del artículo 17.3 LOE– que el promotor, en cualquier caso, responde solidariamente junto a cualquier otro agente interviniente. Se replica, de este modo, el criterio seguido en la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en el artículo 135 LGDCU, que señala al productor del bien como

(17) En el texto de la LOE ya no se hace referencia a la distinción entre vicios de la construcción, de la dirección y del suelo a los que alude el artículo 1591 CC; en sustitución de dicho mecanismo de atribución de la responsabilidad en función de la causa última de los defectos constructivos, la LOE recoge en los artículos 9 a 16 una regulación de los diferentes elementos subjetivos que intervienen en el proceso edificatorio indicando sus obligaciones.

único responsable, ofreciendo así al perjudicado el patrimonio probablemente más solvente de los pertenecientes a los sujetos que intervienen en la cadena de fabricación y comercialización del bien para que responda frente al perjudicado. Sin embargo, conviene subrayar que, en el ámbito de la responsabilidad por daños causados en la edificación de viviendas o edificios, el patrimonio que puede correr mayor riesgo de desaparecer es, precisamente, el del constructor-promotor, porque si bien, probablemente, sea cierto que es quien más se lucra con la promoción y venta de edificios y viviendas, también lo es que su patrimonio es el más expuesto y el que asume mayores riesgos. La materialización de estos riesgos se produjo, por ejemplo, tras la crisis del 2008 cuando muchas empresas constructoras entraron en concurso de acreedores, suponiendo esto un grave problema para los perjudicados a quienes se habían vendido o construido viviendas o edificios no conformes, pues debían buscar argumentos que permitieran implicar a agentes de la construcción como los profesionales de la arquitectura para alcanzar también al patrimonio de sus aseguradoras. Por ese motivo, la garantía que supone el señalamiento normativo del patrimonio del promotor como foco del que pretender, en todo caso, la indemnización o reparación de los daños puede verse frustrada si dicho sujeto o la empresa de la que es titular entra en crisis. Los intereses de los perjudicados estarían más amparados si, junto al patrimonio del promotor, respondieran solidariamente los profesionales con sus correspondientes compañías aseguradoras, en definitiva, si la regla de la solidaridad operara plenamente en este ámbito y no como excepción, es decir, que no se limitara a la figura del promotor.

3.2.4 *Evolución jurisprudencial hacia la individualización de las responsabilidades de los agentes de la edificación*

Esta formulación normativa de la regulación de la responsabilidad por los daños en el ámbito de la construcción cuando concurren varios sujetos a su producción ha propiciado la aparición de una línea jurisprudencial en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cada vez más marcada, la cual profundiza en la individualización de las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.

En esta línea nos encontramos con la STS de 15 de enero de 2020 (Roj 25/2020) que nos proporciona la pauta de a dónde puede conducir finalmente la aplicación reiterada de esta doctrina. Dice esta Sentencia –Fundamento de Derecho tercero– que: *«a cada uno de ellos únicamente se les puede imputar aquellos daños materiales que deriven de la infracción de la* lex artis*, que rige su actividad profesional en la obra de*

construcción y que justifica su intervención en la misma». En esta sentencia se alude a la infracción de la *lex artis*, es decir, a la negligencia o culpa por los diferentes profesionales para imputar la responsabilidad a uno u otro. En este sentido dice que la *responsabilidad exigible a los arquitectos derivaría de la inobservancia de las obligaciones que les corresponden como directores de obra*; también se dice que *la patología de la falta de compactación del terreno no es imputable a los arquitectos recurrentes*. Y entiende, además, que ese vicio constructivo no es imputable a la dirección de la obra que corresponde a los arquitectos. Por otro lado, considera que los defectos en el estado de la calle de acceso a las edificaciones no son imputables al arquitecto director, sino al arquitecto técnico. En definitiva, esta sentencia procede a un deslinde de responsabilidades y añade que: *no responden solidariamente fuera de los supuestos legales, sino que cada uno de ellos lo hace por la inobservancia de la lex artis que disciplina su respectiva intervención en las obras de construcción.* Coherentemente, la Sentencia estima el recurso de casación absolviendo a los arquitectos directores de la obra de responder de un determinado número de deficiencias constructivas cuya reparación se habían demandado en el litigio y que eran imputables a otros profesionales.

Incide en esta línea la STS de 14 de noviembre de 2023 (Roj 4669/2023) que contempla un litigio en el que los daños habían sido provocados por la deficiencia de los materiales utilizados en la construcción. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena exclusivamente a la constructora, mientras que la sentencia de la Audiencia condena solidariamente a los técnicos que intervinieron en la edificación junto a la constructora. El recurso de casación es interpuesto por uno de los técnicos que alega que la utilización de materiales deficientes no le es imputable. El Tribunal Supremo se ve obligado a discriminar qué profesional era responsable de la incorporación de los materiales que causaron los daños al proceso edificatorio, concluyendo que el profesional (arquitecto proyectista) que recurre en casación fue quien los integró en la edificación y que, por tanto, no podía ser absuelto.

Esta forma de solventar este tipo de casos no es coherente con la manera en que venían resolviéndose en el pasado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

El desarrollo de la doctrina que acabamos de referir puede derivar a un punto en el cual se beneficie sustancialmente a quienes ocupan la posición de la oferta en el mercado: constructores, promotores, profesionales y otros agentes intervinientes en la edificación. No habría problema en ello si la política legislativa que dirige el diseño de la regulación fuera encaminada a proteger al sector empresarial por razones económicas, aunque entiendo que sería un obstáculo a dicha directriz el artículo 51 CE que establece el

principio de protección de los consumidores. En esta línea, la inversión económica que supone la adquisición y construcción de viviendas compromete la estabilidad económica de los particulares y de sus familias durante un largo periodo de tiempo, lo que, enfrentado al rendimiento obtenido por quienes empresarial o profesionalmente se dedican a este sector, debería inclinar la balanza –en términos de política legislativa y de diseño de la regulación– a favor de los adquirentes, al menos cuando los compradores y comitentes fueran particulares y encajaran en el concepto de consumidores.

Esta línea puede tener una repercusión notable en el fundamento de la responsabilidad en esta materia.

Así, es preciso tener en cuenta que, cuando la norma de referencia era el artículo 1591 CC (antes de promulgarse la LOE), nos encontrábamos, en esta materia, ante un sistema de responsabilidad que se calificaba como «cuasi-subjetivo», porque se entendía que el fundamento era la culpa y que ésta se presumía –o, lo que es lo mismo, se invertía la carga de su prueba– a la vista de los daños causados (si hay ruina o defectos es que alguien ha sido negligente), funcionando realmente como un sistema de responsabilidad prácticamente objetiva[18]. Este régimen que operaba en torno al artículo 1591 CC, se entiende que es el que se traslada a la LOE que también es calificado como un régimen de responsabilidad objetiva[19], o cuasi-objetiva[20].

Como digo, ahondando esta línea jurisprudencial, dicho sistema puede transformarse, bajo la aplicación prioritaria de la LOE, en un régimen de responsabilidad subjetiva o basada en la culpa, en la que deba analizarse en el proceso la concurrencia de negligencia por parte de los profesionales demandados.

Si el Tribunal Supremo sigue profundizando en esta línea puede existir un riesgo de involución del sistema en este ámbito de la responsabilidad en cuanto que nos acercaremos a un sistema de responsabilidad basado en la culpa, cuando en los litigios referidos a esta materia la concurrencia de negligencia no era un aspecto atendido ni discutido. La negligencia o culpa quedaba en un segundo plano. La evolución de los sistemas de responsa-

(18) En este sentido y en relación al artículo 1591 puede verse: Estruch Estruch, J., *La responsabilidad…*, cit. p. 243 y siguientes; más concretamente, en la p. 251 dice expresamente que la forma en que se resuelven los litigios en la materia no es, en definitiva, más que la *objetivación de la responsabilidad*. En esta misma línea, Rey Muñoz, F. J., *La responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos*, tesis doctoral en: helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf?, en la p. 309, dice que:… *ha contribuido a conformar en la praxis una doctrina jurisprudencial que, de forma casi mecánica, traslada la imputación de modo objetivo a los partícipes en el proceso edificatorio*.

(19) Entiende que el sistema de responsabilidad de la LOE tiene carácter objetivo: Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual…, cit., p. 305.

(20) Rey Muñoz, F. J., *La responsabilidad legal…*, tesis doctoral, p. 309.

bilidad basados en la negligencia –artículo 1101 y 1902 CC– a sistemas objetivos atendía al principio *pro damnato* que, entiendo que, en materia de vivienda de particulares, debería seguir inspirando el diseño y la interpretación de las normas.

Realmente, es como si los agentes de la edificación y la comercialización, aprovechando el principio general que establece el artículo 17.2 LOE de que la responsabilidad es individual y personalizada, hubieran introducido una cuña, que supone un riesgo de desprotección de los particulares que adquieren o encargan la construcción de un edificio, vivienda o inmueble, al convertir el sistema en un régimen basado en la negligencia o culpa, la cual deberá quedar acreditada en el proceso.

4. LOS PLAZOS DE GARANTÍA COMO ELEMENTOS CONFORMADORES DEL SUPUESTO DE HECHO EN CASO DE DAÑOS MATERIALES CAUSADOS EN LA VIVIENDA

4.1 **Plazos de garantía**

Conforme establece el artículo 17 LOE, los daños o defectos del edificio o vivienda deben evidenciarse en un determinado período de tiempo para que los agentes intervinientes en la edificación deban responder de ellos frente a los perjudicados. Dicho plazo tiene pleno sentido en cuanto que parece razonable limitar el período de tiempo durante el cual los sujetos a quienes se puede imputar la responsabilidad deben estar pendientes de la posibilidad de que aparezca un defecto en el edificio o vivienda y que se les presente una reclamación. Se trata de un plazo de garantía que conforma el supuesto de hecho del precepto, de modo que, si los defectos no afloran en el plazo marcado, la responsabilidad no será imputable a los profesionales que intervienen en la construcción o en la venta del inmueble porque no concurrirán todos los elementos del supuesto de hecho previsto en esta norma.

Para fijar el plazo de garantía, la LOE marca una diferencia notable con respecto a su antecedente inmediato, es decir, el artículo 1591 del Código civil. Dicho precepto establecía un plazo unitario de 10 años, de ahí que a este tipo de responsabilidad se le denominara responsabilidad decenal. Si se está regulando la ruina total del inmueble, tiene sentido la fijación de un período decenal de garantía. Sin embargo, el concepto de ruina aludido en el precepto se fue adaptando a la denominada ruina funcional, incluyendo en su ámbito otras deficiencias o defectos que no hacían inhábil el edificio o vivienda para su uso, sin que esa ampliación del alcance del

precepto fuera acompañada de una adaptación de los plazos de garantía. La diferente entidad que podían tener los defectos o deficiencias hacía necesaria una adaptación de los plazos de garantía, tarea que efectúa la LOE, a mi modo de ver, con acierto.

En este sentido, la LOE diferencia tres tipos de daños materiales que pueden producirse en el edificio o vivienda edificada: daños que afectan a la estructura del edificio y que comprometen la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, daños que suponen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del inmueble (se remite para su precisión al artículo 3.1.c LOE) y, por último, *daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*.

La importancia de la distinción de estas tres categorías de daños viene dada porque se dispone un plazo distinto de garantía para cada uno de ellos. Para los defectos estructurales se mantiene el plazo decenal que establecía el artículo 1591 del Código civil, estableciéndose 3 años para los que afectan a los requisitos de habitabilidad y 1 año para los elementos de acabado.

Esta diferenciación del plazo de garantía en función del elemento afectado y de la entidad o gravedad del daño es, a mi entender, el mayor acierto de la LOE, pues no parece razonable que el plazo de garantía fuera el mismo para los diferentes tipos de daños, siendo éste, además, tan extenso.

4.2 **El *dies a quo* del plazo de garantía: la recepción de la obra**

Una de las cuestiones más problemáticas en relación al plazo de garantía es la fijación de su *dies a quo*. El artículo 17 LOE dispone que debe computarse desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de las mismas. La recepción de la obra se encuentra regulada en el artículo 6 de la LOE, cuyo párrafo 5 es coherente con lo dispuesto en el artículo 17.

Se ha considerado que la fijación del *dies a quo* en la fecha de recepción de la obra aporta seguridad jurídica[21]. Esto puede tener sentido cuando nos encontramos ante un contrato de obra, pero no cuando se trata de adquisición de la vivienda mediante compraventa, pues, en este segundo caso, la determinación del *dies a quo* en dicho momento reduce el período en el que el perjudicado puede hacer valer dicha garantía. La razón es que la recepción se produce entre el constructor y el promotor, en un acta que, al menos, firman estos dos sujetos. Cuando se trata de un contrato de obra, el promotor sí comparece, de modo que, en efecto, la fijación del *dies a quo* en ese momento ofrece cierta seguridad jurídica, más todavía si se trata de

(21) Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades*…, cit., p. 622.

autopromoción. Sin embargo, cuando el propietario de la vivienda la adquiere por compraventa no es obligatorio que, a la formalización del documento en que se hace constar la recepción del edificio o vivienda –con o sin reservas–, concurra él como destinatario final de la obra o vivienda construida. De modo que dicho destinatario, que adquiere la propiedad de la vivienda o edificio por compraventa, no interviene en la fijación del momento en el que esos plazos de garantía empiezan a correr y, en consecuencia, es un dato que desconocerá en muchos casos. Si entre la recepción de la obra y la ocupación efectiva de la vivienda o edificio por quien la adquiere por compraventa transcurre un extenso período de tiempo puede ocurrir que dicha garantía no sea efectiva para el destinatario final de la construcción[22]. Es decir, que es factible que, cuando el adquirente ocupa efectivamente la vivienda o edificación, el período de garantía ya haya transcurrido y que dicha garantía no tenga para él ninguna efectividad.

Si se contrasta la regulación de la LOE en este punto con la de la garantía en caso de compraventa de productos, puede comprobarse cómo el artículo 120 LGDCU dispone que el *dies a quo* de dicho período será de tres años *desde la entrega del bien*, no desde el momento en que se entiende concluida la producción del bien, ni siquiera desde el momento de la celebración del contrato. El inicio del plazo de garantía es el momento en que el adquirente del bien lo recibe materialmente. Y de esa misma manera debería haberse regulado en la LOE.

La forma en que se ha regulado esta cuestión en la LOE evidencia que se trata de un período de garantía pensado para liberar al empresario de la construcción de su responsabilidad pasado un tiempo desde la conclusión de la obra. Este plazo de garantía no ha sido concebido como un período de efectividad de una garantía pensada para el destinatario final de la vivienda, como sí lo es el del artículo 120 LGDCU. Se trata de un plazo que presenta más concomitancias con el indicado en el artículo 144 LGDCU referido a la extinción de responsabilidad del productor por los daños causados por productos defectuosos que, por otro lado, es de 10 años desde la puesta en circulación del producto.

A mi entender, debería reformularse la ley para que el *dies a quo* del plazo de garantía fuera la fecha de la primera ocupación de la vivienda por el destinatario que encarga la construcción de una vivienda o que adquiere su propiedad por compraventa; en caso de que se tratara de un subadquirente, el plazo debería hacerse transcurrir desde la fecha en que la vivienda o el edificio es ocupado por quien adquiere directamente del promotor profesional o empresario.

(22) Hay que destacar que el legislador era consciente de que las consecuencias de la ley eran estas tal y como refiere Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual…, cit., p. 293.

5. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN BASADA EN LA LOE

El artículo 18.1 LOE establece como plazo de prescripción de las acciones recogidas en el artículo 17 de esa misma ley el de dos años desde que se producen los daños. La sorprendente brevedad del plazo hace que esta cuestión haya sido uno de los «puntos calientes» en este tipo de litigios desde que se aprobó la ley y que, después de 25 años, siga siendo uno de los aspectos centrales de los pleitos que, sobre esta materia, llegan en casación ante el Tribunal Supremo.

Para destacar la brevedad del plazo basta contrastarlo con otros plazos como, por ejemplo, el general para las acciones personales sin plazo señalado en la ley, que es de cinco años (art. 1964 Código civil); pero aun sorprende más este plazo de dos años al contrastarlo con el de cinco años previsto en el artículo 124 LGDCU para reclamar por la falta de conformidad de los bienes y de los contenidos digitales y ejercitar las acciones correspondientes[23].

En la jurisprudencia referida a esta materia se aprecia cómo los demandados alegan normalmente la excepción de prescripción de la acción, acogiéndose la misma en numerosos casos como, por ejemplo, en el litigio resuelto por la STS de 10 de mayo de 2022 (Roj 1710/2022).

Por otro lado, en algunas sentencias aparecen algunos fundamentos y alegaciones que evidencian una cierta resistencia a aplicar este brevísimo plazo y, de algún modo, se pretende incidir en su duración, promoviendo su ampliación, pero lo cierto es que estos intentos, esporádicos, no precipitan en líneas de decisión que se prolonguen en sentencias posteriores. Estas resoluciones se centran principalmente en dos cuestiones: la postergación del *dies a quo* a un momento posterior al de producción de los daños y, además, vinculado a ese primer mecanismo, algunas sentencias versan sobre la posibilidad de configurar este tipo de perjuicios como daños continuados.

5.1 **Los mecanismos de postergación del *dies a quo*. En particular, la configuración de los daños como continuados**

En algunas sentencias se aprecia el uso de algunos mecanismos que intentan que el *dies a quo* del plazo prescriptivo se fije en un momento

(23) Este plazo de prescripción para ejercitar las acciones correspondientes por la falta de conformidad de los productos era, antes de la reforma operada en la materia, de tres años desde la entrega del producto, según el artículo 123.4 LGDCU en la redacción anterior a la actualmente vigente. De modo que el contraste también era, en cierto modo, insostenible.

posterior a aquel en que se evidencian los daños. En esta línea, la STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) entiende que, además de los dos años de plazo, debe ser posible ejercitar la acción, lo que requiere el conocimiento de la causa de los vicios. Sigue este discurso la STS de 14 de septiembre de 2021 (Roj STS 3308/2021) que va a operar sobre el *dies a quo* impidiendo la prescripción de la acción indicando que el demandante adoptó una actitud diligente y que actuó sin pasividad, ejercitando la acción cuando pudo hacerlo tras conocer el alcance de los daños que se habían producido. De modo que la acreditación de una actitud diligente en el conocimiento del alcance de los daños podría hacer que el *dies a quo* se moviera a un punto cronológico más conveniente a los intereses del perjudicado demandante impidiendo la prescripción de la acción.

Como digo, estos pronunciamientos no dejan de ser destellos esporádicos y no permiten apreciar en las sentencias de los últimos diez años del Tribunal Supremo la consolidación de una doctrina que implante un mecanismo claro y fiable que permita retrasar el *dies a quo* a un punto cronológico posterior al de la producción de los daños que sería más beneficioso para el interés del perjudicado.

Más bien al contrario, algunos argumentos que se han intentado más frecuentemente que el ya referido no han fructificado, como el de la configuración de algunos perjuicios como daños continuados que explico seguidamente.

Otro de los expedientes que se ha utilizado para evitar la prescripción de la acción es, como digo, el de calificar los defectos en las viviendas o edificios como daños continuados, de modo que, como su producción se alarga en el tiempo, su alcance no podría concretarse hasta que no se estabilizaran y pudiera conocerse la realidad del daño causado. Esto supondría un retraso del inicio del cómputo del plazo de prescripción que beneficiaría al perjudicado.

Las SSTS de 14 de diciembre de 2015 (Roj 5628/2015) y la de 4 de julio de 2016 (Roj 3116/2016) parecían ser prometedoras en este sentido porque, en ambas, la consideración del daño como continuado o como daño permanente es determinante para el éxito de la acción. Si bien hay que tener en cuenta que en ambos litigios se trata de responsabilidad en la construcción por daños causados en edificios colindantes, de modo que la acción que se ejercita no es la del artículo 17 LOE –porque era un supuesto de daños en edificio colindante y dicha normativa no es, en principio, aplicable– y el plazo de prescripción que se aplica es el del artículo 1968 CC. En la primera de ellas, la Audiencia, acogiendo la excepción de prescripción de la acción, había revocado la sentencia de primera instancia que condenaba a los demandados. El Tribunal Supremo, entiende que nos encontramos ante daños continuados y que, por lo tanto, la

estabilización de los efectos y consecuencias lesivas del daño producido no se produce cuando se inicia la actividad generadora del mismo ni al poco tiempo de su finalización, sino tiempo después. La sentencia no califica explícitamente de daños continuados a los producidos como consecuencia de la construcción de un edificio en otro edificio colindante, pero implícitamente lo da a entender. En una línea similar, en el litigio que resuelve la STS de 4 de julio de 2016 (Roj 3116/2016), la Audiencia se basa precisamente en que los daños eran continuados para revocar la sentencia de instancia que había desestimado la demanda por prescripción de la acción. De modo que el recurso de casación discurre sobre esta cuestión: en dicha sentencia, el TS acoge la decisión de la Audiencia en orden a la fecha de consolidación y fijación de los daños que supone la consideración del daño como continuado.

Sin embargo, las sentencias más recientes que abordan esta cuestión y la refieren a los daños causados en la propia construcción (no en la colindante) no son tan claras ni terminantes como las ya referida, más bien al contrario. De modo que parece una vía que se abre sigilosamente para el supuesto de daños en edificios colindantes, pero que, cuando se ha planteado para los casos de daños en el propio edificio, no ha resultado operativa para beneficiar los intereses del demandante.

Así, la STS de 11 de diciembre de 2013 (Roj 5885/2013) elude entrar en materia amparándose en que se trataba de una cuestión nueva sobre la que no se había pronunciado la sentencia de apelación. La STS de 31 de octubre de 2014 (Roj STS 4431/2014) considera que ni las humedades ni el desprendimiento de losetas de la fachada pueden considerarse daños continuados, y que el *dies a quo* del plazo prescriptivo empieza a correr desde que se avisa de los daños al constructor a través de un burofax. Se usa el argumento de que se trata de daños continuados para fundar el recurso de casación que resuelve la STS 10 de mayo de 2022 (Roj 1710/2022), la cual entiende que los daños eran permanentes y ya estaban estabilizados, en lo que considero que podría ser un portazo –si se me permite la expresión– a la posibilidad de usar el argumento de los daños continuados como mecanismo de alargamiento del plazo de prescripción mediante el retraso del *dies a quo*.

Conviene señalar que el Tribunal Supremo ha rechazado la consideración de los daños como continuados incluso en supuestos que podrían entenderse especialmente aptos para la aplicación de esta doctrina como en el caso de humedades (STS 31.10.2014 – Roj STS 4431/2014-). Pese a que la eficacia de este mecanismo no aparece consolidada en la jurisprudencia del TS, entiendo que puede tener cierto recorrido[24], sobre todo

(24) El mecanismo de los daños continuados, sin embargo, está siendo efectivo en las Audiencias Provinciales para impedir la prescripción de la acción. Puede verse al respecto con abun-

en daños como los derivados de filtraciones o daños que se van agravando con el paso del tiempo –cimentación– y conviene seguir la pista a la evolución de esta doctrina por parte del Tribunal Supremo. Puede referirse en este sentido que el TS asume la consideración de «daños continuados» cuando la Audiencia Provincial así lo ha entendido (Auto TS 19 de diciembre de 2018 – Roj ATS 13624/2018-) inadmitiendo el recurso de casación, entre otros razonamientos, en base a la consideración de la sentencia de la Audiencia Provincial que decía que el defecto del deslizamiento o corrimiento de la cubierta es continuado y que, por lo tanto, el plazo de prescripción ni siquiera había empezado a correr.

5.2 **Inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados**

Como he explicado, los mecanismos explorados para evitar el problema derivado de la brevedad del plazo de prescripción de la acción, no parecen precipitar en líneas consolidadas y seguras, perjudicando los intereses de los demandantes. Sin embargo, curiosamente, sí hallamos algún mecanismo establecido como doctrina jurisprudencial que va a favorecer los intereses de los agentes de la edificación y comercializadores en lo atinente al plazo de prescripción de la acción y que consiste en la inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados.

Así como los perjudicados-demandantes intentan el uso de ciertos mecanismos para que la acción no se entienda prescrita, los demandados están usando otro tipo de argumentos para que la acción se entienda prescrita con respecto a alguno o algunos de ellos. Y estos, al contrario de los anteriores y curiosamente, sí que son exitosos.

Bajo el régimen del artículo 1591 del Código civil, se consideraba que los agentes de la edificación respondían solidariamente. Se hablaba, entonces, como ya he dicho anteriormente, de «solidaridad impropia» porque ningún precepto establecía expresamente la solidaridad de la responsabilidad en esta materia y, al aplicarla, se estaba obviando la norma general de mancomunidad del artículo 1137 Código civil. En esta tesitura, se entendía que la prescripción operada respecto a uno de los demandados se extendía a los demás.

---

dante cita de jurisprudencia menor: Puche Ramos, A., «La determinación del plazo de inicio de la prescripción de la acción en reclamación de vicios o defectos constructivos. ¿Caben los daños continuados en la LOE?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, núm. 133, 2018.

Sin embargo, bajo el régimen de la LOE, la solidaridad ya no es impropia porque, dándose una serie de circunstancias, se establece expresamente en el artículo 17.3 LOE, al menos con respecto al promotor con carácter general y en los términos explicados con antelación. Así las cosas, se entiende que algunas actuaciones de la parte demandante –reclamaciones extrajudiciales– que pueden provocar la interrupción del plazo prescriptivo con respecto a alguno o algunos de los demandados, pueden no ser operativas frente a otros y estos, claro está, lo hacen valer.

Así, cuando se alega que el plazo de prescripción de la acción no ha prescrito porque concurrió una reclamación que provocó su interrupción, algunos de los agentes de la edificación demandados alegan que dicha interrupción no opera en su contra porque no consta que se les hubiera hecho llegar la reclamación extrajudicial en que el adquirente de la edificación o vivienda hacía constar los defectos de la misma y reclamaba su reparación. De modo que, mientras la interrupción del plazo de prescripción se produce para quien recibió dicha reclamación, no opera para los demás al no constar que la recibieran. Esta doctrina puede apreciarse de manera clara en la STS 3 de julio de 2018 (Roj 2023/2018) que exime de responsabilidad al arquitecto técnico que había intervenido en la edificación porque a él no se le requirió y, por tanto, el plazo de prescripción no quedó interrumpido con respecto a él. En el mismo sentido se habían pronunciado previamente: la STS de 27 de junio de 2017 (Roj 2719/2017), la STS de 1 de julio de 2016 (Roj 3127/2016), la STS de 15 de septiembre de 2015 (Roj 3838/2015). Destacamos la STS de 17 de septiembre de 2015 (Roj 3824/2015) que, podríamos decir, lleva esta doctrina hasta sus últimas consecuencias. Esta sentencia resuelve un litigio en el que la reclamación extrajudicial se formuló frente a la promotora, a la que, después, no se demandó porque la demanda se interpuso únicamente contra la arquitecta técnica a quien no se había formulado reclamación extrajudicial ni se había hecho llegar la efectuada al promotor. El TS revoca la sentencia de la Audiencia, que había confirmado la de instancia que condenaba a la arquitecta técnica, eximiendo a esta de responsabilidad, con base en la consideración de que, para ella, la reclamación extrajudicial no había operado como causa de interrupción del plazo de prescripción y la acción estaba prescrita frente a ella.

Cabe hablar, por lo tanto, de una doctrina consolidada, con respecto a la cual puede aportarse algún matiz como el incorporado por la STS 22 de junio de 2020 (Roj 1999/ 2020) en la que el Tribunal entiende que, aunque la reclamación extrajudicial del demandante haciendo constar la producción de una serie de daños no se dirigiera particularmente frente a los técnicos (arquitecto y aparejador), está demostrado que tuvieron conocimiento de dicha reclamación ya que incluso visitaron la vivienda para el análisis de los desperfectos.

Esta doctrina jurisprudencial a la que acabo de referirme revela un flanco por el que se debilita la protección de los particulares que compran una vivienda o encargan su construcción. Y es que, debe tenerse en cuenta que cualquier actuación llevada a cabo con la intención de interrumpir el breve plazo de prescripción de 2 años debe practicarse frente a todos los agentes intervinientes en la edificación y comercialización del edificio o vivienda, porque, de no hacerse así, la acción puede haber prescrito para alguno o algunos de ellos. Si no se opera de este modo, se expone al perjudicado al riesgo de que el patrimonio acaso más solvente para hacer frente a los daños sufridos no se encuentre a su disposición por haber prescrito la acción con respecto al titular del mismo.

Puede comprobarse, por lo dicho, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a personalizar e individualizar –al igual que lo ha hecho la LOE con la responsabilidad– los plazos de prescripción de la acción de dos años contemplada en el artículo 18.1 de la LOE.

6. EL RECURSO A OTROS REGÍMENES DISTINTOS DE LA LOE COMO INDICADOR DE PATOLOGÍAS O DEFICIENCIAS NORMATIVAS

Para suplir las deficiencias que la regulación de la LOE presenta para proteger a los adquirentes y destinatarios finales de las construcciones, sean viviendas o edificios, algunos autores entienden que el perjudicado puede recurrir a las normas generales de la responsabilidad contractual[(25)].

Esta forma de proceder, recurriendo a otras normas distintas de la LOE y de alcance general, puede ampararse en el inciso que *ab initio* introduce el propio artículo 17 LOE cuando dice: *Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*. Por otro lado, el artículo 18.1 LOE, al regular el plazo de prescripción, indica que el plazo es de dos años para exigir la responsabilidad del artículo anterior y añade: «*sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*».

De modo que, en principio, la propia LOE contempla explícitamente que la reclamación de daños causados por la falta de conformidad de una vivienda adquirida o construida puede basarse en otros fundamentos nor-

(25) Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades*…, cit., p. 621, recurre a dichas normas para sortear los plazos de garantía que no pueden interrumpirse ni suspenderse. Así frente al vendedor considera invocables los artículos 1091, 1098, 1101, 1124, 1258 Código civil. Y frente al resto de agentes de la edificación entiende aplicable el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.

mativos ajenos a la misma. No obstante, es significativo, en términos de eficacia de la normativa específica que es la LOE, que los perjudicados recurran a otros fundamentos legales para basar sus demandas.

Este es otro de los puntos que merece ser destacado del análisis jurisprudencial de los últimos años: la existencia de litigios en los que la reclamación de daños no se apoya en la LOE o, al menos, no solo en la LOE, sino que se fundamenta en otros preceptos como el artículo 1101 del Código civil y el artículo 1591 del Código civil. Así, en la STS de 30 de enero de 2018 (Roj 206/2018) se ejercita una doble acción, una basada en la LOE y otra basada en las normas generales de la responsabilidad contractual. En esta sentencia conviene señalar que, además de los daños materiales causados en el edificio, se piden daños morales que, como sabemos, no se encuentran cubiertos por el régimen de la LOE.

El recurso a otras normas que se cifra, fundamentalmente, en acudir al artículo 1101 Código civil, persigue, como principal objetivo, sortear las deficiencias normativas que la regulación contenida en la LOE presenta para los intereses de los destinatarios finales de las viviendas o edificios: la fijación del *dies a quo* del plazo de garantía en la fecha de recepción de la obra que puede determinar que dicho plazo ya haya transcurrido total o parcialmente cuando se adquiere la vivienda[(26)], el breve plazo de prescripción de dos años del artículo 18.1 LOE o, finalmente, la necesidad de que quede acreditado en el proceso que la causa de los daños es imputable al profesional demandado.

El recurso a esa normativa general como fundamento de las reclamaciones está siendo efectivo, tal y como se aprecia en la STS de 24 de mayo de 2017 (Roj 1991/2017) en la que se ejercita la acción del artículo 1101 del Código civil y, con ello, se consigue que la acción no se entienda prescrita porque queda excluida expresamente del plazo de 2 años indicado en el artículo 18.1 LOE.

Otra finalidad del recurso al artículo 1101 del Código civil es poder exigir la indemnización de daños que no sean propiamente daños materiales causados en el propio edificio; en la STS de 24 de mayo de 2017 (Roj 1991/2017) se exige como concepto indemnizatorio la renta pagada por el demandante para alquilar un piso mientras se reparan los daños; en la STS de 30 de enero de 2018 (Roj 206/2018) el demandante exige también la indemnización de daños morales. No obstante, en ninguna de las dos resoluciones tiene recorrido argumental la exigencia de este tipo de daños.

(26) Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual…, cit., p. 301, entiende que pueden ejercitarse las acciones generales cuando han transcurrido los plazos de garantía de la LOE.

No obstante, el recurso al artículo 1101 del Código civil como fundamento de la responsabilidad presenta el límite de que el demandante debe haber tenido una relación contractual con los demandados, porque, de lo contrario, no podrá invocar dicho precepto. En la STS 27 de diciembre de 2013 (Roj 6669/2013), el Juzgado de primera instancia, había entendido prescrita la acción y, en consecuencia, había desestimado la demanda; sin embargo, la Audiencia Provincial entiende que se ha ejercitado conjuntamente la acción de responsabilidad contractual y, por tanto, revoca la sentencia de instancia, condenando a todos de manera solidaria al no poder entenderse prescrita la acción. Los arquitectos recurren en casación alegando que no mantenían con el demandante ninguna relación contractual, puesto que a ellos los había contratado la empresa de arquitectura con quien contrató directamente el demandante para encargarle el Proyecto. Esta ausencia de relación contractual de los arquitectos con el demandante lleva al Tribunal Supremo a estimar el motivo del recurso de casación, modificando la sentencia de la Audiencia provincial para exonerar de responsabilidad a los arquitectos.

Por otro lado, la existencia de una relación contractual veda el artículo 1101 del Código civil como fundamento de la reclamación a los particulares que han adquirido o encargado la construcción de un edificio frente a los agentes de la edificación con los que no han contratado directamente; tampoco podrán recurrir a este fundamento normativo los denominados «subadquirentes», es decir, aquellos que han adquirido la vivienda de quien contrató directamente con el promotor. Sin embargo, en la STS de 22 de junio de 2022 (Roj 2619/2022), el TS reconoce legitimación a los segundos adquirentes y acoge el recurso de casación estimando la demanda. Curiosamente, este fundamento se apoya en sentencias del Tribunal Supremo en que se procedía a la aplicación del artículo 1591 CC y que extendían la legitimación pasiva para ejercitar la acción a los subadquirentes, concretamente y entre ellas la STS 597/1997, de 30 de junio.

Por su parte, Puga Pérez, destaca que el recurso al artículo 1101 del CC presenta el inconveniente de que es un sistema de responsabilidad basado en la culpa o negligencia y, en consecuencia, la carga de la prueba de dicho elemento recae sobre el demandante; además, entiende que, en este caso, no rige la solidaridad[27]. Sin embargo, en lo que respecta a la primera cuestión, Rey Muñoz sostiene que: Aunque en teoría existe una diferencia entre la responsabilidad *ex* LOE, de carácter cuasi-objetivo, y la de índole contractual, de carácter, en principio, subjetivo, en la práctica procesal esa circunstancia no se traduce en consecuencias relevantes[28].

(27) Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual…, cit., p. 312.
(28) Rey Muñoz, F. J., *La responsabilidad legal…,* cit., (tesis doctoral) p. 309.

7. REFLEXIONES FINALES

La norma de referencia en lo atinente a la responsabilidad civil por daños consistentes en defectos de la construcción de edificios y, en consecuencia, de viviendas, es la LOE. No obstante, no se trata de una referencia normativa exclusiva debiendo contarse también con los artículos 1484 y ss del CC en sede de compraventa, el artículo 1591 del Código civil y el artículo 149 LGDCU y su remisión al artículo 148 LGDCU, como normas específicas. No obstante, estas últimas normas no aparecen referidas en las resoluciones de los últimos años de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debido a que algunas, seguramente, no fundamentan las demandas (arts. 1484 y ss CC, artículo 149 LGDCU) y a que los Tribunales han entendido –equivocadamente– que el artículo 1591 CC fue derogado por la LOE.

La LOE y la interpretación que de ella están haciendo los Tribunales está generando una situación que se traduce en que los intereses de los profesionales y empresarios que se dedican al sector de la construcción y comercialización de viviendas son primados por encima de los de sujetos que adquieren la propiedad de dichas viviendas y que, en muchos casos, pueden ser considerados consumidores. Realidad que contrasta con el que la justificación de la LOE, según su Exposición de Motivos, sea la de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Dicho desequilibrio normativo que favorece los intereses de quienes en el mercado aparecen en el lado de la oferta de edificios y de viviendas podría encontrar alguna justificación en el momento en que se promulgó la LOE, pues la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 CC que había efectuado hasta ese momento la Sala Primera del Tribunal Supremo favorecía en gran medida los intereses del adquirente de la vivienda o edificación, ya lo fuera a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra.

La LOE, sin embargo, si bien parece que, por un lado, regula algunos aspectos con el objetivo de equilibrar los intereses confluyentes, por otro, incorpora elementos regulatorios que desequilibran la balanza perjudicando seriamente los intereses de los adquirentes. Quizás se deba a que el sector de la construcción deba ser especialmente protegido por intereses económicos del país, pero no debe obviarse que el artículo 51 CE exige la protección de los consumidores y el adquirente de vivienda normalmente va a encajar en el concepto de consumidor del artículo 3 LGDCU.

Uno de los aspectos que regula razonablemente la LOE para amparar los intereses de los agentes intervinientes en la edificación es el de la gra-

dación temporal de los plazos de garantía en función de la entidad de los daños, pues no parecía razonable que el mismo plazo, que, nada más y nada menos, es de 10 años en el artículo 1591 CC, sirviera para defectos tanto en elementos estructurales como para otro tipo de defectos menos graves y que no afectan al uso o destino que puede hacerse del edificio o vivienda.

Como digo, la regulación de los plazos de garantía favoreciendo los intereses de los agentes intervinientes en la construcción y comercialización de edificios y viviendas es razonable, pero no lo es que el resto de aspectos que se regulan en la LOE sobre esta materia favorezcan también los mismos intereses, perjudicando los de los adquirentes.

En efecto, el resto de la regulación que, en este punto, incorpora la LOE descompensa la solución normativa ofrecida al problema de falta de conformidad del edificio o vivienda perjudicando los intereses de quien acaba siendo su propietario por adquirirlo a través de un contrato de obra o de compraventa. Así, puede referirse la fijación del *dies a quo* del plazo de garantía sin tomar en consideración el momento en el que el destinatario final de la vivienda o edificio hace uso del mismo por primera vez, sino como un mecanismo de liberación de la responsabilidad de los agentes intervinientes en la construcción y comercialización pasado un determinado período de tiempo. Otro aspecto que indica esta tendencia de la norma a favorecer los intereses empresariales y profesionales es la fijación de un plazo de prescripción de dos años desde que aparecen los desperfectos: este plazo es brevísimo y dificulta, junto con el *dies a quo* del plazo de garantía, la interposición de acciones por parte de los perjudicados. Por otro lado, haber *disuelto* –si se me permite la expresión– la forma en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplicaba la solidaridad en esta materia, incorporando expresamente en la ley que la responsabilidad es individualizada, ha determinado una evolución del sistema que lo aparta de criterios cuasi-subjetivos y lo acerca a un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la culpa, acercándose una posible involución del sistema establecido por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en torno al artículo 1591 CC. Dicha individualización establecida normativamente está siendo invocada por los profesionales y empresarios demandados para defenderse en los Tribunales y estos, como no puede ser de otro modo, la están aplicando. Por otro lado, se puede apreciar cómo la interpretación que el Tribunal Supremo está haciendo de cuestiones como la prescripción de la acción –que puede producirse para unos, pero no para otros agentes intervinientes en la edificación– también contraría los intereses de los adquirentes de edificios y viviendas defectuosos.

Puede pensarse que es justo que así sea, que la negligencia es el fundamento de la responsabilidad en nuestro Ordenamiento y que así debe

ser en esta materia también. Sin embargo, entiendo que el criterio cuasi-subjetivo que durante tanto tiempo se aplicó en esta materia al hilo del artículo 1591 CC atendía adecuadamente los intereses de particulares que adquieren su vivienda con un gran esfuerzo económico. Parece razonable que se proteja, de manera reforzada, a los adquirentes de vivienda por la importancia del bien de que se trata.

Esta regulación, desequilibrada en detrimento del perjudicado, de la responsabilidad civil en caso de edificios y viviendas no conformes no se balancea o compensa a través de la regulación del seguro obligatorio que aparece contemplado en el artículo 19 LOE pues solo es obligatoria su efectividad durante los plazos de garantía de 10, 3 y 1 año; además, los seguros solo deben cubrir los daños materiales en el edificio que son los contemplados en la ley, de modo que no sirven para cubrir aquellos daños a los que no alcanza la LOE como se deriva de la lista de exclusiones de su artículo 19.9.

Resta decir que, debido a la inoperancia o poca efectividad de la LOE para solventar equilibradamente los litigios que se suscitan en esta materia, las demandas se basan en normas generales de responsabilidad contractual, fundamentalmente en el artículo 1101 del Código civil –aunque también tiene cabida el artículo 1124 CC–, lo cual permite prescindir del *dies a quo* del plazo de garantía, además de alargar el plazo de prescripción hasta los 5 años por aplicación del artículo 1964.2 CC. No obstante, este recurso normativo presenta la limitación de que el demandante y los demandados deben haber estado vinculados a través de una relación contractual, lo que excluye de este mecanismo a los subadquirentes que solo podrán invocar los preceptos de la LOE y, en su caso, el artículo 1591 CC – que se interpretó que los alcanzaba– y los artículos 148 y 149 LGDCU cuando proceda su aplicación.

Tras este repaso a las principales cuestiones que suscita esta materia, considero que podría mejorarse la normativa mediante modificaciones de la LOE que permitieran solventar más equilibradamente los litigios. Concretamente, entiendo que la medida más importante consistiría en corregir el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 18.1 LOE, ampliándolo a, al menos, cinco años. También podría operarse sobre la fijación del *dies a quo* de dicho plazo.

Una segunda modificación importante debería incidir en el *dies a quo* del plazo de garantía para que atendiera al primer uso del propietario de la vivienda o edificación; eso convertiría este mecanismo en una verdadera garantía para el adquirente y no en un mecanismo de liberación de responsabilidad de los empresarios y profesionales que intervienen en la construcción y comercialización de los edificios y de las viviendas una vez que ha pasado un determinado período de tiempo.

Por otro lado, acaso la responsabilidad debiera ser solidaria entre todos los implicados, tal y como la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo interpretaba el artículo 1591 CC antes de promulgarse la LOE. Desde luego, tal regulación beneficiaría los intereses de los adquirentes propietarios de viviendas y edificios, pero entiendo que es una cuestión que debe ser meditada y valorada convenientemente pues dicha doctrina suponía que los agentes intervinientes en la edificación y sus aseguradoras se vieran implicados en litigios y tuvieran que responder por defectos que no eran de su incumbencia.

8. BIBLIOGRAFÍA

Abascal Monedero, P. J., «Responsabilidad civil en la construcción: ¿sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Volumen 1, núm. 1-12, 2003, pp. 127-135.

Alonso Pérez, M.ª T., «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción», en Contrato de obra y protección de los consumidores, dir. por Albiez Dohrmann, K. Jochen y Rodríguez Marín, Concepción, edit. Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-158-1, pp. 561-605.

Añon Larrey, A., «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, núm. 5, 2024.

Blanco Martín, P., La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación: sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición, Dykinson, 2021. ISBN 978-84-1377-317-9.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Ley de edificación y Código civil», en Anuario de Derecho Civil, 2000, pp. 5-21.

Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia»*, edit. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

— «Las responsabilidades de los agentes de la edificación en la LOE», en *Derecho de daños* / Mario Enrique Clemente Meoro (dir.) , María Elena Cobas Cobiella (dir.), 2021, ISBN 978-84-1397-023-3, pp. 951-1007.

García Cantero, G., «La responsabilidad civil por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil», *en Anuario de Derecho Civil*, 1963, núm. 4, pp. 9-78.

Pacheco Jimenez, M.ª N., *Los seguros en el proceso de la edificación*, edit. La Ley, 2008. ISBN 978-84-9725-972-9.

Puche Ramos, A., «La determinación del plazo de inicio de la prescripción de la acción en reclamación de vicios o defectos constructivos. ¿Caben los daños continuados en la LOE?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, núm. 133, 2018.

Puga Perez, M. Y., «Responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana por defectos en la construcción de edificios: su interrelación con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-junio 2024, núm. 118, pp. 285-328.

— «Responsabilidad civil por vicios de la construcción en el ordenamiento jurídico español: sistema de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y su concurrencia con otros regímenes», tesis doctoral. Universidad de Vigo, 2022.

— «El seguro obligatorio de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, ISSN-e 2255-1824, núm. 22, 2020, pp. 45-67.

Rey Muñoz, F. J., *La responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos,* tesis doctoral en acceso abierto: helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf?

— *La responsabilidad contractual por defectos en la edificación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

— «La autonomía de la acción de repetición y su plazo de prescripción en la Ley de ordenación de la edificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudenci*a, ISSN 0210-8518, núm. 2, 2019, pp. 281-306.

Santana Navarro, F. L., *La responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, Marcial Pons, 2018. ISBN 978-84-9123-515-6.

— «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», en *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 72, núm. 2, 2019, pp. 355-418.

D. Transparencia urbanística *

Aurelio Barrio Gallardo
Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
abarrio@unizar.es

Resumen: *La falta de conocimiento real y efectivo de las condiciones urbanísticas cuando se compra una finca puede deparar, en más de una ocasión, la frustración del fin negocial con el que fue adquirida, al no poderse realizar objetivamente el interés de la parte (p. ej. edificar sobre ella). Dicha contravención de la disciplina urbanística obedece bien a que la situación administrativa del terreno era ignorada de forma disculpable por el comprador, bien a que fue silenciada maliciosamente por la contraparte al tiempo de la contratación o, simplemente, porque sobrevino una modificación del planeamiento con posterioridad a la perfección contractual. Aparte del estudio de los remedios que proporciona el legislador, se sugieren, desde la perspectiva del Derecho civil, algunas soluciones para intentar prevenir estas anomalías, dirigidas a incrementar la transparencia urbanística en el momento de concluirse las operaciones inmobiliarias.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Grupo de Investigación DE IURE (S S26_23R) del Gobierno de Aragón y del Proyecto I+D+I: «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención (PID2022-139585OB-I00); de los que son IP, Herrero Perezagua, J. F., y López Sánchez, J. CU de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Palabras clave: *legalidad urbanística; impugnación y resolución del contrato, vicios del consentimiento,* aliud pro alio, *redhibición, publicidad administrativa y registral.*

Abstract: *The lack of real and effective knowledge of the urban planning conditions when purchasing a property can sometimes lead to the frustration of the business purpose for which it was acquired, as the interest of the party cannot be objectively realized (e.g. building). This contravention of planning discipline may be due either to the fact the administrative situation of the land was excusably ignored by the buyer, or because it was maliciously silenced by the counterparty at the time of contracting, or simply because a modification to the planning occurred after the contract was made. Apart from the study of the remedies provided by the legislator, some solutions, from the perspective of civil law, are proposed to try to prevent or reduce these anomalies, increasing urban transparency at the time the different real estate operations are made.*

Keywords: *urban planning legality; challenge and termination of the contract, defects of consent,* aliud pro alio, *redhibition, administrative and registry publicity.*

Sumario: 1. Impugnación por vicios del consentimiento. 1.1 Introducción. 1.2 Error. 1.2.1 Condiciones urbanísticas. 1.2.2 Esencialidad. 1.2.3 Excusabilidad. 1.3 Dolo. 2. Resolución contractual. 2.1 Remedio general. 2.2 Remedio específico. 3. Saneamiento por vicios ocultos. 4. Conclusiones. 4.1 Concurso de acciones. 4.2 Publicidad registral e intervención notarial. 5. Bibliografía.

1. IMPUGNACIÓN POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

1.1 **Introducción**

Para que un negocio con finalidad traslativa, sea del dominio pleno, sea de un derecho real limitado sobre la finca, surta los efectos que le son propios es preciso que el consentimiento –siempre se ha dicho que es el alma del contrato (STS 30 septiembre 1963 [RJ 3958])–, entendido como el concurso entre la oferta y la aceptación (art. 1262 CC)– obedez-

ca a la voluntad consciente, racional y libre por ambas partes[1]. Aun cuando comprador y vendedor reúnan capacidad de ejercicio suficiente para asumir sus obligaciones, la formación de su voluntad negocial puede verse aquejada por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento (STS 6 junio 1953 [RJ 1658]) afectando a sus facultades cognitivas, como acontece cuando concurren vicios ex artículo 1265 CC con trascendencia anulatoria del negocio. La disconformidad entre las condiciones o situación urbanística de la finca, que se ha representado mentalmente el sujeto, y las verdaderamente existentes en la realidad, ha dado lugar en los tribunales a impugnaciones, solicitando dejar sin efecto el contrato, fundadas, en su mayor parte, en error (art. 1266) y, en menor medida, basadas en el dolo de la contraparte (art. 1269 CC).

1.2 **Error**

1.2.1 *Condiciones urbanísticas*

Jurisprudencia y doctrina científica coinciden en afirmar que el error en la sustancia –referido en el artículo 1266. I CC– debe ser entendido en sentido amplio y alcanza la materia o esencia de la cosa, pero también aquellas cualidades que siendo propias de ella o más o menos conexas, son tenidas en cuenta por las partes[2]. Así que tal equivocación puede recaer igualmente sobre determinados atributos o caracteres, ajenos a su materia, pero reputados esenciales para los contratantes (STS 21 junio 1978 [RJ 2359]; más recientemente, STS 17 febrero 2014 [RJ 1862] y STS 12 enero 2015 [RJ 608]) y que aquella de la que se carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó su celebración (STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

Entre tales características, destacan las limitaciones a la edificabilidad del terrero, que conciernen al contenido de la propiedad urbana; así la jurisprudencia ha estimado que hay error si se compra una parcela para construir y luego resulta que esto no era posible por impedirlo la normativa urbanística (STS 27 febrero 1954 [RJ 709]; STS 20 enero 1964 [RJ 355]; STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 1 de

(1) Lete del Río, J. M., *Derecho de Obligaciones*, II, Tecnos, Madrid, 1989, p. 35; Lacruz Berdejo, J. L., y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Dykinson, Madrid, 2000, p. 364.

(2) *Cfr.* Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* I-2, Bosch, Barcelona, 1980, p. 217; García Cantero, G., y Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral,* III, Reus, Madrid, 2008, p. 644; Martínez de Aguirre Aldaz, *et al., Curso de Derecho Civil*, II-1, Edisofer, Madrid, 2023, p. 359.

marzo 1983 [RJ 1412]; STS 27 mayo 1983 [RJ 1412]; STS 18 febrero 1985 [RJ 560]; STS 4 enero 1989 [RJ 92]; STS 27 marzo 1989 [RJ\2201]); STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]; STS 26 noviembre 1996 [RJ 8279]; STS 10 noviembre 2002 [RJ 10263]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

1.2.2 *Esencialidad*

No cualquier error que padece el sujeto tiene suficiente entidad como para invalidar el consentimiento y, a la postre, desvincularle de la obligación inicialmente asumida –p. ej. pagar el precio en la compraventa–. Si así fuera, toda equivocación, aún la más nimia, daría al traste con la operación, dejando inerme a la contraparte que habría de soportar, en soledad, el perjuicio que depara la ineficacia del contrato. Desde antiguo, y por influencia francesa, el error al proferir la declaración para deparar la anulabilidad negocial debe reunir los requisitos de esencialidad y excusabilidad (STS 4 enero 1902; *cfr.* además, STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820], FJ5).

Así se dice que el error es esencial cuando ha sido lo determinante o causa principal de la emisión de la declaración de voluntad negocial, idea esta que se encuentra presente en el propio tenor literal de la norma («… que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» [art. 1266. I CC]). Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento (STS 6 febrero 2020 [RJ 313]; STS 2 noviembre 2021 [RJ 5444]). Debe existir entonces un nexo de causalidad entre el error y la declaración de voluntad contractual –carácter sobre el que ha insistido el TS en su doctrina más antigua STS 14 mayo 1968; STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]; y, más próximas al presente, STS 25 febrero 1995 [RJ 1643]; STS 19 febrero 1996 [RJ 1605])– y, a su vez, recaer sobre una característica esencial o relevante, sin cuya concurrencia no se habría perfeccionado el negocio, a modo de una *conditio sine qua non*.

Dicha trascendencia o gravedad necesaria se halla recogida, además, en todos los tratados clásicos de nuestra disciplina donde se subraya que la esencialidad guarda relación con el carácter determinante y la importancia decisiva del error para mover a la contratación, que ha de ser la causa principal de la misma[3]. El TS no solo ha tenido en cuenta el carác-

(3) De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967, p. 111; Cossío y Corral, A., *Instituciones de Derecho Civil,* I, Alianza Universidad, Madrid, 1975, p. 158; Albaladejo García, M., *Curso,* I-2, *op. cit.*, p. 213; Morales Moreno, A. M., «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 462.

ter causal del error desde esta perspectiva, como equivocación de una entidad suficiente, sino que, al enjuiciar dicho presupuesto, relativo a una característica esencial o relevante –p. ej. el carácter urbanizable de la finca– la ha anudado o vinculado a la finalidad pretendida conjuntamente por las partes mediante la conclusión del negocio jurídico (ST 21 mayo 1963 [RJ 3586]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]); con aquello que es base, materia y motivo de la contratación (STS 8 marzo 1929).

El criterio para formarse un juicio acerca de la esencialidad puede ser objetivo –se tiene en cuenta la opinión del tráfico, o sea, el sentir común ante un caso como el contemplado– o subjetivo– cuando solo se atiende a si el sujeto concreto que padeció el error atribuyó carácter decisivo para emitir su declaración a la circunstancia sobre la que erró[4]. En un principio, si bien la jurisprudencia adoptó una concepción subjetiva (STS 14 junio 1943; STS 5 marzo 1960; STS 30 septiembre 1963 [RJ 3958] y STS 26 noviembre 1974 [RJ 4490]), parece que el TS, en la actualidad, abraza una interpretación objetivista, basada en criterios mensurables, que se aleje de percepción íntima y personal de quien sufre el error (STS 6 febrero 2020 [RJ\ 313]). En cualquier caso, la seguridad del tráfico exige que el error recaiga sobre aspectos que han sido incorporados a la causa del contrato[5], que dichas condiciones formen parte del acto jurídico, con virtualidad para integrarse en la causa (STS 9 abril 1980 [RJ 1411]), y que puedan ser considerados como presupuesto de la base del negocio, aunque en alguna ocasión no se hayan explicitado, pero resulten evidentes en el curso de la negociación y, por ende, perfectamente conocidas por la contraparte (v. gr. si se vende una parcela no urbanizable a un constructor que actúa en el giro habitual del negocio).

Así pues, la presencia de esas cualidades, características o atributos, p. ej. en la finca, fue lo «que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste» (entre otras, la STS 12 julio 2002 [RJ 7145]; STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 6 febrero 2020 [RJ313]) y, a la inversa, su carencia, entonces, resulta determinante de la anulabilidad del contrato (STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]). Si resulta acreditado –como así fue– que el objetivo perseguido por ambas partes en el contrato era la adquisición de una parcela para levantar sobre ella un bloque de apartamentos de 15 plantas, con un total aprox. 63 viviendas, y dicho proyecto no era viable por oponerse a ello la disciplina urbanística –que solo autorizaba un máximo

(4) Albaladejo García, M., *Curso…* I-2, *op. cit.*, p. 213.
(5) *Vid.* De Castro y Bravo, F., *El negocio…, op. cit.*, 1967, pp. 111 ss.

de 8– debe apreciarse error sustancial[6] en el consentimiento sobre las condiciones esenciales del solar, que fueron el elemento determinante –o motivo principal– para su compra, viciándolo de nulidad relativa (STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]).

Los casos que han llegado hasta el Alto Tribunal ofrecen numerosos ejemplos del carácter esencial de este vicio volitivo cuando, p. ej. se venden varias fincas, como solares y, por tanto, en la creencia errónea de que presumiblemente eran aptas para la edificación y, luego, resultaron no ser urbanizables (STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]). En todos, el error del comprador sobre las cualidades esenciales del objeto, carácter no urbanizable del suelo, reserva para usos dotacionales, situación fuera de ordenación, etc. frustra el propósito que perseguía el adquirente –auténtica base y finalidad del negocio– que fue condición esencial del contrato, al no poder darle a la finca el destino que pretendía: construir sobre el terreno.

Tal sucede si se adquiere una parcela con la finalidad de levantar en ella una nave industrial y el inmueble no reúne las condiciones urbanísticas necesarias, pese a que el vendedor le había atribuido la condición de solar en los tratos preliminares y en la escritura pública (STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]); cuando la existencia de una norma urbanística imposibilita la edificación (STS 3 junio 2003 [RJ 5331]); se vende una finca con una superficie que no cumplía con los mínimos para destinarla a fines urbanísticos, al vulnerar las previsiones de la Ley del Suelo 1992, entonces vigente (STS 14 febrero 2000 [RJ 824]); la parte adquirente no es consciente de que la edificación es contraria a la disciplina urbanística de la zona (STS 4 octubre 2013 [RJ 7251]); la actuación dolosa de la contraparte lleva a asumir erróneamente que la finca permutada tiene carácter urbanizable (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]). Algo semejante encontramos cuando se vende una finca calificada en principio como urbana, pero en momento posterior, cuando entra en vigor una revisión del planeamiento, se recalifica como rústica –hecho también ignorado por el vendedor al contratar–, lo que excluye el dolo, pero no el error (STS 4 octubre 2013 [RJ 7251]); o el comprador adquiere un edificio en propiedad horizontal sin tener conocimiento de que había sido construido sobre un espacio destinado a usos dotacionales –zona verde– (STS 30 diciembre 2015 [RJ 5950]).

(6) De todo el contexto del contrato celebrado se desprende que la razón fundamental que movió a la parte a comprar la parcela fue la existencia de un proyecto de construcción que fuera realizable: la posibilidad de levantar un edificio sobre el solar con determinadas características (plantas para el aprovechamiento de un número de viviendas…), en cuya virtud se cifró el precio; entonces, ese y no otro fue el motivo principal de la celebración del negocio jurídico ex artículo 1266 CC (STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]).

Tampoco debe pasar inadvertido el hecho de que el error sobre la zonificación y, en su caso, calificación del suelo, afecta de manera directa y esencial al principio de justicia conmutativa que preside los contratos onerosos e influye de manera decisiva en la prestación del adquirente, que está abonando un precio muy superior al de mercado, al pagar suelo rústico como si fuera urbano. Que dicho desequilibrio que rompe el sinalagma también es tenido en cuenta a la hora de invalidar el consentimiento por viciado (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]) dado que el grado de edificabilidad de la finca, según su calificación, tiene incidencia inmediata en su valor económico (STS 17 julio 2006 [RJ 6379]) y se puede estar pagando un precio desmesurado para otro destino –agrícola– distinto del previsto –industrial– (STS 14 febrero 2000 [RJ 824]). En la falsa creencia de que el terreno era apto para la edificación se concluyó la operación pues, de no ser así, el adquirente no habría dado por él un precio excesivo, que supera con mucho el valor que tiene como predio rústico (*cfr.* STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]), ni se habría avenido a celebrar una permuta con una desequilibrio de hasta la mitad de su valor en la reciprocidad de las prestaciones (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]); en cambio, no suele apreciarse un consentimiento viciado p. ej. cuando se calificó como rústico y como tal se pagó (STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]).

1.2.3 *Excusabilidad*

El CC español guarda silencio en el artículo 1266 CC acerca de este segundo requisito (STS 14 junio 1943), que proviene de la doctrina francesa, a diferencia la Compilación Navarra, que sí lo establecía expresamente en su redacción original (Ley 19. II). Se excluye la posible apreciación de este vicio del consentimiento cuando quien lo invoca no ha puesto el suficiente cuidado para evitarlo, adoptando las precauciones mínimas que le eran exigibles, pues carecería de sentido permitir que quien sufre error pudiera invocarlo si la confusión se debe a su propia negligencia. En otro caso, de favorecerse sin límite la propia equivocación, lo sería a cosa de quien ha creído en la palabra dada, y la anulación del negocio acabaría por ocasionarle un perjuicio inmerecido(7).

La excusabilidad tiene pues por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no amerita esa tutela por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse

(7) *Cfr.* De Castro y Bravo, F., *El negocio…*, *op. cit.*, p. 115; Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil Español*, I, Edersa, Madrid, 1982, p. 514.

esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 18 febrero 1994 [RJ 1096]; STS 3 marzo 1994 [RJ 1645]; STS 12 julio 2002 [RJ 7145]; STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 17 febrero 2005 [RJ 1680]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]). En virtud de los principios de autorresponsabilidad, protección de la buena fe y seguridad del comercio jurídico, la ineficacia del negocio no puede ser alegada por la misma parte culpable de haberla producido (STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]).

Se hace evidente que el error nunca puede ser imputable a quien lo padece (STS 14 junio 1943 [RJ 719)]; STS 11 diciembre 1967; STS 8 junio 1968; STS 7 abril 1976; STS 15 febrero 1977; STS 7 julio 1981 [RJ 3052]; STS 27 mayo 1982 [RJ 2605]); sin embargo, sabido que la protección del errante requiere del enjuiciamiento de su propia conducta, resta por dilucidar cuál habrá de ser el nivel de empeño exigible y cuestionarse cuándo, en efecto, se ha desplegado una diligencia adecuada. La doctrina científica de nuestro país alude a un estándar que viene a coincidir, a falta de otra previsión específica, con el canon establecido en el artículo 1104 CC. Así es bastante común afirmar que el error no resulta excusable cuando pudo haberse evitado empleando un nivel de diligencia medio[8]; opinión que concuerda con el parecer mayoritario[9] de la jurisprudencia que lo califica igualmente de medio o regular (*cfr.* STS 14 mayo 1968; STS 8 junio 1968; STS 21 junio 1978 [RJ 2359], STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 27 mayo 1982 [RJ 2605]; STS 12 junio 1982 [RJ 3416]; STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 25 enero 1996 [RJ 318]; o, entre las recientes, STS 11 diciembre 2006 [RJ 9893]; STS 12 noviembre 2010 [RJ 7587]).

La cuestión más delicada radica en realizar la evaluación de ese nivel de diligencia para determinar si en el supuesto concreto el error resultó disculpable, pues este es un ámbito donde reina el casuismo, y pocas conclusiones con carácter general cabe extraer, al haberse afirmado que se ha de estar a las circunstancias concurrentes en pleito (STS 23 junio 2009 [RJ 4230]), teniéndose en cuenta, entre otros factores, la condición de las personas (STS 28 febrero 1974; STS 18 abril 1978; STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]) y su comportamiento, tanto de quien padece el error como de aquel que obtiene provecho del mismo (*cfr.* STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1096]; STS 26 julio 2000 [RJ 9177]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]; STS 6 febrero 2020 [RJ 313]).

(8) Por todos, Morales Moreno, A. M., *Comentarios…, op. cit.*, p. 463.

(9) En algún otro caso se habla de una mínima diligencia (STS 25 enero 1996 [RJ 318]) aunque con un valor semejante al ya mencionado.

Se antoja más o menos evidente, como pauta general, que el nivel de diligencia exigible no puede ser equiparable entre el ciudadano medio y aquel que es un profesional del tráfico; es lógico que sea más estricto con este último al evaluar si el error que cometió resulta o no perdonable (STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 18 marzo 2004 [RJ 1904]; STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 1 junio 2005 [RJ 6294]; STS 17 febrero 2005 [RJ 1680]) [(10)]. Lo mismo puede plantearse si uno de los contratantes es perito o perfecto conocedor, ya no del sector, pero sí del respectivo negocio celebrado, y el otro, empero, carece de tal condición (STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 12 junio 1982 [RJ 3416]; entre las recientes, *cfr.* STS 10 septiembre 2014 [RJ 5304]; STS 12 enero 2015 [RJ 608]) o uno de los dos se vale de asistencia letrada (STS 25 mayo 1963; STS 6 noviembre 1996 [RJ 7912]), en cuyo caso, lo más probable es que el negocio no sea nulo, y la parte perjudicada por su validez deba dirigirse en daños y perjuicios contra su abogado.

Asimismo, es relevante la buena o mala fe con la que se conduce la otra parte, porque la actuación dolosa de una de ellas, aunque no llegue a resultar constitutiva del vicio volitivo descrito en el artículo 1269 CC, sí repercute en la excusabilidad del error, al serle imputable, no a quien lo padece, sino a la contraparte, que se abstuvo de sacarle del error o disipar la confusión (STS 20 enero 1964 [RJ 355]; STS 26 octubre 1981 [RJ 4001]; STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 21 julio 1995 [RJ 5596]) o incluso, no solo no lo despejó, sino que llegó a alimentar su existencia (STS 18 febrero 1994 [RJ 1096]) potenciando el radio de acción de este vicio del consentimiento. En este escenario, a veces asociado a la llamada recognoscibilidad, se es más proclive a tolerar una eventual negligencia frente a la situación en la se hubiese errado en condiciones normales (STS 20 diciembre 1967; STS 26 octubre 1981 [RJ 4001]; STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]). Por tanto, si el error puede configurarse como dolo siempre será excusable (STS 17 enero 2005 [RJ 517] y STS 11 diciembre 2006 [RJ 9893]).

Resulta de interés mencionar cómo, en ocasiones, aunque son las menos, se ha considerado inexcusable el error que puede evitarse con solo consultar una oficina pública, como es el Registro de la Propiedad (STS 5 marzo 1962; STS 15 febrero 1977), a lo que se podría añadir, en desarrollo de la misma línea argumental, que la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del planeamiento y, siendo ello así, no puede decirse que la buena fe que

(10) Aunque, en alguna ocasión, el hecho de que el contrato fuera celebrado entre una persona de edad avanzada y una sociedad mercantil, actuando esta como profesional del sector, no ha llegado a trascender a la resolución del caso, quizá por otros motivos (*Cfr.* STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

exige deberes de comportamiento honesto y leal en los tratos imponga un especial deber de información en los vendedores respecto de extremos cuyo conocimiento pueden procurarse por sí mismos con una mínima diligencia (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]). En tal sentido, p. ej., se consideró que la situación urbanística del chalé litigioso hubiera podido ser fácilmente conocida por los recurrentes, antes de decirse a la compra del mismo (STS 12 julio 1988 [RJ 10375]), en vista de que la información relativa al planteamiento urbanístico es pública y, por tanto, accesible a cualquiera de las partes intervinientes en la operación (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]) (11).

Sin embargo, hecha la salvedad anterior, el parecer del TS –pienso– ha evolucionado en sentido opuesto y es más favorable a estimar que la disconformidad con la disciplina urbanística se ignora por el adquirente –sobre todo si no reúne la condición de profesional o experto– con el siguiente argumento: si el comprador tiene el deber de informase, el mismo principio de responsabilidad negocial impone al enajenante el deber de informarle (STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]), máxime si la legislación sectorial, p. ej. la del suelo –como es parcialmente el caso que nos ocupa– sanciona ciertos deberes precontractuales de información (art. 27 LSRU), cuya infracción, legitima –como se verá más adelante– una resolución contractual. Del mismo modo que la limitación urbanística pudiera resultar accesible al comprador, con mayor razón habría de ser consciente el propietario de la finca, quien, dado su contacto más prolongado con la misma, está en mejores condiciones de conocer sus características particulares; tan es así que en cuestiones litigiosas complejas a quien es todavía dueño le corresponde el deber de soportar las consecuencias negativas de la nueva situación que pesa sobre la finca (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

---

(11) No obstante, para algún autor esta doctrina debiera matizarse en relación con los incumplimientos de normas de carácter técnico-urbanístico en orden a habilitar una solución jurídica a un trascedente problema práctico, cual es el planteado por las venta de viviendas y locales con vicios de legalidad urbanística – y añade– «en realidad, hablar de fácil acceso del comprador a estas normas –y a su significación con el bien que compran– es simplemente una falacia asumida por la jurisprudencia (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932])» (Peña López, F., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. [Dir.] *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2021, p. 1898).

Es más, la existencia de un remedio rescisorio específico en la legislación sectorial del suelo, no deja sino de ser una admisión, más o menos expresa, de la dificultad de acceder en la práctica a dicha información, pues si fuera conocida de forma sencilla al tiempo de concluir el contrato u otorgarse la escritura, u objeto de publicidad registral, un precepto como el artículo 27 de LSRU resultaría de todo punto innecesario; y, por el contrario, dicha norma existe, y ha venido siendo una constante desde mediados de los años 50. En sentido parecido, se afirma que «tal mecanismo supone el reconocimiento de la insuficiencia del sistema de publicidad urbanística» (Beltrán Aguirre, J. L., en Enériz Olaechea, F. J., *et al.* [Dir.], *Comentarios a la ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2002, p. 446).

Casos ha habido, además, porque la realidad es más fecunda que la ficción, en los que la información dispensada era una y, al poco tiempo, tras concluir los tratos preliminares, pero no haberse otorgado todavía la escritura pública, el Ayuntamiento ha aprobado una nueva norma con efecto inmediato que recalifica el suelo haciendo que la finca pierda su condición de solar; este cambio de la situación urbanística de la finca conlleva una modificación sustancial del contrato, pues la parcela que era edificable dejó de serlo en la mayor parte de su superficie y, por tanto, se torna un objeto inhábil para la finalidad pretendida (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875])[12]. Entonces, aun tratándose de un agente de ese ramo de la actividad económica, si la calificación del terreno fue sobrevenida, fruto del nuevo PGOU que se hallaba en trámite pero que no había tenido publicidad, «no puede afirmarse con rotundidad que con el empleo de una diligencia media hubiera podido conocer con certeza la recalificación urbanística de la finca objeto de la compraventa con anterioridad a la celebración [del contrato]» (STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

Todavía se hace más evidente cuando se llega al extremo de que la propia información suministrada por la Administración municipal es ya de por sí errónea, con el resultado de que no se puede llevar a cabo la edificación proyectada, sino tan solo una vivienda unifamiliar; ergo, por mucha que hubiera sido la diligencia desplegada, esta habría resultado inútil para disipar el error (STS 3 noviembre 2014 [RJ 5273]). En otras ocasiones, al haberse realizado varias visitas e inspeccionado la zona, la existencia de alguna construcción, conocida por el comprador, aunque después se revelase fuera de ordenación, puede mover a la existencia de un error excusable acerca de la edificabilidad del terreno que no es posible superar con una diligencia normal (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]).

1.3 **Dolo**

Entre la doctrina es bastante frecuente presentar el dolo como un error provocado o inducido maliciosamente[13]; se trataría, por tanto, de una

(12) En este supuesto particular, cuando la compraventa se perfeccionó carecería ya de las características urbanísticas que las partes le había atribuido, la información y documentación de la que dispuso el notario estaba obsoleta, pues no contenía el nuevo estatus rústico de la finca; no constaba que la vendedora conociera la modificación en trámite ni ocultara dicha información; tampoco cupo imputar mala fe ni negligencia a la sociedad mercantil compradora. El TS entendió que la vendedora, todavía propietaria cuando se produjo la modificación descrita, era quien, por tal motivo, debía objetivamente soportar las consecuencias de dicha alteración, concediendo la resolución contractual solicitada por la compañía adquirente (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

(13) Delgado Echeverría, J., y Parra Lucán, M. A., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 281.

suerte de error cualificado por su gestación[14]. Además, la disconformidad entre la realidad –p. ej. carácter del terreno según su zonificación– y su representación en la mente del sujeto puede darse no solo por obra, palabras y maquinaciones insidiosas, esto es, la confianza que despierta la conducta y afirmaciones del otro contratante (STS 6 junio 1953 [RJ 1658]; STS 10 enero 1964; STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 20 noviembre 1973; STS 4 enero 1982 [RJ 179]), sino también por su propio silencio, callando aquella información que debería revelar en el curso de la negociación[15]. Sea como fuere, en uno y otro caso, acciones u omisiones, se dice que el engaño es consustancial al dolo[16].

Así, es perfectamente posible englobar dentro del artículo 1269 CC –y ello a pesar de su dicción literal– un comportamiento negativo o una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]), como p. ej. p. ej. ocultar datos de máxima importancia atinentes a la condición urbanística de la finca, faltando al deber de buena fe o incumpliendo los usos del tráfico, que induzcan a realizar una declaración viciada. Esta reticencia dolosa, –también denominada «dolo negativo»[17]– ha sido hace tiempo reconocida por la jurisprudencia de nuestro país (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 15 julio 1987 [RJ 5494]; STS 13 octubre 1989 [RJ 6916]); STS 27 septiembre 1990 [RJ 6908]; STS 21 julio 1993 [RJ 6102]; STS 15 junio 1995 [RJ 5296]; STS 30 diciembre 2009 [RJ 409]).

El principio elemental de buena fe, que abarca tanto la fase de consumación como la antesala de la contratación, incidiendo especialmente en la etapa de tratos preliminares, donde se gesta el consentimiento, así como una tendencia expansiva los derechos precontractuales de información –*cfr.* artículo 27 LSRU– invitan a pensar que la omisión de las características urbanísticas de la finca y sus limitaciones, de ser conocidas y deliberadamente silenciadas, igualmente provocan la anulabilidad negocial. Habría de sumarse a ello una indemnización por el daño causado si se logra acreditar que ha existido un ánimo subjetivo de perjudicar (STS 1 octubre 1986

(14) Almagro Nosete, J., «Comentario al artículo 1269», en Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 577.

(15) Se ven comprendidas dentro del dolo «no solo la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe» (STS 28 noviembre 1989 [RJ 7914]).

(16) *Cfr.* Gullón Ballesteros, A., *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico,* Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

(17) Así, en la doctrina patria: Cossío y Corral, A., *El dolo en el Derecho civil,* Edersa, Madrid, 1955, p. 328; De Castro y Bravo, F., *El negocio…*, *op. cit.*, p. 152; Gullón Ballesteros, A. *Curso…*, *op. cit.*, p. 48; Morales Moreno, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, Vol. 35, núm. 3, 1982, p. 641; o, más recientemente, Martínez de Aguirre Aldaz, *Curso…*, *op. cit.*, p. 362.

[RJ 5229]; STS 23 mayo 1996 [RJ 4010]) que, como tal, –aunque sin ser una tesis compartida por todos los autores– no es un elemento constitutivo de este vicio volitivo[18], a diferencia de lo que ocurre con la intención de engañar a la contraparte, que debe concurrir siempre.

Cuando la parte vendedora –y más aún tratándose de un profesional del sector– oculta la situación urbanística de la finca con la esperanza de que el carácter de terreno no urbanizable pase inadvertido al comprador, que actúa en el giro habitual de su negocio como constructor, se hace evidente que el silencio constituye un engaño de entidad suficiente (*dolus causam dans*)[19] como para poder impugnar y desvincularse del contrato[20]. El caso-tipo es el de la venta de parcelas destinadas a la edificación que con posterioridad se revelaron no aptas para dicha finalidad, habiendo sido omitida esta circunstancia a propósito por el vendedor (STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]).

La casuística es muy rica, aunque no deja de responder siempre a la misma idea: así p. ej. el propietario no advierte, ni verbalmente ni por escrito, a quien la adquiere de que la finca vendida estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización como usos dotacionales, destino, que desconocía el comprador, cuyo propósito era construir un chalet (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]); o, siendo consciente de ello, silencia que el terreno que se compraba no era reglamentariamente apto para la construcción de una vivienda, pese a existir una edificación sobre él (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]); o no se le informa de que existe abierto un expediente por inmisión en el dominio público, cuando el comprador quiere adquirir el quiosco-bar con terraza que lo está invadiendo (STS 26 marzo 2009 [RJ 1748]), aunque bien pudiera tratarse *mutatis mutandis* de una vivienda fuera de ordenación; o se concierta una compraventa de un solar para construir y se silencia la existencia de una dolina, no apreciable por signos externos, que hacía imposible la edificación (STS 5 marzo 2010 [RJ 2390]).

---

(18) No es requisito del dolo, pero puede existir y, entonces, se debe resarcir (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]); aunque hay disparidad de opiniones: para que se dé «dolo» exigen el ánimo de perjudicar: STS 30 junio 1988 (RJ 5197) y STS 23 mayo 1996 (RJ 4010); en cambio, para otras resoluciones, bastaría con la contratación en beneficio propio u obtener alguna ventaja: STS 27 marzo 1989 (RJ 2201) y STS 28 noviembre 1989 (RJ 7914]).

(19) Para aplicar el 1269 y lograr la impugnabilidad del negocio jurídico transmisivo: a) el vendedor es conocedor de que existe un defecto de naturaleza urbanística; b) no se lo comunicó al comprador, con ánimo de engañarlo (captar su voluntad), que también lo ignoraba de forma excusable y c) ello le produce un daño patrimonial (*Cfr.* STS 30 junio 2000 [RJ 6747]).

(20) En un supuesto de permuta entre varias fincas, la actuación dolosa ocultando el carácter no urbanizable de la finca lleva al TS a estimar que no existe un dolo incidental (art. 1270 CC), subsistiendo la validez del contrato, con la consiguiente indemnización por la diferencia del valor, que al ser rústico se reducía casi a la mitad, sino dolo causal (art. 1269 CC), provocando su nulidad, por los vicios concurrentes, al frustrarse el fin del contrato y no poderse edificar en el terreno, cual era el objetivo perseguido por la sociedad permutante (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]).

2. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

2.1 **Remedio general**

Cuando la ineptitud de la cosa entregada la hace totalmente inservible al fin que naturalmente iría destinada, desde la perspectiva de la base del negocio, entra en el ámbito de aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, en cuyo caso la respuesta ofrecida por el Derecho es la resolución del contrato generador de obligaciones bilaterales (STS 29 noviembre 1996 [RJ 8565]; STS 22 marzo 1999 [RJ 1661]). No se trata de un simple cumplimiento defectuoso, sino que la inhabilidad de la cosa es tal, en cuanto a su falta de idoneidad o aptitud para satisfacer objetivamente el interés del comprador, que se considera que el deudor ha realizado una prestación diversa: entrega una cosa distinta de la inicialmente pactada, contraviniendo el requisito de la identidad de la prestación ex artículo 1166 CC (STS 28 noviembre 2003 [RJ 8361]).

Así, la jurisprudencia ha extendido la figura del *aliud pro alio* a los casos en que la prestación es inadecuada para satisfacer los fines del contrato (STS 9 julio 2007 [RJ 5433]; STS 20 noviembre 2008 [RJ 2009/283]; STS 6 octubre 2008 [RJ 2009/522]). El TS ha declarado en múltiples ocasiones que la concurrencia de impedimentos urbanísticos, si llegan a frustrar la finalidad con la que los compradores adquirieron los bienes, da lugar a solicitar la resolución por incumplimiento, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 CC (STS 19 enero 1990 [RJ 16]; STS 24 febrero 1993 [RJ 1249]; STS 23 octubre 1997 [RJ 7181]; STS 13 febrero 2003 [RJ 1017]).

Igualmente puede afirmarse que existe una línea jurisprudencial consolidada que aboca al mismo resultado en todos aquellos contratos en los que se transmita el dominio de la vivienda faltando la cédula de habitabilidad o no ha sido ni será posible obtener la licencia de primera ocupación (STS 22 diciembre 1993 [RJ 10106]; STS 11 diciembre 1995 [RJ 9474]; STS 9 mayo 1996 [RJ 3870]; STS 3 junio 2003 [RJ 5331]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]), lo que convierte a la edificación en un inmueble inviable a los fines de morada humana. En este ámbito de ineptitud para el destino programado, es bien conocido el caso en el que se pretende vender un trastero como si fuera una vivienda (SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 20 febrero 2012 [JUR 90435]; SAP Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 16 febrero 2016 [JUR 77860]).

La entrega del inmueble sin las licencias preceptivas, en particular si se trata de un defecto insubsanable, ya no porque no se hayan tramitado, sino porque tan si quiera se podrían obtener, es causa de resolución ex artículo 1124 CC con las consecuencias habituales o, en su caso, las previstas en el contrato, p. ej. el abono de una pena convencional (STS 3 noviembre 1999 [RJ 8259]). Entre las resoluciones más recientes, se ha afirmado

que el certificado de final de obra careciendo los inmuebles de licencia de primera ocupación constituye un incumplimiento del plazo de entrega que justifica la resolución del contrato de compraventa –y, en su caso, la devolución de las cantidades anticipadas (STS 17 enero 2023 [RJ 775]).

La doctrina del TS viene otorgando efectos resolutorios a la falta de concesión de la licencia de primera ocupación cuando implique una presumible contravención de la disciplina urbanística en la medida que priva al comprador de disfrutar de la cosa con arreglo a su naturaleza: destinarla a vivienda. Así se afirma que dicho instrumento, que sustituye a la cédula de habitabilidad, completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico (STS 10 septiembre 2012 [RJ 2266]; STS 14 noviembre 2013 [RJ 7300]; STS 22 abril 2015 [RJ 1357]); o que el deber de entrega del promotor vendedor alcanza no solo el aspecto físico, sino también el jurídico, y ha de permitir que la vivienda sea ocupa legalmente.

La ausencia de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación supone una contravención de la legalidad urbanística y constituye un incumplimiento esencial del contrato (STS 11 marzo 2013 [RJ 2590]; STS 25 octubre 2013 [RJ 7257]; STS 28 abril 2014 [RJ 2668]), porque tales irregularidades conllevan una clara limitación de las facultades de aprovechamiento frustrando la finalidad esperable del inmueble: su uso como vivienda (STS 22 junio 2020 [RJ 2186]); sin tales autorizaciones administrativas la vivienda no está en condiciones de ser habitada, al verse privada de la posibilidad de obtener suministros (STS 27 septiembre 2016 [RJ 4841]); STS 10 octubre 2017 [RJ 4296]) lo que conlleva dejar al adquirente de la vivienda sin red de abastecimiento de agua y saneamiento (STS 7 julio 2017 [RJ 3199]).

Con la mejor doctrina científica, se ha de precisar, además, que el hecho de que estas licencias deban ser otorgadas por el Ayuntamiento no impide que el incumplimiento sea imputable al vendedor, pues el comprador es tercero en el procedimiento administrativo relativo a la licencia de primera ocupación[(21)]; ni tampoco cabe que del constructor/promotor se exima de responsabilidad por muy adversas que pudieran resultar las condiciones financieras del mercado: no habrá lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, e igualmente procederá la resolución contractual si se presentan tales irregularidades (STS 11 diciembre 2014 [RJ 6374]), como tampoco se estimará implícita tal cláusula si ya se ha distribuido el riesgo y previsto los efectos del retraso en la falta de obtención de la licencia de obras (STS 15 marzo 1994 [RJ 1784]).

(21) Carrasco Perera, A.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M. C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda,* 7.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 225-226.

Sin embargo, cuando las autorizaciones administrativas han sido recabadas en tiempo y forma, y la demora no está relacionada con esta clase de licencias, sino que ya se está en condiciones de poderse entregar la vivienda, la jurisprudencia no concede ni la resolución del contrato, ni legitima una rebaja del precio (STS 17 octubre 2022 [RJ 4494]); STS 10 julio 2023 [RJ 4372]), sino que el adquirente debería haber instado el otorgamiento de la escritura pública de compraventa o, en su caso, la resolución del contrato, cuando estaba a tiempo de hacerlo. A partir de entonces, la demora en formalizar el contrato, con toda la documentación administrativa en regla, sea ora por desatención del vendedor, ora por desinterés del comprador da lugar a desestimar la pretensión por incumplimiento (STS 10 octubre 2017 [RJ 4296]).

Cuando el retraso en recibir la licencia es liviano –unos pocos meses– habiéndose ya terminado la construcción de la vivienda en plazo, se estima que solicitar la aplicación del artículo 1124 CC es contraria a la buena fe y constituye una conducta meramente oportunista del comprador (STS 7 mayo 2019 [RJ 1881]). Sin embargo, si el lapso entre certificado de final de obras y la obtención de licencia de primera ocupación se dilata un año, se reputa un incumplimiento esencial (STS 7 julio 2017 [RJ 3199]). Si no figura plazo de entrega en el contrato de obra, pero sí en el del seguro, este último será el que rija; en el caso concreto, se concedió la resolución una vez transcurridos dos años sin haberse obtenido la licencia de primera ocupación (STS 11 diciembre 2014 [RJ 6374]).

Se viene interpretando, de un tiempo a esta parte, que la obligación principal del vendedor, consistente en la entrega del inmueble, debe llegar a buen fin: el goce del inmueble según destino, es decir, servir como vivienda. Para ello, según jurisprudencia reiterada, se debe cumplir con el artículo 1462 CC en dos aspectos: uno material o físico, consistente en la puesta a disposición –que se suele cumplir con el otorgamiento de la escritura– y otro, jurídico, cumplir las condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador (STS 13 noviembre 2013 [RJ 7446]; STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

No obstante, tales exigencias se han ido extendiendo, no solo a la falta de requisitos que entrañan imposibilidad de habitabilidad, por exigencias mínimas para una vida humana digna, sino también por la presencia de deficiencias urbanísticas (STS 14 noviembre 2013 [RJ 7300]; STS 9 marzo 2016 [RJ 959]; STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]), que conlleven el temor a ser desalojados por incumplir la disciplina urbanística: verse expuestos al peligro de una demolición, estar incluidos en plan de reparcelación, correr el riesgo de ser expropiados… En palabras del

Alto Tribunal, el aspecto jurídico se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador (art. 1462 CC), esto es, que la vivienda se pueda disfrutar según destino, sin impedimentos administrativos o urbanísticos (STS 13 noviembre 2013 [RJ 7446]).

Se insiste en que la vivienda no solo debe estar edificada en plazo, sino en disposición de ser entregada conforme a las normas administrativas de ocupación; a tal fin, si existen ilegalidades urbanísticas, se deben restituir las cantidades dadas a cuenta, según la antigua Ley 57/1968, y actual DA1.ª LOE; en particular, se debe equiparar la entrega física a la jurídica y se incumple esta obligación cuando un problema urbanístico pueda conllevar su demolición (STS 9 marzo 2016 [RJ 959]). Lo mismo cabe decir si fruto de la anulación del instrumento urbanístico que le servía de cobertura a la vivienda –ahora litigiosa– queda fuera de ordenación, con el consiguiente peligro cierto y grave de que se proceda a su derribo (STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

Es también de interés subrayar que el TS ha zanjado una controversia producida entre la jurisprudencia menor, pues en un primer momento se entendió que la devolución de las cantidades anticipadas o dadas a cuenta solo procedía, conforme a la antigua Ley franquista Ley 57/1968, cuando se producía un retraso o la falta en la entrega, ya fuera física –puesta a disposición material– o jurídica –obtención de la licencia de primera ocupación. En la actualidad, la previsión recogida en la DA1.ª LOE, en cuanto a las garantías legales, se extiende a todos los casos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, no solo la resolución por incumplimiento, sino también a aquellos en que se anula el contrato por causa no imputable al adquirente, en el caso concreto, por haber ocultado el promotor la existencia de vicios de naturaleza urbanística (STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

Cabe añadir, por último, que en este ámbito fácilmente se puede dar una intersección con las normas de otros sectores, muy en particular, con las protectoras de los consumidores, en la adquisición de vivienda, por el uso de publicidad, falta de conformidad, etc., que son objeto de análisis en otro lugar de esta obra. No obstante, merece ser destacado cómo, más de una vez, la resolución del problema –p. ej. la adquisición de un mirador privado– ha pasado por aplicar la doctrina clásica de los vicios del consentimiento, en vez de atender a la petición subsidiaria de resolución por incumplimiento, cuando la información publicitada –«las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda»– provocó en los compradores la creencia de que, según el planeamiento urbanístico, las construcciones adyacentes no obstaculizarían las vistas del apartamento aún por construir (*cfr.* STS 6 febrero 2020 [RJ 313]).

2.2 **Remedio específico**

Existe una facultad resolutoria, que puede calificarse como norma civil –de larga tradición en el Derecho español–, recogida en la legislación específica de naturaleza administrativa relativa a la ordenación urbanística, desde la primera Ley del Suelo en 1956 hasta el texto refundido actualmente vigente de 2015 (art. 27), aunque, con el transcurso del tiempo ha ido extendiendo su plazo de ejercicio de uno a cuatro años: «2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título: a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación […]. 3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil» (art. 27 LSRU).

El TS ha hecho uso de esta norma *especial* en más de una ocasión (STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 1.ª, 27 marzo 1989 [RJ 2201]; STS 16 octubre 1999 [RJ 7330]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]) y enfatizado el carácter imperativo de dicha obligación legal (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]; STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]). La redacción del precepto da a entender que es un remedio específico, de aplicación preferente, que quizá habría de desplazar a los artículos 1124, 1266, 1269 y 1438 CC como reglas que disciplinan la teoría general del contrato.

Sin embargo, la impresión que produce el estudio jurisprudencial es que ha sido tomada más en cuenta como infracción de un deber precontractual de información a los efectos de valorar la mala fe en el ámbito de la impugnación por vicios volitivos que como remedio resolutorio específico (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201])[(22)]. Así se ha dicho que cabe presumir la existencia de error o dolo cuando no se cumplan las prevenciones del artículo 62 LRSOU 1976 (STS 27 mayo 1983 [RJ 1412]; STS 1 octubre de 1986 [RJ 5229], STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]) y, a la inversa, que «destruida la presunción de error o la inducción a la celebración que se pretendía, no hay infracción del artículo 62 de la Ley del Suelo» (STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]).

(22) Coincido así con la apreciación de Asua González: «aún trayéndose a colación la obligación de información de la normativa urbanística, la pretensión liberatoria casi siempre se ha fundado en otros expedientes, entre ellos la anulación por error» (Asua González, C., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa», en Carrasco Perera, A. [Dir.], *Tratado de la Compraventa en Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* I, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2013, p. 358).

En síntesis, lo previsto en el vigente artículo 27.2 LSRU no es una ineficacia directamente establecida por la ley, sino «una facultad de provocar la resolución que se concede al adquirente cuando no se ha hecho constar que el terreno no es edificable o que el edificio o la industria están fuera de ordenación» (STS 17 noviembre 2006 [RJ 6297]); STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]). Nótese, además, cómo el ámbito de aplicación de la norma es bastante restringido, en el sentido de que solo se debe hacer constar en la escritura si el terreno fuese total y absolutamente no susceptible de edificación (STS 7 julio 1994 [RJ 6297]). Por último, no parece que el del artículo 27.4 LSRU sea un deber del notario, sino más bien una facultad («podrán solicitar») [23], pues la obligación de declarar la situación urbanística recae sobre la parte y, después, el fedatario público, cuya actuación se limita al ámbito jurídico-privado, podría cotejar tales datos mediante cédula o telemáticamente con la Administración.

3. SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

Otro de los problemas serios que ocasiona la complicada relación entre la disciplina urbanística y la contratación civil, cuando se perfecciona un negocio jurídico con finalidad traslativa, como p. ej. la compraventa de inmuebles, es la asunción, en virtud de subrogación real, y con eficacia *erga omnes*, de las cargas o afecciones urbanísticas con las que pudiera tener que pechar el anterior dueño de la finca (art. 27.1 LSRU), que tienen carácter *propter rem* y la acompañan con cada transmisión (STS, 3.ª, 11 julio 1987 [RJ 6874]), así como las limitaciones derivadas del planeamiento, en la medida que se consideran consustanciales a la propiedad urbana, y no límites exógenos, sino embebidos dentro de la función social dela propiedad (STC 26 marzo 1987 [RTC 37]).

El TS se ha encargado de precisar que esta clase de afecciones de naturaleza jurídico-pública no se verían incluidas en la expresión «libre de cargas y gravámenes» (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]); además, el adquirente queda subrogado en la posición que tuviera el *tradens* respecto a la situación urbanística de la finca, con idénticos deberes respecto de la Administración (art. 27.1 LSRU), a despecho del Registro de la

(23) *Vid*. en el mismo sentido, Sánchez Goyanes, E. (Dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático del texto Refundido de 2008,* La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 688; para otros autores, se corresponsabiliza al notario de la integridad de la información urbanística cuya consignación en la escritura es preceptiva. Pero, al propio tiempo, no parece que de la omisión del notario de tal solicitud pueda hacerse seguir responsabilidad alguna (Parejo Alfonso, L., y Roger Fernández, G. [Dir.], *Comentarios a la Ley del Suelo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 369).

Propiedad (STS 28 noviembre 1984 [RJ 5984]; STS 31 enero 1985 [RJ 937]) [24] y sin que sea un obstáculo para que despliegue eficacia plena la protección que depara el artículo 34 LH (STS 10 mayo 1990 [RJ 4060]; STS 21 junio 1994 [RJ 4995]; STS, 3.ª, 29 enero 1996 [RJ 222]; STS 26 septiembre 2006 [RJ 6665])*;* así, p. ej., de nada sirvió al adquirente ser tercero hipotecario cuando pesaba una orden de demolición sobre el inmueble (STS 21 junio 1994 [RJ 4995]; STS, 3.ª, 14 julio 2016 [RJ 1773]).

Estas limitaciones, que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal de la propiedad (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]), no pueden ser consideradas gravámenes recayentes sobre el dominio (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]; 27 noviembre 1996 [RJ 4829]), como tampoco lo son aquellas que sean consecuencia del régimen urbanístico del suelo (STS 27 enero 1906; STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 3 marzo 2000 [RJ 1308]). En consecuencia, las condiciones urbanísticas no pueden ser equiparadas, a efectos del artículo 1483 CC, a las cargas o servidumbres no aparentes que no se mencionan en la escritura (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

Poca discusión cabe hacer del supuesto en cuestión una vez examinados los repertorios de jurisprudencia ya que, salvedad hecha de una resolución que puede considerarse casi anecdótica [25] –excepción que confirma la regla general– ha sido una constante en el foro el afirmar que «los problemas urbanísticos, deberes y cargas derivadas de la legislación urbanística que se imponen a través de los correspondientes Planes de Ordenación no son subsumibles en la regla del artículo 1483 CC» (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]); aparte de no tener en puridad la conceptuación de cargas o gravámenes, no puede defenderse, al menos en teoría, que estén ocultas, debido a la recognoscibilidad o accesibilidad de los Planes de la Administración y la valoración del alcance de la diligencia con la que deba actuar el comprador para conocerlos (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

La información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del planeamiento (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]); no puede decirse, entonces, que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información a los vendedores coincidente con lo que el adquirente podría obtener mediante el acceso a los Registros u otras Oficinas Públicas (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]). «Por ello si el comprador optó en su día por consultar solamente el Registro de la Propiedad y en cambio, aun siendo su actividad profesional y su

(24) *Vid.,* con idéntica orientación, Fernández de Bilbao, J., «Limitaciones urbanísticas del dominio y reacción jurídico-civil», *Boletín JADO. Bilbao*, Año X, núm. 21, mayo 2011, p. 227.

(25) Solo de forma aislada la STS 11 mayo 1966 (RJ 2419) considera la imposibilidad de edificar en la finca como un gravamen oculto e impone al enajenante la obligación de saneamiento.

objeto social la construcción y realización de toda clase de obras, dejó de consultar, como era elemental para ella, en el correspondiente Ayuntamiento el régimen urbanístico afectante a los locales que adquiría no podrá pretender la aplicación del precepto en cuestión –en alusión al artículo 1483 CC– (STS 3 marzo 2000 [RJ 1308]).

4. CONCLUSIONES

4.1 **Concurso de acciones**

No existe una solución pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de cómo ha de solventarse este concurso de acciones (anulabilidad, *aliud pro alio*…), tendentes a paliar los problemas descritos en el este capítulo. Más allá del socorrido principio de especialidad, poco aplicado por los tribunales, no se encuentra un criterio único ni bien definido que permita arrojar algo de luz sobre maremágnum jurídico de remedios, generales y específicos, a veces hasta incompatibles entre sí –anulabilidad y resolución– siendo entonces, el propio interesado quien, a conveniencia, elige interponer uno u otro ante los tribunales, según la naturaleza y duración del plazo de ejercicio o su *dies a quo*, las facilidades probatorias de sus presupuestos o el hecho, nada despreciable, de resarcirse del modo más amplio posible frente a los perjuicios patrimoniales irrogados.

Llama un poco la atención cómo esta concurrencia de remedios es asumida con tanta naturalidad por las altas instancias jurisdiccionales de nuestro país cuando, en buena técnica dogmática-jurídica, muchas de las pretensiones no pueden darse al mismo tiempo –error y dolo nunca coexisten de forma simultánea– o su estimación supondría una incongruencia conceptual –la resolución por incumplimiento presupone la validez el contrato y ya no cabe si este fue previamente anulado–. Sería deseable que se esclarecieran las pautas de actuación; en otro caso, se empuja a los abogados a una acumulación forzada de acciones, con carácter subsidiario –p. ej. impugnar el contrato viciado de nulidad relativa ex artículo 1266 y 1300 y ss.; y, caso de que no proceda o se estime, la resolución con apoyo en el artículo 1124 CC (STS 6 febrero 2020 [RJ 313]). En algunas otras ocasiones, el carácter dispositivo del proceso civil que impone el principio de justicia rogada, implica la pérdida de acciones que no se hicieron valer en el momento procesal oportuno –p. ej. dolo causal/error sustancial– al haberse optado indebidamente por el saneamiento recogido en el artículo 1483 CC– (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

Dicho esto, el análisis histórico de la jurisprudencia, en época relativamente reciente, revela cómo el padecimiento de error sigue siendo el fundamento impugnatorio que se ha esgrimido con mayor frecuencia para privar de eficacia al contrato con finalidad traslativa del dominio cuando al interés objetivo de la parte se interpone la disciplina urbanística. Probablemente la explicación haya que encontrarla en las dificultades probatorias que comparativamente ofrece el vicio descrito en el artículo 1269 CC; hecho también admitido abiertamente por el TS (*cfr.* STS 12 diciembre 2016 [RJ 4437]), y la facultad resolutoria anudada a la infracción de los deberes urbanísticos de información, hoy prevista en el artículo 27.3 LSRU raza vez es esgrimida en solitario, sino como prueba del actuar inadecuada y contario a la buena fe al atacar la validez del contrato ex artículo 1265 CC (v. gr. STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]).

4.2 **Publicidad registral e intervención notarial**

Como se ha podido comprobar, la información pública que facilitan las oficinas consistoriales, con datos acerca de las condiciones urbanísticas de la finca y su concreta situación respecto de los instrumentos de planeamiento –clasificación, calificación, posibles cargas y afecciones, etc.– no termina de llegar a los adquirentes de suelo ni compradores de vivienda, a pesar de su carácter público y accesibilidad general. La misma existencia de una norma de rancio abolengo, que con distintas formulaciones se ha venido reproduciendo desde mediados del siglo xx hasta la actualidad, es muestra de que el propio legislador es consciente de que en la práctica se producen disfunciones en la publicidad del régimen de ordenación del suelo urbano. A diferencia de cuando acontece cuando la carga o gravamen de naturaleza real, ya no puede decirse que se halle oculta al ser objeto de publicidad registral, lo que enerva la acción redhibitoria (STS 25 abril 1983 [RJ 2125], STS 12 marzo 1985 [RJ 1154]; STS 19 febrero 1999 [RJ 1055]).

Sin embargo, de su posible consulta y efectivo conocimiento, antes de la conclusión del contrato, depende en buena medida, la evaluación del canon de diligencia con la que se han conducido las partes, al enjuiciar si el error es inexcusable o si, por el contrario, resulta disculpable. Algo semejante, cabe predicar, en cuanto a la impugnación por dolo, cuando el enajenante es consciente de la infracción de la regulación urbanística y, sin embargo, siendo ignorada por la contraparte, se oculta o silencia de forma deliberada provocando maliciosamente una equivocación que, a la postre, resulta determinante de la perfección negocial, pero frustra el interés objetivo del adquirente (afecciones sobre la edificabilidad, carácter

no urbanizable del terreno, vivienda fuera de ordenación, inclusión en proyecto de reparcelación, zona reservada a usos dotacionales…).

La solución a esta carencia en la publicidad real y efectiva no pasa –o al menos no debería– por contratar los servicios de un profesional externo que realice una «*due diligence*» inmobiliaria, gasto inasumible para contratantes que no son profesionales del sector, sino, seguramente, por reforzar la transparencia urbanística arbitrando mecanismos que por vía telemática integraran las características administrativas de la finca en el instrumento idóneo para garantizar la seguridad del tráfico inmobiliario: la publicidad que depara el Registro de la Propiedad. Cabría así, de manera sencilla, solicitar la expedición de un certificado que asegurara que la finca urbana no contraviene la disciplina urbanística, a petición de cualquiera que ostentara un interés legítimo, y, de otra parte, el contenido admonitorio del actual artículo 27.4 LSRU, se convertiría en una verdadera norma jurídica, cuya infracción acarrearía responsabilidad civil al notario que no hubiera informado correctamente al comprador sobre la situación urbanística de la finca (*cfr.* STS 23 noviembre 2015 [RJ 5318]).

5. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* I-2, Bosch, Barcelona, 1980.

Almagro Nosete, J., «Comentario al art. 1269», en Sierra Gil de la Cuesta, I., Comentario del Código Civil, VI, Bosch, Barcelona, 2000.

Asua González, C. I., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa», en Carrasco Perera, A. (Dir.), *Tratado de la Compraventa en Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* I, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 349-359.

Beltrán Aguirre, J. L., en Enériz Olaechea, F.J. et al. (Dir.), *Comentarios a la ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones,* 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y González Carrasco, M. C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda,* 7.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

Cossío Y Corral, A., *El dolo en el Derecho civil,* Edersa, Madrid, 1955.

De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico,* INEJ, Madrid, 1967.

Delgado Echeverría, J., y Parra Lucán, M. A., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial,* Dykinson, Madrid, 2012.

Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil Español,* I, Edersa, Madrid, 1982.

Fernández De Bilbao, J., «Limitaciones urbanísticas del dominio y reacción jurídico-civil», *Boletín JADO.* Bilbao, Año X. nº 21, mayo 2011, pp. 223-248.

García Cantero, G. y Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral,* III, Reus, Madrid, 2008.

Gullón Ballesteros, A., *Curso de Derecho Civil.* El negocio jurídico, Tecnos, Madrid, 1969.

Lacruz Berdejo, J. L. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil,* II-1, Dykinson, Madrid, 2000.

Lete Del Río, J. M., *Derecho de Obligaciones,* II, Tecnos, Madrid, 1989.

Martínez De Aguirre Aldaz, C. et al., *Curso de Derecho Civil,* II-1, Edisofer, Madrid, 2023.

Morales Moreno, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 35, Nº 3, 1982, pp. 591-684.

— «Comentario del art. 1266 CC», *Comentario del Código Civil,* II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 459-464.

Parejo Alfonso, L. y Roger Fernández, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Peña López, F., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1897-1898.

Sánchez Goyanes, E. (Dir.), *Ley de Suelo.* Comentario sistemático del texto Refundido de 2008, Ley Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

V

MODOS DE ADQUIRIR LA VIVIENDA HABITUAL

A. Régimen general: Promoción pública y privada

Vega María Arnáez Arce
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto
vegamaria.arnaez@deusto.es

Resumen: *Partiendo del reconocimiento constitucional del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en este trabajo se analiza la evolución del desarrollo legislativo del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada hasta la vigente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, entiendo por tal no solo la vivienda, sino el conjunto de derechos instrumentales que garantizan el acceso efectivo a la misma de la ciudadanía.*

Palabras clave: *Derecho a la vivienda, configuración legal, exigibilidad.*

Abstract: *Starting from the constitutional recognition of the right of all Spaniards to enjoy decent and adequate housing, this work analyzes the evolution of the legislative development of the right of access to decent and adequate housing until the current Law 12/2023, of 24 May, by the right to housing, I understand not only housing, but the set of instrumental rights that guarantee effective access to it for citizens.*

Keywords: *Right to housing, legal definition, enforceability.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación al tratamiento legislativo del derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español. 2.1 Contextualización y antecedentes normativos. 2.2 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación autonómica. 2.3 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación estatal. 3. Retos y oportunidades de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda. 3.1 El servicio objetivo al interés general en relación con el derecho de acceso a la vivienda. 3.2 La promoción pública de viviendas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo: a) La ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico; b) La declaración de zonas de mercado residencial tensionado; c) La aprobación de planes estatales de vivienda. 3.3 La colaboración público-privada y el fondo de vivienda asequible. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Española de 1978 «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

Desde el texto constitucional se pone de manifiesto la preocupación por la determinación del contenido, las implicaciones y las consecuencias jurídicas del derecho a una vivienda digna, así como el compromiso de los poderes públicos por garantizar su efectividad y, en definitiva, por la promoción del derecho de acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada.

Sin embargo, esta previsión o proclamación constitucional no ha supuesto la garantía automática de las condiciones suficientes y necesarias para asegurar el acceso efectivo a la vivienda de la ciudadanía, especialmente de los colectivos social y económicamente más vulnerables[(1)].

Ello, por cuanto que el artículo 47 de la CE en el que se proclama este derecho, forma parte del Capítulo Tercero de su Título Primero, « De los principios rectores de la política social y económica» y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la CE, se trata de un principio que «[…] informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos […]» y que podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria «[…] de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

(1) Ávila Orive, J. L., y Arnáez Arce, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 200.

De donde se deduce, la relevancia de la tarea legislativa que se lleve a cabo en desarrollo de este derecho a la vivienda para poder ser efectivo, realizable y, por ende, exigible por la ciudadanía.

En este sentido, este trabajo tiene por objeto el análisis del desarrollo legislativo del régimen general de acceso a la vivienda en el ordenamiento jurídico español y, más en particular, en la vigente ley estatal que lo regula, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

La ley incluye medidas para aumentar la oferta de vivienda a precios asequibles, evitar que se den situaciones de tensión en el mercado del alquiler y apoyar a jóvenes y colectivos vulnerables en el acceso a la vivienda.

Asimismo, ofrece a comunidades autónomas y municipios diferentes herramientas que contribuirán a contener o reducir el precio del alquiler y a aumentar el parque de vivienda en alquiler social.

En definitiva, destaca la norma que se analiza por ser la primera ley estatal aprobada en materia de vivienda y por tratarse de una norma que, tal y como se indica desde su preámbulo pretende garantizar el derecho de acceso y disfrute de una vivienda digna, mediante medidas de fomento de la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales, con medidas como el límite al precio del alquiler o el impulso de las viviendas públicas.

2. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1 **Contextualización y antecedentes normativos**

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, la legislación en materia de vivienda estaba formada por un conjunto de normas que fueron incorporando, de manera paulatina, diferentes instrumentos de protección y fomento del acceso a la vivienda.

En este contexto, destaca la Ley de Vivienda social de 1976, a la que siguió el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial[(2)], en el que se regulaban diversas medidas tendentes a la reactivación del sector. Este Decreto Ley fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre[(3)].

(2) *BOE* núm. 267, de 8 de noviembre de 1978.
(3) *BOE* núm. 14, de 16 de enero de 1979.

Tras la promulgación y entrada en vigor de la Constitución, y en ejercicio de la competencia exclusiva sobre las bases y planificación de la actividad económica, el Estado ha aprobado sucesivos planes de vivienda y rehabilitación, en los que se reflejan las dificultades de una parte muy importante de la población para acceder a la vivienda y se pone en evidencia como uno de los retos actuales más acuciantes para los poderes públicos, cual es el de la sostenibilidad y eficiencia de la actividad económica y de las políticas públicas que garanticen una producción suficiente de viviendas que pueda satisfacer y dar respuesta a las necesidades de alojamiento de la ciudadanía[4].

En todo caso, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 de la CE, los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones necesarias para garantizar el derecho de todos los españoles de acceso a una vivienda digna y adecuada, lo que legitima la intervención pública en el mercado de la vivienda a través de diferentes instrumentos y actuaciones, tales como el reconocimiento de ayudas directas a la construcción de viviendas nuevas, la regulación de un régimen fiscal propio, promoción del alquiler de viviendas, aprobación de medidas específicas de financiación y de planes, proyectos y programas urbanísticos, entre otras.

La intervención de los poderes públicos relacionada con el derecho de acceso a la vivienda está regulada por un conjunto extenso y variado de normas jurídicas, que tienen diferentes objetivos y se aplican por diferentes administraciones y entidades del sector público dentro del ámbito de sus respectivas competencias de actuación y que se centran, como regla general, en cuanto se refiere a la fiscalidad, al urbanismo y a la regulación financiera y de los alquileres[5].

En cualquier caso, no cabe duda de que el problema más acuciante de la vivienda es el de su accesibilidad, que se convierte en el objetivo más importante de las políticas de vivienda. En palabras de Rodríguez López el «[…] el [objetivo] más relevante consiste en lograr que el acceso a la vivienda no suponga un sacrificio excesivo para los hogares. Ello implica apoyar a los grupos sociales más vulnerables para lograr dicho objetivo. La

(4) En este sentido, el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, señalaba en su Exposición de motivos que nacía con la doble finalidad de establecer unas bases de largo plazo de los instrumentos dirigidos a mejorar el acceso y uso de los ciudadanos con dificultades y unas medidas coyunturales que evitasen un deterioro mayor de la situación mediante la asignación eficiente de los recursos destinados a la producción sobrantes de viviendas para que se destinen a satisfacer las necesidades de la población. Véase en el *BOE* núm. 309, de 24 de diciembre de 2008.

(5) Rodríguez López, J., *El derecho a una vivienda digna*, en https://www.uah.es/export/sites/uah/es/investigacion/.galleries/Descargas-Catedra-de-Democracia-y-Derechos-Humanos/Vivienda-Digna.pdf (última consulta, 29 de julio de 2024).

política de vivienda debe prevenir la demanda de vivienda, anticipando el número de hogares calificados para recibir algún tipo de ayuda […]»[6].

De todo lo expuesto, resulta evidente que el artículo 47 de la CE no garantiza el derecho de acceso de todos los españoles a la propiedad de una vivienda digna, como consecuencia de la opción tradicional de nuestros poderes públicos por la perspectiva económica y mercantilista de la vivienda, en detrimento de su dimensión social[7].

En este sentido, es posible pensar que el derecho a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la CE ha sido tradicionalmente desatendido por la jurisdicción constitucional, tal y como apunta Ponce Solé, contribuyendo, así, a la consolidación de la referida percepción mercantilista, especialmente en los peores momentos de crisis social y económica[8].

En cuanto a la configuración legislativa del derecho a la vivienda, debe significarse que son las Comunidades Autónomas las que disponen de competencia exclusiva en esta materia.

Es por ello, por lo que se analiza a continuación, el modo en que se ha producido la definición legislativa del derecho a la vivienda en la legislación autonómica vigente.

2.2 **El derecho de acceso a la vivienda en la legislación autonómica**

Tradicionalmente, la legislación autonómica reguladora el derecho de acceso a la vivienda no ha tenido como meta u objetivo su configuración como un derecho subjetivo, sino que han venido estableciendo requisitos y objetivos que contribuyen al acercamiento de la ciudadanía al acceso efectivo a una vivienda digna y adecuada, sin configurarse como

(6) En este sentido, se ha pronunciado Rodríguez López cuando afirma que «[…] la política económica incide sobre el mercado inmobiliario, en especial a través del tratamiento fiscal de la vivienda, de la normativa sobre alquiler y de la regulación financiera. Sobre los dos lados del mercado de la vivienda actúan las diferentes administraciones públicas (estatal, autonómica y local en el caso de España), que también pueden emplear instrumentos dispares. Resulta imprescindible que la política de vivienda establezca objetivos cuantitativos, ligados a los problemas efectivos que dicha política trata de resolver, entre los que figure la referencia a un número o proporción de hogares, y que pueda fijar un principio de coherencia entre las actuaciones de las diferentes administraciones públicas […]». Véase en *El derecho a una vivienda digna*, en https://www.uah.es/export/sites/uah/es/investigacion/.galleries/Descargas-Catedra-de-Democracia-y-Derechos-Humanos/Vivienda-Digna.pdf (última consulta, 29 de julio de 2024).

(7) Pacheco Jiménez, M. N., Sales Pallarés, L., «El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo xxi». *Derecho privado y Constitución,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 360. (349-398).

(8) Ponce Solé, J. 2015, *Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor),* en https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/ (última consulta, 30 de julio de 2024).

un derecho subjetivo exigible ante las Administraciones Públicas y, en su caso, ante los Jueces y Tribunales (9).

De este modo, la mayoría de las normas autonómicas conciben el derecho a una vivienda digna y adecuada como un derecho, no exigible, de acceso al cumplimiento de las condiciones y requisitos legalmente establecidos, que garantizan el acceso a la misma de los ciudadanos que los acrediten (10).

Merece significarse, asimismo, que no todas las Comunidades Autónomas han abordado la regulación del derecho de acceso a la vivienda de manera directa, sino que ha sido frecuente la aprobación de normas de urgencia con rango de ley que tienen por objeto la ordenación de actuaciones urbanísticas, relacionadas con el suelo e, indirectamente, con la vivienda, sin profundizar en el contenido del derecho de acceso a la vivienda y, por lo tanto, sin que lleguen a desarrollar este principio rector de la política social y económica del artículo 47 de la CE (11).

En cuanto se refiere a las Comunidades Autónomas que tienen aprobadas sus leyes de vivienda, su regulación se ha limitado, en la mayoría de los casos, al establecimiento de objetivos parciales relativos a las condiciones que deben acreditarse para hacer efectivo el derecho de acceso a la vivienda y, en algún caso, se prevén obligaciones para el establecimiento de dotaciones de vivienda como medida de promoción pública.

En particular, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña, indica en su Exposición de Motivos su intención de plantear un cambio de enfoque en el tratamiento y delimitación del derecho de acceso a la vivienda, como punto de partida de un proceso de transformación estructural del mercado de la vivienda, de tal manera que se adapte con flexibilidad a las demandas de la sociedad (12).

---

(9) En este sentido, Ponce Solé entiende el derecho a la vivienda como un «[…] derecho subjetivo, en cuanto del artículo 47 se derivan claras obligaciones de medios (de hacer y de no hacer alguna cosa tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos como para los privados), entonces no existe dificultad alguna para sostener la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en la Constitución […]. Véase en «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda». *El derecho a la vivienda en el siglo xx: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*. Marcial Pons. 2008, p. 83.

(10) En este sentido, se han pronunciado Ávila Orive, J. L., y Arnáez Arce, V. M., cuando afirman que «[…] en la medida en que esas condiciones son materializadas, producen la generación de situaciones jurídicas activas a favor de los ciudadanos, consistentes en objetos encadenados que, en algunos casos, desembocan en el acceso a la vivienda […]». Véase en «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 205.

(11) Ávila Orive, J. L., y Arnáez Arce, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, *loc. Cit.*

(12) En este sentido, el artículo 1 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña define el derecho de acceso a la vivienda como «el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna que sea adecuada, en las distintas etapas de la vida de cada cual, a la situación familiar, económica y social y a la capacidad funcional». *BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de la Comunidad Autónoma de la Rioja, califica la vivienda como el objeto de un derecho constitucional y regula los mecanismos e instrumentos de intervención de los poderes públicos riojanos en materia de vivienda[13].

Del mismo modo, la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, establece el compromiso de los poderes públicos navarros para la incorporación de cuantas medidas sean necesarias para paliar «las dificultades económicas que para las unidades familiares con rentas más limitadas supone el acceso al mercado de la vivienda libre»[14].

En idénticos términos, refleja la Ley valenciana de la vivienda, Ley 8/2004, de 20 de octubre, la referencia al derecho constitucional de la vivienda, cuando en su artículo primero establece como objetivo normativo el de «hacer efectivo el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada, la protección para los adquirentes y usuarios, las medidas e fomento y de inclusión social, el régimen sancionador y las actuaciones administrativas en materia de vivienda, dotándolas de una marco normativo estable»[15].

De forma similar, la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura[16] establece diversas medidas de promoción y fomento de las condiciones necesarias para garantizar el acceso de la ciudadanía a una vivienda digna y adecuada, en su doble vertiente: por un lado, y de acuerdo con su naturaleza social, como un bien necesario y, por otro, en relación con su naturaleza económica, como un bien de mercado.

Del mismo modo, la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia[17], tiene por objeto el establecimiento de regulaciones orientadas a garantizar el acceso a la vivienda por quienes «realmente» lo necesiten, en un contexto normativo de respeto y realización de los principios de igualdad y transparencia, tanto para el acceso a la vivienda como a las ayudas públicas previstas al efecto. Ello, con la finalidad última de aportar seguridad jurídica al mercado inmobiliario y garantías a las personas adquirentes y usuarias de viviendas.

---

(13) Véase el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja establece que esta norma «tiene por objeto desarrollar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el derecho constitucional de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, mediante la promoción de las condiciones necesarias y estableciendo la normativa pertinente para hacerlo efectivo». *BOE* núm. 76, de 29 de marzo de 2007.

(14) *BOE* núm. 132, de 31 de mayo de 2010.

(15) *BOE* núm. 281, de 22 de noviembre de 2004.

(16) *BOE* núm. 116, de 15 de mayo de 2019.

(17) *BOE* núm. 217, de 8 de septiembre de 2012.

En definitiva, el contenido de la legislación autonómica en esta materia ha tenido como objetivo y finalidad última la promoción de las condiciones necesarias para facilitar el acceso de la ciudadanía a determinados tipos de viviendas protegidas, estableciendo derechos que no tienen como tal objeto la vivienda, sino las condiciones, requisitos y otros contenidos relacionados que acercan a la ciudadanía al acceso efectivo a la vivienda (18).

Se plantea así, un marco normativo en el que el derecho de acceso de la ciudadanía a la vivienda se concibe por la mayor parte de la legislación autonómica vigente y de aplicación como el derecho a las prestaciones del sector público que, una vez articuladas, le pueden permitir el disfrute de una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la CE (19).

En otras palabras, el contenido del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada sería algo parecido al derecho, no exigible, a las condiciones adecuadas para que pueda producirse el efectivo acceso a la vivienda; condiciones que, una vez alcanzadas, originan situaciones jurídicas activas que pueden posibilitar el acceso a la vivienda.

No obstante, en este marco normativo autonómico destacan las Leyes Andaluza y Vasca de la vivienda por su singular regulación del derecho de acceso a la vivienda.

La norma pionera en este sentido fue la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (20), que en su artículo primero pone de manifiesto su objetivo de garantizar el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en las condiciones que legalmente se establecen.

A renglón seguido, el apartado segundo del artículo 2 de la precitada ley Andaluza de la vivienda otorga un carácter finalista al derecho a la vivienda

---

(18) Ávila Orive, J. L., y Arnáez Arce, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 209.

(19) En este sentido, se pronunció el profesor Bassols Coma en unas observaciones doctrinales realizadas con respecto del texto del artículo 47 de la CE y del modo en que se configuró en este precepto el derecho a la vivienda. Lo hizo, concretamente, en los siguientes términos: «[…] en unos casos dicho derecho o interés legítimo podrá consistir en la pretensión a la obtención de un préstamo o un subsidio para acceder a la compra o al alquiler de una vivienda; en una ayuda económica para rehabilitación; en el auxilio técnico para una cooperativa de viviendas o para un supuesto de autopromoción o autoconstrucción; en la efectividad de la obtención de una vivienda de las construidas por el Estado o Entes locales, por concurrir en el aspirante las condiciones preestablecidas; en promover la expropiación de una vivienda desocupada por incumplimiento de la función social de la propiedad […]». Véase en Bassols Coma, M., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 338-339.

(20) *BOE* núm. 77, de 30 de marzo de 2010.

cuando señala expresamente que este derecho «comporta la satisfacción de las necesidades habitacionales de sus titulares y de quienes con ellos convivan, de forma que se posibilite una vida independiente y autónoma y se favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales».

Para lograr la efectividad del derecho de acceso a la vivienda, desligando las obligaciones económicas de la Administración de los medios individuales a disposición del titular del derecho para hacerlo efectivo, el Título V de la Ley Andaluza, en particular su artículo 21 establece textualmente que «la efectividad del derecho constitucional y estatutario a la una vivienda digna y adecuada se garantizará a través de los medios previstos en la presente ley». En particular, se reconoce la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la vivienda en su artículo 24 (21).

Siguiendo el cambio normativo iniciado por la ley andaluza, la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (22) proclama el derecho subjetivo a la vivienda en su artículo 7.1 cuando dispone que «todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, definida con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 1 de esta ley».

A continuación, en sus artículos 8 y 9.1, respectivamente, establecen el derecho de acceso a la vivienda a todas las personas, familias o unidades convivenciales que no dispongan de un alojamiento estable ni adecuado, que tampoco cuentan con los recursos económicos necesarios para alcanzarlo y que, por consiguiente, se encuentran en riesgo de caer en situación de exclusión social (23).

El legislador vasco configura expresamente este derecho como un auténtico derecho subjetivo que puede ser exigido ante los jueces y tribunales, cuando dispone en su artículo 6.2. que «las personas que con arreglo al artículo 9 de la presente norma legal y a las disposiciones que se dicten en su desarrollo, tengan derecho a acceder a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento protegido podrán reclamar su cumplimiento ante

(21) Véase el tenor literal del artículo 24 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, que señala expresamente que «las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la presente Ley, mediante el ejercicio de las acciones que procedan de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado».

(22) *BOE* núm. 166, de 13 de julio de 2015.

(23) Véase la redacción literal del artículo 9.1 de la Ley vasca de la vivienda, en el que se dispone que «la satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso».

el departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco, y las resoluciones de esta administración serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

En definitiva, y tal como ha señalado Rodríguez Achútegi la ley vasca de la vivienda representa un avance normativo reseñable en la regulación del derecho de acceso a la vivienda, por disponer claramente quiénes son los titulares de este derecho subjetivo, cuál es el contenido con el que se accede al derecho a la vivienda o a la correspondiente ayuda económica para ejercerlo, identifica el sujeto obligado y garantiza su exigibilidad ante los tribunales[24].

2.3 **El derecho de acceso a la vivienda en la legislación estatal**

Tal y como se ha puesto antecedentemente de manifiesto, el artículo 47 de la CE impone a todos los poderes públicos el deber de proteger el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada, así como de promover las condiciones necesarias que garanticen su disfrute. En cumplimiento de este deber y al amparo de diferentes títulos competenciales también atribuidos, se ha dictado la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda[25].

Se trata de la primera ley estatal de la vivienda que nace, además, en un contexto de incipiente recuperación tras la crisis económica y financiera de la última década y la pandemia provocada por la COVID-19, como consecuencia de la una parte importante de la población aún continúa sufriendo consecuencias relacionadas bien con la pérdida de la vivienda, o bien, con las dificultades para ella en condiciones asequibles.

Debe significarse, no obstante, que, si bien es cierto que se trata de la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda, también lo es que los poderes públicos del estado presentes y participado en diferentes políticas públicas en materia de vivienda, desde la aprobación de la Constitución hasta la fecha de entrada en vigor de la norma que se analiza.

En este sentido, y tal y como se recoge en el Preámbulo de la referida Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda, el Estado ha participado en la promoción del acceso a la vivienda a través de la asignación de fondos públicos mediante ayudas fiscales y la aprobación continuada y sistemática de Planes de Vivienda, que han desarrollado una

(24) Rodríguez Achútegui, E., «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo». *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 8. 2015 p. 30.

(25) *BOE* núm. 124, de 25 de mayo de 2023.

política de vivienda basada durante décadas en tres aspectos: i) el fomento de la producción de un volumen creciente de viviendas; ii) la ocupación de suelo y el desarrollo urbanístico; iii) la apuesta por la propiedad como forma esencial de acceso a la vivienda.

El Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2013 supuso un punto de inflexión en la política de vivienda expansiva y alentadora de la propiedad, al comenzar un proceso de reorientación hacía la rehabilitación y el alquiler de la vivienda.

A continuación, el cambio en el planteamiento y orientación de la política estatal en materia de vivienda se materializa en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se aprobó el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas (26), la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 y en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 (27).

Pese a ello, continúan existiendo importantes desequilibrios entre la nueva construcción de viviendas y la actividad de rehabilitación y, de igual modo, entre la tenencia de vivienda en propiedad y en alquiler, insuficientes para atender a la necesidad de las personas que tienen mayores dificultades de acceso al mercado inmobiliario.

En lo que se refiere al régimen general de acceso a la vivienda que se analiza en este trabajo, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda aborda una regulación que pretende homogeneizar los principales aspectos de las políticas (autonómicas y estatales) en materia de vivienda, poniéndolos en relación con otros derechos constitucionales y con la actividad económica general del país.

Y lo hace, desde una doble perspectiva: jurídico-pública, por una parte y jurídico-privada, por otra, identificando los siguientes objetivos principales:

– El establecimiento de una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todo el territorio nacional.

– La promoción de medidas e instrumentos jurídicos que faciliten el «acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales».

(26) *BOE* núm. 86, de 10 de abril de 2013.
(27) *BOE* núm. 86, de 19 de enero de 2022.

– La dotación de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas, protegiendo de este modo la dignidad y la salud de las personas que las habitan.

– La definición de los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con la intención última de promover el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la vivienda en todo el territorio.

– El establecimiento del régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, incluyendo su desarrollo, protección y promoviendo la eficiencia para dar cobertura a la demanda habitacional de los sectores de la población con mayores dificultades de acceso al mercado de la vivienda.

– El desarrollo de diversas tipologías de vivienda, teniendo en cuenta las distintas formas de convivencia y habitación existentes en la actualidad.

– La incorporación de información mínima necesaria, que contribuye a la seguridad y garantía de la ciudanía, que redunde en su protección en el contexto de las operaciones de compra y arrendamiento de viviendas.

Tomando como punto de partida estos objetivos, se analiza, a continuación, su concreción en el texto articulado de la norma, en lo que constituye el régimen general de acceso a la vivienda, mediante su promoción pública y privada, así como los retos y oportunidades que esta opción del legislador representa para los poderes públicos.

3. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

3.1 **El servicio objetivo al interés general en relación con el derecho de acceso a la vivienda**

El apartado primero del artículo 7 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda reconoce la función social de la vivienda, «atendiendo a la delimitación que el derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a las familias, hogares y unidades de

convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de los derechos y deberes asociados a la vivienda», en los términos que están previstos en los artículos 8 a 11 de esta norma legal.

Para conseguir la realización efectiva y la protección de esta denominada «función social de la vivienda», los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover y articular los mecanismos e instrumentos jurídicos que sean necesarios para garantizar el acceso a la vivienda, así como su adecuada protección, conservación, mejora y rehabilitación, cuando sea necesario (art. 7.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo).

Debe ponerse asimismo de manifiesto, que la propia ley estatal por el derecho a la vivienda establece en su artículo primero su objetivo de promover las condiciones normativas necesarias y regular, en el ámbito de sus competencias, las condiciones que sean necesarias para asegurar la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su derechos relacionados con la vivienda, en general y, en particular, en lo que se refiere a la garantía de su derecho a acceder a una vivienda digan y adecuada, así como a su efectivo disfrute[28].

Con la finalidad de garantiza el acceso a la vivienda, la ley 12/2023, de 24 de mayo vincula el ejercicio de tal derecho con lo que denomina «la función social de la vivienda», que incluye el deber de que ésta se destine al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como el de procurar su mantenimiento, conservación y rehabilitación, de acuerdo con las determinaciones y obligaciones establecidas a este respecto en los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico, en cada caso vigentes y que resulten de aplicación.

Para ello, el artículo segundo de la referida norma legal, enumera los que considera que son los concretos fines y objetivos comunes a la acción de los diferentes poderes públicos que tienen competencias normativas y de ejecución en relación con la vivienda.

Concretamente, los siguientes, en relación con el acceso a la vivienda:

– La efectividad de los derechos de acceso en condiciones asequibles a una vivienda digna y adecuada de acuerdo con la Constitución Española y las recomendaciones de los instrumentos internacionales ratificados por España.

(28) Regulación que debe contextualizarse y respetar, por una parte, la competencia de las Comunidades Autónomas, que han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva en materia de vivienda y, por otra, el cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España. Así lo establece, de forma expresa, el artículo 1.1 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, que es objeto de análisis y estudio en este trabajo.

– La promoción del uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud del régimen legal de tenencia, así como su mantenimiento, conservación y, en su caso, conservación y mejora.

– El aseguramiento de la habitabilidad de las viviendas.

– El fomento de la colaboración interadministrativa, favoreciendo la coherencia y la transparencia en las actuaciones públicas de política de vivienda, así como la coordinación con las restantes políticas sectoriales y la garantía de la participación ciudadana y de las entidades representativas de la sociedad civil en el ámbito de la vivienda.

– La protección de la estabilidad y seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda, con especial atención a las personas y hogares en situación o en riesgo de vulnerabilidad, y específicamente a las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través de medidas efectivas en materia de vivienda y asegurando la debida coordinación con medidas complementarias de atención social, formación, empleo y otras medidas de acompañamiento.

– La promoción del desarrollo, gestión y mantenimiento de los parques públicos de vivienda para asegurar una oferta significativa y estable de viviendas dignas y adecuadas a los sectores sociales con mayores dificultades de acceso a una vivienda en el mercado, mediante la necesaria inversión en cada ejercicio presupuestario y atendiendo a las características y necesidades de todos los ámbitos territoriales, afectados por diferentes dinámicas de crecimiento o de pérdida de población.

– El impulso de la rehabilitación y mejora de las viviendas existentes, tanto en el parque privado como en los públicos, a través de programas y medidas en materia de sostenibilidad, eficiencia energética y utilización de energías renovables, habitabilidad, accesibilidad universalidad, conservación, mejora de la seguridad de la utilización y digitalización, favoreciendo enfoques integrales y contemplando de forma específica las características de la vivienda en el medio rural.

– El fomento de la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda en alquiler a precios asequibles, con especial atención a las personas jóvenes y hogares en situación de riesgo o vulnerabilidad, habilitando mecanismos efectivos de regulación y uso del suelo, y desarrollando medidas e instrumentos de programación y planificación que permitan atender las necesidades reales de los demandantes y favorezcan la cohesión social y territorial.

– El apoyo a la existencia de parques sociales de vivienda de entidades del tercer sector, que sean complementarios a los parques públicos de vivienda y amplíen la oferta de alojamiento y vivienda destinada a colectivos y hogares vulnerables, con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a su cargo.

– La procura de la máxima eficiencia en la gestión de los recursos disponibles para favorecer el acceso a una vivienda digna y adecuada, fomentando, en su caso, las fórmulas de colaboración público-privada.

– La protección de los derechos básicos y los intereses legítimos en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, delimitando responsabilidades y asegurando el acceso a la información suficiente y adecuada.

– La eliminación de cualquier tipo de discriminación, por cualquier razón, en el acceso a una vivienda y su disfrute, asegurando la integración, inclusión y cohesión social y territorial en las actuaciones y medidas de política de vivienda.

– El impulso de la accesibilidad universal en el parque de vivienda, asegurando su efectividad en las nuevas viviendas y adoptando medidas para solventar las necesidades sobrevenidas en el parque de viviendas prexistente.

– La adopción de las medidas que permitan identificar y prevenir la retención especulativa, la segregación residencial, los procesos de sobreocupación, la exclusión residencial grave como el chabolismo o el sinhogarismo y la degradación de las condiciones del parque de viviendas existente y de su entorno, para permitir el desarrollo de su función residencial y la mejora de la calidad de vida.

– La garantía de la igualdad, desde la perspectiva de género, edad, capacidad, así como desde el punto de vista territorial, en todas las políticas de vivienda, a todos los niveles y en todas sus fases: planificación, ejecución y evaluación.

– El uso responsable de los recursos públicos suficientes para cumplir los objetivos de la política de vivienda por parte de las Administraciones competentes y aplicar criterios de corresponsabilidad de los ocupantes de las viviendas en la gestión del parque público.

– La priorización de la atención e información a las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo que, por encontrarse en situación de pobreza, exclusión social u otras formas de vulnerabilidad, deben ser objeto de especial protección.

– La atención en las políticas de vivienda a los desequilibrios territoriales, tanto en ámbito urbanos y metropolitanos como en entornos rurales, que pueden estar más afectados por la despoblación.

– El fomento de la transparencia y la garantía de la participación en el desarrollo de las políticas de vivienda de los agentes que intervienen en el mercado inmobiliario, particularmente de los promotores sociales de vivienda, de las asociaciones ciudadanas de defensa del derecho a la vivienda, de las asociaciones de arrendatarios y de propietarios, de administradores de fincas y de los agentes inmobiliarios.

– El impulso de la economía social, potenciando la participación de las entidades de carácter social y asistencial en el ámbito de la vivienda.

Todos estos objetivos tienen naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/2013, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda, de servicios de interés, en cuanto se trata de elementos esenciales para la cohesión económica, social y territorial, que podrán ser ejecutados de forma directa por las Administraciones públicas o sus entes instrumentales o dependientes, o bien, realizarse a través de los acuerdos con los propietarios, con las entidades del tercer sector y de la economía social que estén legalmente constituidas o a través de fórmulas de colaboración público-privada[29].

Para alcanzarlos y asegurar su garantía legítima a toda la ciudadanía, las Administraciones y entidades del sector público están obligadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, a ejecutar cualquier medida de, limitación y control que garantice la protección del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, interviniendo ante toda situación de discriminación, directa o indirecta, acoso inmobiliario y en las situaciones en las que se acredite que se están realizando operaciones de venta, arrendamiento o cesión por cualquier título de una infravivienda o de una vivienda que esté sobreocupada, o bien se trata de cualquier otra forma de alojamiento ilegal.

Tras una primera aproximación a los aspectos esenciales del régimen de acceso a la vivienda regulado en la Ley estatal 12/2023, de 24 de por el Derecho a la vivienda, se analizan, a continuación, las previsiones de esta norma relativas a los instrumentos jurídicos establecidos para la promoción pública y privada de viviendas, en el ámbito de las competencias estatales.

---

(29) Véase, el apartado primero del artículo 4 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, cuando señala que «a los efectos de la orientación de la financiación pública, tienen la consideración de servicios de interés general, como elementos clave de la cohesión económica, social y territorial, los determinados por las administraciones competentes en la materia, y en el ámbito de competencia estatal o de colaboración del Estado con las demás administraciones: a) el desarrollo de las actuaciones necesarias para la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda, por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, así como su gestión para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles, tal y como se definen en el artículo anterior o en la normativa autonómica correspondientes; b) las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler, con destino a las personas u hogares que reúnan los requisitos preestablecidos en base a criterios objetivos que definan su situación económica y social; c) el desarrollo de las actuaciones necesarias por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, encaminadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada».

3.2 La promoción pública de viviendas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo

El título Segundo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en sus artículos 12 a 26, regula la acción pública relacionada con el acceso a la vivienda, desde los principios generales que han de regir la actuación del sector público estatal, hasta las medidas de planificación y programación a través de las que se materializará su concreta intervención.

En este sentido, y con la intención de garantizar desde la intervención pública el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, el artículo 12 de la precitada Ley 12/2023, de 24 de mayo atribuye a los poderes públicos del estado la potestad administrativa de planificación, con su correspondiente financiación.

El ejercicio de esta potestad planificadora, en su contenido y a través de los diferentes planes y programas en los que se concrete, deberá proteger y atender de manera prioritaria y preferente a las necesidades y la atención a los colectivos, personas y familias con mayores dificultades de acceso a la vivienda, o que se encuentren o puedan encontrarse en situaciones de riesgo de exclusión residencial y, especialmente, a las familias, hogares y unidades de convivencia que tengan menores a su cargo.

En particular, se pueden distinguir las tres siguientes medidas de planificación, como instrumentos a través de los que se manifiesta la intervención administrativa del sector público estatal para la promoción pública del derecho de acceso a la vivienda: a) la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico; b) la declaración de zonas de mercado residencial tensionado y, por último, c) la aprobación de planes estatales de vivienda.

a) *La ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico*

En cuanto se refiere a la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico, el artículo 15 de la vigente Ley por el derecho a la vivienda los define como potestades administrativas, con cuyo ejercicio se garantiza la efectividad de las condiciones básicas de igualdad para su ejercicio, de acuerdo con el marco normativo establecido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana[30], en el que se establecen los criterios básicos para el desarrollo de políticas públicas

(30) Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana,. *BOE* núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

que permitan ampliar la oferta de vivienda social y/o dotacional que promueva la cohesión social y atienda, en lo posible, a las necesidades de la realidad social y económica de los hogares residentes de una manera digna y sostenible.

Téngase en cuenta en este sentido, que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

De esta forma, la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico, a través de los diferentes planes, proyectos y programas en que se concretan, constituyen el marco jurídico general conformado por normas, programas, directrices y planes, que orientan y regulan las actuaciones y procesos de asentamiento sobre el territorio, integrador y coordinador de las políticas públicas con incidencia en el territorio entendido como espacio físico como las políticas públicas en materia de vivienda, entre otras.

b) *La declaración de zonas de mercado residencial tensionado*

El artículo 18 de la Ley por el Derecho a la vivienda faculta a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda para que declaren zonas de mercado residencial tensionado, de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en su normativa reguladora y en el ámbito de sus respectivas competencias.

La finalidad legalmente prevista para la referida declaración de zonas de mercado residencial tensionado consiste en la habilitación para la implementación de actuaciones públicas en materia de vivienda en todos los ámbitos territoriales en los que exista un riesgo acreditado de oferta insuficiente de viviendas para la población, en condiciones que sean asequibles de acuerdo con la situación del mercado de vivienda y con las necesidades del territorio.

De acuerdo con lo que establece el apartado segundo del precitado artículo 18 de la Ley por el Derecho a la Vivienda, la declaración de zona de mercado residencia tensionado se tramita a través de un procedimiento administrativo que se inicia con un trámite preparatorio previo que tiene por objeto el acopio de información acerca de la situación del mercado residencial en la zona. A continuación, se debe abrir un trámite de información pública en el que se pondrá a disposición de la ciudadanía la documentación en que se basa tal declaración, entre la se incluyen los estudios de distribución espacial de la población y hogares, su estructura y dinámica, así como la zonificación teniendo en cuenta la oferta, los precios y la tipología de vivienda,

junto con cualquier otro estudio o informe en el que se pongan de relieve posibles desequilibrios o procesos de segregación social y espacial.

El procedimiento de declaración de zona de mercado residencial tensionado finaliza mediante una resolución administrativa dictada por la Administración Pública competente en materia de vivienda y que, desde el punto de vista sustantivo o material debe motivarse a partir de la acreditación de las deficiencias o insuficiencias del mercado de la vivienda en la zona, tanto en la modalidad libre como en la de promoción pública.

La declaración de zona de mercado residencial tensionado tendrá una vigencia de tres años, siendo posible su prórroga anual a través del mismo procedimiento y siempre y cuando se acredite la subsistencia de las circunstancias que la motivaron en su origen.

Debe significarse, además, que la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado implica la obligación por parte de la Administración competente de redactar un plan específico en el que se determinen las medidas correctoras que se consideren precisas y necesarias para solucionar los desequilibrios que pone en evidencia la propia declaración.

Por su parte, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho al a vivienda, el Departamento Ministerial que tenga atribuidas competencias en materia de vivienda podrá desarrollar un programa específico para las zonas de mercado residencial tensionado que se hayan declarado, en coordinación y de acuerdo con la Administración territorial competente.

c) *La aprobación de planes estatales de vivienda*

La Administración General del Estado, en colaboración con las demás Administraciones territoriales, podrá ejercer su potestad administrativa de planificación y programación con la finalidad de garantizar el derecho constitucional de la ciudadanía a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, teniendo en cuenta la realidad económica, financiera y social, promoviendo la cohesión social y la lucha contra la despoblación de determinados núcleos de población[31].

(31) Véase el artículo 23.1 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, cuando afirma que « La Administración General del Estado contribuirá, en colaboración con las demás Administraciones Públicas en cualquiera de las formas admitidas por la legislación reguladora del régimen del sector público, a garantizar el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada mediante los instrumentos de política fiscal, económica, social y de planificación o de programación de su competencia, atendiendo a la realidad económica, financiera y social, a favor de la cohesión territorial y la lucha contra la despoblación».

Para ello, el artículo 23 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, cuyo análisis nos ocupa, en su artículo 2 se refiere de manera expresa a los instrumentos de planificación y programación de la Administración General del Estado como instrumentos jurídicos con los que formalizar su apoyo a las Administraciones territoriales competentes en la ejecución de las políticas de vivienda que, «[…] previo análisis y determinación de las necesidades, aseguren la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda en condiciones asequibles, fomentando la utilización racional del suelo y propiciando la ocupación eficiente del parque residencial, y asegurando que tales instrumentos cuenten con una adecuada dotación presupuestaria[…]».

En este sentido, el precitado artículo 23.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo identifica fines y objetivos concretos, que deben ser no solo tenidos en cuenta, sino impulsados y fomentados por los planes y programas estatales que se aprueben en materia de vivienda.

Concretamente, los tres siguientes:

En primer lugar, la rehabilitación y la mejora de las viviendas existentes, junto con la promoción de viviendas que vayan a integrarse en la formación de los denominados «parques públicos de vivienda».

En segundo lugar, la promoción de viviendas que se adaptes a las demandas y necesidades sociales y económicas de la población.

Y, en tercer y último lugar, la previsión de una adecuada dotación de programas de ayuda que estén dirigidos de forma específica a las personas y hogares que tengan mayores dificultades para acceder a una vivienda, prestando especial atención a las personas jóvenes y hogares expuestos a mayor vulnerabilidad y a las familias, hogares y unidades convivenciales que tengan menores a su cargo.

En este sentido, los principales instrumentos de actuación del Estado en materia de política de vivienda son los denominados «planes estatales en materia de vivienda y rehabilitación, regeneración y renovación urbana y rural» previstos en el artículo 24 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda. Estos planes, de manera coordinada con el conjunto de estrategias estatales y políticas públicas sectoriales vincularán la política de vivienda con medidas fiscales y de financiación que se desarrollen y aprueben con el fin de promover la puesta a disposición de la población de viviendas dignas y a precios asequibles.

Todas estas medidas de promoción y fomento tienen como objetivo último favorecer el acceso a la vivienda de la ciudadanía y mejorar la calidad del parque residencial existente. Para ello, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley por el Derecho a la Vivienda que se analiza, los planes estatales en materia de vivienda y rehabilitación,

regeneración y renovación urbana y rural tendrán como actuaciones prioritarias las siguientes:

> «[…]
>
> a) Las que fomenten la ocupación racional y eficiente del patrimonio residencial.
>
> b) La conservación, el mantenimiento, la rehabilitación y la mejora de las viviendas que estén destinadas o vayan a destinarse a residencia habitual, así como la regeneración y renovación de su entorno construido, favoreciendo enfoques integrales que garanticen la accesibilidad universal.
>
> c) Las actuaciones necesarias para la creación, ampliación y gestión de los parques públicos de vivienda, tanto derivadas de la nueva construcción como de la rehabilitación, orientados prioritariamente a atender la necesidad de vivienda de las personas, familias y unidades de convivencia en situación de mayor vulnerabilidad social y económica.
>
> d) La construcción y rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.
>
> e) La promoción de nuevas modalidades de vivienda y de desarrollo urbano y rural que se adapten al as necesidades sociales, así como las actuaciones destinadas a favorecer el acceso de la ciudadanía a una vivienda sometida a algún régimen de protección pública, incluyendo instrumentos financieros que promuevan mecanismos público-privados.
>
> f) Actuaciones encaminadas a favorecer el acceso a la vivienda por parte de jóvenes, así como a garantizar una vivienda digna y adecuada para personas en situación de mayor vulnerabilidad social, chabolismo, infravivienda o en emergencia habitacional.
>
> […]».

3.3 **La colaboración público-privada y el fondo de vivienda asequible**

En el contexto global actual en el que nos vemos inmersos, la situación del mercado laboral y el acceso a la vivienda destacan entre las principales preocupaciones de la ciudadanía y como los retos y objetivos más importantes de la gestión pública actual.

En el ámbito de la vivienda que nos ocupa, esta situación requiere, a nuestro entender, que tanto las Administraciones y demás entidades del sector público como los agentes económicos privados aúnen sus esfuerzos en torno a la gestión de la política de vivienda de tal forma y manera que se establezcan medidas de fomento y promoción pública en coordinación con la iniciativa privada con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la misma.

Merece significarse a tal efecto, la colaboración público-privada en la puesta a disposición de la ciudadanía de viviendas a precios asequibles, a través de mecanismos de trabajo conjuntos entre las Administraciones Públicas y las principales asociaciones de entidades privadas gestoras de vivienda y las entidades del tercer sector, contribuyendo a la función social de la vivienda.

De esta forma, el apartado segundo del artículo 25 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, pone de relieve el modo en que estas fórmulas de colaboración público-privadas pueden impulsar y contribuir a la conformación y ampliación de lo que la ley denomina «fondos de vivienda asequible» de titularidad privada y, al mismo tiempo, al fortalecimiento de los parques públicos de vivienda.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del precitado artículo 25 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, el objetivo del fondo de vivienda asequible consiste en la previsión de un nuevo instrumento a disposición de las Administraciones territoriales en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda mediante la creación de un parque de vivienda asequible e incentivada, o de vivienda social, especialmente en aquellos ámbitos en los que se ha roto el equilibrio entre la oferta y la demanda de vivienda de alquiler.

Ello, atendiendo a la realización de los objetivos específicos que se enumeran en el apartado 24.4 del referido precepto legal.

Concretamente, los tres siguientes:

> «[…]
>
> a) Dar respuesta y acompañamiento, en coordinación con los servicios sociales y entidades del tercer sector, a las personas y familias con menos recursos, evitando desahucios en situaciones de vulnerabilidad y estableciendo protocolos de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades privadas gestoras de vivienda.
>
> b) Incrementar el parque de vivienda social y asequible, especialmente en zonas de mercado residencial tensionado.
>
> c) Promover el compromiso de destinar un porcentaje mínimo de su parque a vivienda social o asequible.
>
> […]».

En definitiva, las colaboración público-privada, el fondo de vivienda asequible, junto con los parques públicos de vivienda comparten la finalidad de promover y contribuir al buen funcionamiento del mercado de la vivienda, como instrumentos al servicio de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada de los sectores de la población que se

encuentran en las condiciones menos favorables para poder acceder al mercado de la vivienda, en especial las personas jóvenes y los colectivos más vulnerables.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho de acceso a la vivienda tiene, sin duda, una importancia y un reconocimiento acreditado como factor de integración social y desarrollo personal que más allá de su valor programático o declarativo merece ser reconocido y configurado como una auténtico derecho subjetivo, a partir del establecimiento legislativo de unas bases o requisitos mínimos que identifiquen tanto a sus titulares como las condiciones exigibles para su efectivo ejercicio, en el contexto de un contexto social y económica cambiante como el que vivimos.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, durante los últimos años se han sucedido los esfuerzos de los poderes públicos por garantizar la provisión de viviendas a la población, especialmente destinadas a los colectivos más desfavorecidos, que no pueden acceder a una vivienda en el mercado libre y en el marco de un contexto normativo limitado a reproducir la literalidad del artículo 47 de la CE que proclama el denominado derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a pesar de las dificultades realmente existentes para su efectivo ejercicio.

En este sentido, puede entenderse que la transformación de este principio rector de la política social y económica en un auténtico derecho subjetivo se está produciendo de una manera paulatina en nuestro ordenamiento jurídico.

Es decir, el derecho a una vivienda digna y adecuada se podría entender como un derecho «no exigible» a las condiciones adecuadas para que pueda garantizar el acceso efectivo de la ciudadanía a la vivienda, de tal forma y manera que siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidas por las normas vigentes y de aplicación, se generan situaciones jurídicas activas a favor de la ciudadanía, con un carácter instrumental y que, en algunos casos, contribuyen a la efectividad del acceso a la vivienda.

Debe ponerse de manifiesto, asimismo, que normas como la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda evidencian la intensificación de los esfuerzos de los poderes públicos por el fomento y la promoción del acceso a la vivienda de las personas y colectivos que tienen mayores dificultades para acceder al mercado libre de vivienda.

En este sentido, resulta necesario mejorar la efectividad de las condiciones para el ejercicio del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada y consolidar el avance significativo que supone la definición de tal derecho a través de la técnica del derecho subjetivo, ampliando así su ámbito de reconocimiento progresivo.

Así, el objeto de los derechos regulados y configurados por el legislador, autonómico y estatal, deja de ser la vivienda en sí misma para incluir aspectos que van acercando a la ciudadanía al acceso efectivo a la vivienda.

A la vista de esto, es posible llegar a la conclusión de que el derecho a una vivienda digna y adecuada, en la medida que se materializan las condiciones en que puede ejercerse, produce la generación de situaciones jurídicas activas a favor de la ciudadanía, de carácter instrumental y/o procedimental, que constituyen objetos anudados que, en ocasiones, desembocan en el efectivo derecho de acceso a la vivienda.

Resulta innegable la importancia que se reconoce a la vivienda como factor de integración social y desarrollo personal, toda vez que está en juego el valor que paulatinamente le vayan atribuyendo las legislaciones estatales y autonómicas al derecho de acceso a la vivienda como un derecho subjetivo y, por lo tanto, exigible ante los órganos jurisdiccionales, a partir de unas bases mínimas y un contexto normativo como el que establece la vigente ley estatal por el derecho a la vivienda que se analiza en este trabajo y, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico cambiante.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ávila Orive, J. L., Arnáez Arce, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, pp. 199-224.

Bassols Coma, M., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978.* EDERSA. Madrid. 1984.

Cobreros Mendazona, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado». *Revista Vasca de Administración Pública*. núm. 19. 1987. pp. 27-60.

García de Enterria. E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1992.

Ponce Solé, J., «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda». *El derecho a la vivienda en el siglo xx: sus relaciones con la ordenación territorial y el urbanismo*. Marcial Pons. Barcelona. 2008. 80-102.

Ponce Solé, J., «Un panorama general de las novedades jurídicas de la ley estatal 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. núm. 365-366, 2023. pp. 27-52.

Rodríguez Achútegui, E., «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo». *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 8. 2015 pp. 22-33.

B Adquisición del promotor y autopromoción individual

Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho civil
Universitat de València
ORCID: 0000-0002-4918-159X

Sumario: 1. Introducción. 2. La adquisición del promotor. 2.1 La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación. 2.2 El adquirente del inmueble. 3. Forma y perfección del contrato. 4. El deber de entrega de la vivienda por el promotor. 4.1 El retraso en la entrega y la resolución del contrato. 4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación. 4.3 La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación. 5. Cuestiones relativas a las obligaciones del adquirente. 5.1 El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato. 5.2 La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor. 5.3 La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación. 6. Autopromoción individual. 6.1 Caracteres. 6.2 El autopromotor como comitente y consumidor. 6.3 La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) no existía una regulación estatal con carácter general de la figura del promotor, sino que había sido principalmente la jurisprudencia la que se había aproximado a su concepto, al resolver los conflictos suscitados a la luz del artículo 1591 CC, esto es, en casos de responsabilidad por vicios ruinógenos[(1)], si bien ya existían referencias en diversas normas sectoriales que lo contemplaban[(2)], así como en alguna normativa autonómica[(3)].

2. LA ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR

2.1 **La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación**

A tenor del artículo 9.1 LOE merece la calificación de promotor inmobiliario «la persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título», y el artículo 17.4 LOE prevé que la responsabilidad en ella prevista «se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Con base en la interpretación jurisprudencial del círculo de responsables «ex» artículo 1591 CC y teniendo en cuenta la actual regulación

(1) *Vid.* Marín García de Leonardo, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 15-19 y 41 ss.

(2) Así, por ejemplo, la legislación sobre vivienda de protección oficial (arts. 7 y 8 RD 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Legislación sobre VPO; artículo 22 Decreto 2114/1978, que lo desarrolla; artículo 2 Real Decreto Legislativo 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial) o la legislación urbanística. La derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas se refería a las «personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial» (art. 1) y el Decreto 3114/1968, aplicaba los principios de aquella a las comunidades y cooperativas de viviendas.

(3) Artículo 3 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de Vivienda de Cataluña, que, según Marín García de Leonardo, M.ª T., *op. cit.*, p. 43, inspiró la regulación de la LOE o el artículo 15 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación.

–LOE– que prevé la responsabilidad del promotor «en todo caso», como garante frente a los adquirentes, la doctrina ha considerado dentro del concepto de promotor, con independencia de que la actividad se realice con o sin ánimo de lucro o de si es o no dueño del suelo al:

a) Promotor-constructor: sujeto titular de derecho sobre el suelo que construye por sí mismo, para ceder lo construido a terceros, participando, por tanto, en la ejecución(4).

b) Promotor-vendedor: es el sujeto que adopta las decisiones sobre el proceso de edificación, contratando, como comitente, su ejecución con el contratista, financiándola directa o indirectamente para posteriormente enajenar el resultado de la obra a terceros adquirentes. En relación con la responsabilidad por vicios ruinógenos la jurisprudencia lo ha equiparado al «contratista» del artículo 1591 CC, ya que, como vendedor, está obligado a entregar la cosa en condiciones para servir para el uso al que se la destina, haciendo suyos los trabajos ajenos realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos(5).

c) Promotor-gestor: es el sujeto que interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios(6), como los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios, aun cuando las viviendas no estén destinadas al tráfico, sino a los socios cooperativistas o a los comuneros. No es promotor, en cambio, la persona que actúa como simple mandatario del comitente o dueño de la obra, llevando a cabo una serie de actividades si no tiene la iniciativa en el proceso constructivo.

Por último, el artículo 9.1 LOE incluye en el concepto de promotor al que interviene en el proceso constructivo para sí, cuestión que se abordará «infra» en el apartado dedicado a la autopromoción individual.

En suma, lo decisivo del concepto de promotor es que «tiene una eficaz intervención en todo el hacer edificativo»(7), asumiendo su

(4) Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 429; Marín García de Leonardo, M.ª T., *op. cit.*, p. 47.

(5) Comprenden al promotor vendedor «en el espacio jurídico del artículo 1591» en tanto que «queda obligado a cumplir exacta y debidamente lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causantes directos», entre otras, SSTS 15 octubre 1996 (RJ 1996, 7111), 12 marzo 1999 (RJ 1999, 2375), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8862), 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 8 octubre 2001 (RJ 2001, 7549), 13 mayo 2002 (RJ 2022, 5705) y 26 junio 2008 (RJ 2008, 4272).

(6) Por ello, entre los promotores-gestores cabe incluir al *project manager*, como subrayan Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *op. cit.*, p. 430.

(7) SSTS 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 16 diciembre 2004 (RJ 2005, 272), 23 mayo 2005 (RJ 2005, 6362).

control, concibiendo la operación, organizándola, coordinándola desde el punto de vista jurídico, técnico, administrativo y financiero[8]. Es indiferente que se trate de una persona privada o pública, ya que, según el artículo 1.3 LOE las Administraciones Públicas, los organismos y entidades, pueden actuar como agentes de la edificación y, por tanto, como promotores, quedando entonces sujetas a la legislación de contratos del sector público y en lo no contemplado en ella por las disposiciones de la LOE, a excepción de lo dispuesto sobre las garantías de suscripción obligatoria[9].

2.2 **El adquirente del inmueble**

En el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 17 y 18 LOE la legitimación activa se predica del propietario de la edificación, con independencia de la relación jurídica que le una con el agente responsable, en particular, con el promotor[10].

Sin embargo, la calificación de la relación que les una sí será relevante para exigir responsabilidad por otros daños no cubiertos por el artículo 17 LOE –que se limita a los «daños materiales causados en el edificio»–, tales como el lucro cesante, el daño a otros bienes distintos del edificio, los daños personales o morales, como se desprende de los apartados 1 y 9 del propio precepto. En tal sentido, el artículo 17.1 LOE deja a salvo la responsabilidad contractual –«Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales…»–, al igual que hace el artículo 18.1 *in fine* LOE que, respecto al plazo de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad, establece «sin perjuicio de las acciones que

(8) Marín García de Leonardo, M.ª T., *op. cit.*, p. 50; Pacheco Jiménez, M.ª N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337)», BIB 2018/13312, p. 7.

(9) En el caso de que la Administración sea comitente en virtud de un contrato administrativo de obras el régimen de responsabilidad por ruina se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 244) y no cabrá la aplicación supletoria de la LOE. En tal sentido, en relación con la legislación anterior Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *op. cit.*, p. 403. El artículo 244 LCSP prevé la responsabilidad del contratista por los daños que se manifiesten durante un plazo de quince años desde la recepción de la obra «si esta se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a un incumplimiento por parte del contrato». La acción para exigir responsabilidad prescribe a los dos años desde que se produzcan o manifiesten dichos daños, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual».

(10) Se trata de una responsabilidad legal, que será contractual si entre el propietario y el agente media un contrato y extracontractual si no es así. Así, Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *op. cit.*, p. 399.

puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». Compatibilidad de acciones que, de otra parte, ha sido confirmada por la jurisprudencia (11).

Por ello, el adquirente tiene frente al promotor-vendedor las acciones que, en sede de compraventa, le reconocen los artículos 1484 y siguientes del CC, así como las derivadas del régimen general del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. y 1124 CC) (12). Cuando la relación que medie entre el adquirente (comitente) y el promotor –en este caso, constructor– sea la de un contrato de obra, el régimen de responsabilidad será el del artículo 17 LOE para los daños materiales por él cubiertos, por vicios o defectos comprendidos en su apartado 1 y para las obras a las que se refiere su artículo 2.2. Para los daños no cubiertos o por defectos constructivos no incluidos en la LOE o incumplimientos no previstos en ella (como el retraso en la entrega o no terminación de la obra o no ajuste a las condiciones pactadas) o que resulten de obras distintas de las previstas en el artículo 2.2 LOE habrá que acudir al régimen contractual, que será el de los artículos 1101 y ss. y 1124 CC, pudiendo exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, tratándose de un incumplimiento cualificado, junto con indemnización de daños. Por ello, cabe distinguir entre la responsabilidad por vicios ruinógenos o constructivos regulados en el artículo 17 LOE, para los daños materiales causados en el edificio, y la derivada del incumplimiento contractual de promotor para con los adquirentes (13). Cuando no medie relación contractual entre el promotor y el adquirente de la vivienda, y para los supuestos de daños no cubiertos por el artículo 17 LOE, como los producidos a las personas o bienes distintos del edificio será de aplicación régimen de responsabilidad civil extracontractual «ex» artículos 1902 y ss CC.

Además, cuando el adquirente de la vivienda ostente la condición de consumidor, según definición del artículo 3 LGDCU, se aplicará la LGDCU, sobre todo en relación con los deberes de información precontractual y contractual y documentación (arts. 60, 61, 63 y 64), el régimen de cláusulas abusivas que pueden afectar a la perfección y formación del contrato (p. ej. artículo 89.3) y la responsabilidad civil por daños causados por la vivienda (arts. 148 y 149) (14).

---

(11) *Vid.* jurisprudencia citada por Pacheco Jiménez, M.ª N., *op. cit.*, pp. 11-12.

(12) Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *op. cit.*, p. 400; Marín García de Leonardo, M.ª T., *op. cit.*, pp. 33 ss. En este sentido, las SSTS 13 mayo de 2008 (RJ 2008, 3060), 27 junio 2012 (RJ 2012, 8014), 2 febrero 2018 (RJ 2018, 337).

(13) STS 13 mayo 2008 (RJ 2008, 3060), 27 marzo 2015 (RJ 2015, 1833).

(14) A tenor del artículo 149 LGDCU será aplicable el régimen previsto en el artículo 148 «a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que *no estén cubiertos por un régimen legal específico*», como el previsto en el artículo 17 LOE.

3. FORMA Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Una de las formas más frecuentes en la práctica de compraventa inmobiliaria es la que se produce a un promotor-vendedor profesional por un particular, que puede ser sobre plano o en construcción o ya terminada[15]. En el primer supuesto, la compraventa, perfeccionada por el mero consentimiento (art. 1450 CC), suele formalizarse en documento privado con pagos parciales del precio –cantidades anticipadas– y a la terminación de la obra se otorga escritura pública con abono del resto del precio y, en su caso, subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario concedido al promotor.

No es infrecuente que en tales supuestos se suscriba entre el promotor y el adquirente lo que denominan «contrato de reserva», en el que el promotor reserva a la otra parte un determinado piso o edificación que se construirá, que se describe por referencia a un plano y en el que también aparecen definidos el precio, la forma de pago, etc. En realidad, este contrato de reserva no es tal, sino que estaremos bien ante un contrato de compraventa de cosa futura, si se ha pactado el intercambio de cosa por precio, bien ante un precontrato de compraventa, si lo que las partes han pactado es la facultad de uno de ellos o ambos de poner en vigor en un determinado momento el contrato definitivo[16].

Como hemos apuntado, junto con el contrato de compraventa de vivienda en construcción el particular también puede celebrar, para procurarse una vivienda o edificación, un contrato de obra inmobiliaria, que, al igual que el de compraventa, se perfecciona por el mero consentimiento. Puede haber contrato de obra y no venta, aunque el contratista suministre los materiales de construcción (art. 1588 CC), lo que ha sido una cuestión controvertida, que ha llevado a doctrina y jurisprudencia a tomar en consideración diversos criterios para delimitar estos contratos, no siempre con la nitidez deseable[17], siendo determinante la finalidad e intención perseguida por las partes. Esta distinción no es relevante a efectos de la

(15) Rebolledo Varela, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096; Díaz Martínez, A., «La formación del contrato de obra», en Parra Lucán, M.ª Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, p. 516; Álvarez Lata, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo,* 4.ª ed., Cizur Menor, 2020, pp. 984-987.

(16) Carrasco Perera, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2021, consultado en Thomson Reuters Proview.

(17) Aunque excede del objeto de este contrato, se han propuesto diversos criterios de distinción entre el contrato de obra y la compraventa, si bien no resultan plenamente satisfactorios. Así, entre otros, se ha atendido al criterio de la fungibilidad o infungibilidad del objeto de la prestación, a la preponderancia del valor de las prestaciones (del trabajo y de los materiales), a la intervención del

responsabilidad por defectos constructivos, pero puede serlo a efectos del desistimiento unilateral conforme al artículo 1594 CC o del riesgo por perecimiento «ex» artículos 1589 y 1590 CC e, incluso, de la acción directa del subcontratista «ex· artículo 1597 CC[18].

4. EL DEBER DE ENTREGA DE LA VIVIENDA POR EL PROMOTOR

4.1 **El retraso en la entrega de la vivienda y la resolución del contrato**

Tanto si se trata de un contrato de obra como de una compraventa incumbe al promotor-contratista o al promotor-vendedor la entrega de la edificación en el plazo pactado, de manera que si no entrega la obra o no la entrega en plazo incumple el contrato, lo que legitimará al adquirente a ejercitar la acción de cumplimiento o de resolución contractual, solo si concurren presupuestos de esta última (art. 1124 CC), junto con una acción indemnizatoria de los daños ocasionados si el incumplimiento es imputable a dolo o culpa del contratista y de las personas que deba responder (dependientes, auxiliares, subcontratistas) o del vendedor[19]. Normalmente, una vez terminada la obra se otorgará, en el plazo contractualmente previsto, la escritura pública de compraventa y el abono del precio pendiente de pago.

Así, frente a una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual el retraso en el plazo de entrega de la vivienda no es considerado un incumplimiento esencial y grave y, por tanto, carece de trascendencia resolutoria «ex» artículo 1124 CC, en tanto que la prestación sigue siendo posible y útil para el acreedor[20], y salvo para algunos supuestos en que la demora fuera prolongada[21], la jurisprudencia ha ido admitiendo que cabe la

---

ejecutante de la obra en el proceso productivo y su resultado, a la consideración de las cualidades de la persona del ejecutante y las circunstancias y requisitos del trabajo que ha de realizarse.

(18) Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *op. cit.*, p. 313; Díaz Martínez, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(19) Se ha criticado, dada la conflictividad que plantea esta cuestión, la omisión en el artículo 9 LOE, de la obligación de entregar el edificio o cualquiera de sus pisos, aunque pueda derivarse del propio contrato de compraventa. Así, Algaba Ros, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 24.

(20) Entre otras, SSTS 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298), 12 marzo 2009 (RJ 2009, 1982), 29 enero 2011, 11 abril 2013 (RJ 2013, 3490), 15 julio 2013 (RJ 2013, 8090), 1 abril 2014 (RJ 2014, 2155), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 7 abril 2016 (RJ 2016, 4289).

(21) Así, la STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8353), en la que el retraso en la expedición del certificado final de obra se extendió a casi un año respecto de la fecha prevista en el contrato; o la STS 21 marzo 2013 (RJ 2013, 3087), en que se acordó la resolución al haber transcurrido la prórroga de seis

resolución del contrato de compraventa por el retraso en la entrega tanto por entender que se está ante un término esencial[22], por haberse pactado una condición resolutoria explícita[23], o porque, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se concluye que el retraso, aunque no sea especialmente intenso o relevante, respecto del inicial plazo de entrega pactado, «frustra los intereses legítimos del comprador», «el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, capaz de producir una insatisfacción de las expectativas de la parte interesada en el mismo»[24].

Sin embargo, como ha sido advertido, muchas de estas resoluciones jurisprudenciales resultan contradichas por otras posteriores, por lo que, atendiendo a la casuística es difícil concretar cuáles son las reglas jurisprudenciales en la actualidad[25], sobre todo, en la determinación de cuándo hay frustración del fin del contrato que faculte a resolver[26], lo que, además, genera cierta inseguridad jurídica[27].

En el primer supuesto, esto es cuando se ha configurado la fecha de entrega como término esencial, o se ha pactado una cláusula resolutoria expresa, cualquier retraso, aunque no sea relevante o sea escaso en el tiempo, facultará a la parte compradora a la resolución del contrato, sin

---

meses prevista en el contrato, respecto de la fecha de entrega, que se fijó en un plazo máximo de treinta meses desde la concesión de la licencia de edificación. En efecto, la concesión al promotor incumplidor de un plazo adicional razonable para el cumplimiento facultaría al adquirente a resolver el contrato, y a la misma conclusión cabe llegar si la conducta del deudor es reveladora de una voluntad de incumplir o de una incapacidad para cumplir.

(22) Para Algaba Ros, S., *op. cit.*, p. 31, la apreciación del término como esencial «debe provenir más de la naturaleza del bien en sí –la vivienda– que del contexto del contrato». A su juicio, la efectiva protección de la vivienda pasa por considerar el término en el plazo de entrega como esencial, por serlo desde el propio interés del adquirente.

(23) Tal fue el supuesto resuelto por la STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821), en el que constaba que «en caso de incumplimiento del plazo de inicio o terminación de las obras, o en el supuesto de no obtenerse la licencia de primera ocupación o, si procede, cédula de habitabilidad o calificación definitiva, el comprador podrá optar por la resolución contractual». La STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8603) confirma la sentencia de instancia, que consideró que del documento contractual se desprendía que el plazo de entrega era esencial, lo que facultaba la resolución conforme al artículo 1124 CC. En la STS 29 febrero 2016 (RJ 2016, 746) se pactó que el retraso en la entrega produciría la resolución del contrato si se notificaba conforme el artículo 1504 CC, requisito que, sin embargo, no se dio por cumplido por el TS, al haber requerido las compradoras mediante un burofax y no mediante un requerimiento judicial o notarial como exige aquel precepto.

(24) SSTS 10 septiembre 2012 (RJ 2103, 2266), 20 marzo 2013 (RJ 2012, 4594), 19 diciembre 2014 (*Tol 4604038)*, 17 febrero 2016 (*Tol 5650688*) y 7 abril 2016 (*Tol 5697621*).

(25) En tal sentido, Estruch Estruch, J., *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en *Tol 6.196.531*.

(26) Clemente Meoro, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 328.

(27) Pone de relieve la falta de criterios jurisprudenciales unívocos sobre la trascendencia resolutoria del retraso en el plazo de entrega, Verdera Server, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», *CCJC*, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview, p 2.

necesidad de que concurra un incumplimiento grave o sustancial según los criterios interpretativos del artículo 1124 CC, conclusión esta que no ha quedado exenta de críticas doctrinales[28].

Ahora bien, la mayoría de las sentencias que han permitido la resolución del contrato, aunque el retraso no fuera importante, la han justificado en el artículo 3 de la ahora derogada Ley 57/1968, que supone una especialidad respecto del régimen general de la resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC[29], si bien exigiendo que el derecho que le concede la Ley al comprador se ejercite conforme a las exigencias de la buena fe, lo que ha permitido denegar la resolución en supuestos en que esta se ha considerado meramente oportunista, para lo que se tiene en cuenta, entre otros aspectos, el momento en que se ejercita la acción resolutoria respecto de la conclusión de la ejecución de la obra y/o el requerimiento del vendedor para otorgar la escritura pública[30].

En efecto, el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE (con el mismo tenor que el anterior artículo 3 de la Ley 57/1968), respecto de la adquisición de viviendas en construcción con entrega de cantidades anticipadas, faculta al adquirente consumidor a optar entre la resolución del contrato con devolución de cantidades anticipadas, incrementadas en los intereses legales, o la concesión de una prórroga al promotor «si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada». Se trata, por tanto, de dos causas legales de resolución del contrato. Respecto de la primera, como se ha puesto de relieve, el legislador parece haber configurado la fecha de inicio de la construcción como término esencial del contrato[31].

En relación con la no entrega de la vivienda en la fecha prevista, también parece concebirse en la LOE como un término esencial de carácter

(28) Considera Verdera Server, R., *op. cit.*, p. 4, excesiva la conclusión de que si se ha fijado fecha de entrega del bien –lo que, de otra parte, exige la normativa– se ha conferido a cualquier incumplimiento eficacia resolutoria o que se ha pactado un término esencial.

(29) Así, la STS (Pleno) 20 enero 2015 (*Tol 473341*), que rectifica la doctrina asentada por la STS 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298) que había descartado la aplicación del artículo 3 Ley 57/1968, por considerarla una norma «predominantemente administrativa».

(30) No procede la resolución del comprador, con base en el artículo 3 Ley 57/1968, si cuando la insta la vivienda está terminada, cuenta con licencia de primera ocupación y el vendedor le ha requerido para otorgar la correspondiente escritura pública, como sostuvo la STS (Pleno) 5 mayo 2014 (*Tol 4357235*). Según esta Sentencia aquel precepto «no excluye que la "rescisión" o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso del derecho del comprador». En la misma línea, las SSTS 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 20 mayo 2016 (RJ 2016, 2277) y 7 mayo 2019 (RJ 2019, 1881).

(31) Estruch Estruch, J., *La nueva regulación…*, *op. cit.*, para quien el inicio de la construcción de una edificación debe fijarse en el momento del otorgamiento del acta de replanteo (que es firmada por el constructor, el arquitecto director de la obra y el director de la ejecución de la obra) o de comienzo de las obras.

abstracto o general, si bien en sentido objetivo o material difícilmente puede calificarse como tal, en tanto que, aunque se entregue la vivienda, una vez transcurrido el término fijado en el contrato, como regla, continuará satisfaciendo el interés del acreedor[32]. Pese a ello, el apartado cuarto de la Disposición adicional primera LOE es claro y permitirá al adquirente consumidor que haya entregado cantidades anticipadas resolver el contrato, aunque el retraso sea pequeño o poco relevante, esto es, aunque no tenga carácter resolutorio, lo que constituye una norma especial respecto de la regulación general del artículo 1124 CC[33]. Consecuencia del ejercicio de esta facultad resolutoria será la restitución de las cantidades anticipadas al promotor, incrementadas en los intereses legales y, en su caso, la ejecución de las garantías que haya tenido que otorgar el promotor (seguro de caución o aval solidario).

En ocasiones, el retraso en la entrega se justifica por el promotor en la demora en la concesión de licencia administrativa de edificación al no adecuarse la construcción a la normativa o al planeamiento urbanístico. En tal supuesto la jurisprudencia ha entendido que no hay imposibilidad legal sobrevenida inimputable al promotor-vendedor, que le permitiría exonerarse de responsabilidad (arts. 1182 y 1184 CC), no pudiendo calificar tales problemas administrativos urbanísticos como caso fortuito o fuerza mayor, ya que no son eventos impeditivos imprevisibles o inevitables ajenos a su ámbito de control[34]. Tampoco concurre un supuesto de fuerza mayor la proliferación de huelgas en el sector de la construcción, ni las inclemencias meteorológicas, hallazgos de restos arqueológicos, la falta de suministros[35] o la crisis financiera que afectó al mercado inmobiliario a partir del 2008[36]. En este contrato el promotor fija el plazo de entrega de la vivienda, debiendo asumir el riesgo de la concurrencia de circunstancias normalmente previsibles que incidan

(32) Estruch Estruch, J., *La nueva regulación…*, *op. cit.* En el mismo sentido, Verdera Server, R., *op. cit.*, p. 12.

(33) Estruch Estruch, J., *La nueva regulación…*, *op. cit.*

(34) Rebolledo Varela, Á. L., *op. cit.*, pp. 6-7 y 16; Díaz Martínez, A., «La resolución de la compraventa instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013, BIB 2013/2022, p. 8; Algaba Ros, S., *op. cit.*, p. 32. Advierte la autora que, en cambio, sí se ha considerado supuestos de fuerza mayor los casos de intervenciones ilícitas de terceros o cuando los cambios en el proyecto de obra son debidos a los propios compradores.

(35) Estruch Estruch, J., *La nueva regulación…*, *op. cit.*, quien destaca, entre otras, las SSTS 19 diciembre 2014 (*Tol* 4604038) y 14 septiembre 2016 (*Tol 5823989*).

(36) Por la no aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» alegada por la promotora vendedora que no entregó las viviendas en plazo, lo que justificó, entre otras, en la grave crisis inmobiliaria y financiera, se pronuncian las SSTS 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374) y 22 diciembre 2014 (*Tol 4603932*).

en la marcha de las obras, comprometiendo su finalización en el tiempo previsto en el contrato.

Cuando el contrato de compraventa no fija del plazo de entrega, lo que contraviene el artículo 5.5 RD 515/1989 y los artículos 60.2 d) y 85.1 LGDCU, aplicables cuando se trate de adquisición de vivienda por un consumidor a un promotor, el artículo 1128 CC faculta al juez a fijarlo, conforme al expediente de jurisdicción voluntaria previstos en los artículos 96 y 97 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, teniendo en cuenta que la indeterminación inicial del plazo no debe favorecer a quien provocó la confusión (art. 1288 CC)[37]. Cabe tener en cuenta, además, que el 85.8 LGDCU estima abusivas las cláusulas que «supongan la consignación de fechas meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario», por lo que, de declararse nula por abusiva, se tendrá que aplicar el artículo 1128 CC, sin que deba declarar la nulidad del contrato de compraventa[38]. Sin embargo, la jurisprudencia no se ha mostrado pacífica cuando el inicio del cómputo del plazo de entrega se supedita al comienzo de las obras, a la concesión de la licencia de edificación o al fin de las mismas[39]. En todo caso, no puede dejarse el plazo de entrega al arbitrio o la voluntad del promotor (cfr. artículo 1256 CC), ni hacerse depender de hechos o circunstancias que debe controlar por pertenecer al ámbito propio de su actividad empresarial.

En suma, tanto la legislación sectorial en materia de vivienda como la normativa protectora de los consumidores exigen que en todo contrato de compraventa de vivienda en construcción se haga constar con claridad la fecha de entrega y la fase en la que se encuentra la construcción, por lo que no son lícitas las estipulaciones que dejan indeterminada la fecha de entrega. Sin embargo, no faltan ejemplos en la jurisprudencia en la que se estima válido la cláusula de fecha aproximada de entrega[40] o con sucesivas prórrogas a voluntad del vendedor[41].

Asimismo, deberá ser considerada nula y no podrá producir ningún perjuicio para el consumidor la cláusula que indique que el plazo de entrega de la vivienda comenzará a contarse desde la obtención de cierta documentación, como la licencia de edificación, el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación, que dependen del cumplimiento de una

(37) En tal sentido, STS 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374).

(38) STS 26 septiembre 2016 (*Tol 5835157*). En este sentido, también, Álvarez Lata, N., «Compraventa de vivienda», *op. cit.,* p. 1029.

(39) Díaz Martínez, A., «La resolución…», *op. cit.*, p. 7.

(40) SSTS 24 enero 2014 (RJ 2014, 671), 19 febrero 2014 (RJ 2014, 959).

(41) SSTS 29 enero 2014 (RJ 2014, 1034), 6 febrero 2014 (RJ 2014, 836), 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).

obligación que recae sobre el empresario, de manera que será él el que deba sufrir el riesgo de su no obtención (42), no pudiendo quedar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, de conformidad con el artículo 1256 CC.

Por último, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que puede solicitarse tanto si se opta por la resolución como por el cumplimiento forzoso, ha convivido en la jurisprudencia la tesis que sostiene que el mero incumplimiento obligacional puede suponer un daño *ex re ipsa,* que operaría de manera automática (43), cuando «la existencia del daño se deduce necesaria y faltamente del ilícito o del incumplimiento, o se trata de daños incontrovertibles, evidentes o patentes» (44), como sucede en el caso de falta de entrega de un inmueble (45), frente a la tesis que mantiene que la obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que el adquirente deberá demostrar los daños derivados del retraso en la entrega, lo que, en ocasiones, se convierte en el escollo principal para obtener una indemnización, al exigir los órganos jurisdiccionales de instancia pruebas prácticamente imposibles (46). En particular, ha sido controvertido si la pretensión indemnizatoria del lucro cesante por el valor de uso o arrendamiento de la vivienda cuya entrega se retrasa debe estimarse automáticamente, por suponer un daño mínimo al acreedor, el «denominado daño *ex re ipsa* (de la propia cosa)». Frente a algunas sentencias que así lo han confirmado (47), en la actualidad, la jurisprudencia se inclina por exigir la acreditación de la realidad del daño y su cuantificación, esto es, que se pruebe dicho perjuicio, «atendiendo a un juicio de probabilidad objetivable, con una razonable verosimilitud, sobre todo cuando el lucro cesante se proyecta sobre ganancias futuras o meras expectativas» (48).

---

(42) Estruch Estruch, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 276-277; Clemente Meoro, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», *op. cit.*, p. 327.

(43) *Vid.* la jurisprudencia citada por Algaba Ros, S., *op. cit.*, pp. 42-43. Así, entre otras, las SSTS 26 mayo 1990 (RJ 1990, 4852), 5 marzo 1992 (RJ 1992, 2391), 29 marzo 2001 (RJ 2001, 3189), asentaron la doctrina de que del mero incumplimiento nacía el deber de indemnizar en los supuestos en que «el incumplimiento determina por sí un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés moral o material».

(44) Así, la STS 12 abril 2012 (RJ 2012, 5896), para la que se «produce una situación en que habla la cosa misma *(ex re ipsa),* de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella».

(45) STS 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808).

(46) Algaba Ros, S., *op. cit.*, p. 42; Rubio Torrano, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.

(47) SSTS 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808), 18 noviembre 2014 (RJ 2014, 5946).

(48) SSTS 18 noviembre 2013 (RJ 2013, 2388) y 10 septiembre 2014 (RJ 2014, 4800).

4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación

El promotor ha de entregar la vivienda en condiciones para su uso y disfrute conforme al destino pactado y con las licencias administrativas preceptivas, en particular, con la licencia de primera ocupación[(49)], como se desprende del artículo 9.2 c) y e) LOE, que le obliga a entregar al adquirente «la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes»[(50)]. La obligación de entrega se cumple cuando «el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino… sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos»[(51)]. El promotor-vendedor responde no solo de la entrega de la vivienda, «sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, con la condición de habitabilidad»[(52)]. Aun cuando en el contrato solo figure el deber de entregar el certificado final de la obra el promotor vendrá obligado también a entregar la licencia de primera ocupación[(53)]. Por tanto, la obligación de entregar la licencia de primera ocupación u documento equivalente, que autoriza al adquirente para la ocupación y uso de la vivienda, ha de ser considerada forma parte esencial de la obligación de entrega de la vivienda, aunque no estuviera prevista contractualmente, según ha declarado el TS, y faculta al adquirente a ejercitar la opción por la resolución que le concede el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE, para el supuesto de que se hayan entregado cantidades a cuenta[(54)], o en general, la resolución con base en el artículo 1124 CC si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la falta

(49) Apunta De La Haza Díaz, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 240 ss., que la licencia de primera ocupación es el último control que ejerce la Administración en el proceso edificatorio e implica la verificación de que el edificio se encuentra en zona urbanizada y que están en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado y, por esta razón, es apto para ser ocupado.

(50) La jurisprudencia ha destacado que la licencia de primera ocupación tiene una doble finalidad «verificar si el edificio reúne las condiciones de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina y constatar si la obra ejecutada se ajusta a la realidad de la licencia concedida». STS (Sala 3.ª) 21 julio 2001 (RJ 2001, 9885), 8 noviembre 2003 (RJ 2003, 8045), 19 abril 2007 (RJ 2007, 2072).

(51) STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7446).

(52) STS 3 junio 2003 (RJ 2003, 5331), 12 febrero 2013 (*Tol 3166309*), 9 marzo 2016 (*Tol 5669118*), 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(53) SSTS 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 20134, 3944), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331) y 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).

(54) Estruch Estruch, J., *La nueva regulación…*, *op. cit.*, con cita de abundante jurisprudencia.

de obtención de licencia se debe a la ausencia de presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento (55).

Por ello, el retraso por la promotora-vendedora en la obtención de la licencia de primera ocupación, a pesar de la expedición en plazo del certificado final de la obra, puede suponer un incumplimiento resolutorio si frustra el interés contractual de la compradora (56), lo que sucede porque la falta de licencia es un impedimento sustancial para el uso del inmueble y el acceso a sus suministros (57). En cambio, si la falta de licencia es debida a una simple demora en la tramitación municipal y no a la ausencia de los presupuestos fácticos o jurídicos en que se funda su concesión, o a defectos fácilmente subsanables, siendo posible su obtención en un plazo razonable por adecuarse la vivienda a las condiciones exigibles o haber manifestado el promotor su voluntad de subsanarlos, no habrá una frustración de las legítimas expectativas del adquirente que le faculte a resolver (58).

Al respecto, cabe tener en cuenta que el artículo 28.1. II b) LSRU, exige, para la autorización de declaración de obra nueva terminada, además de la certificación final de la obra expedida por el técnico competente «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para

(55) STS (Pleno) 10 septiembre 2012 (RJ 2013, 2266), SSTS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 3084), 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 2013, 7072), 30 septiembre 2013 (RJ 2013, 7049), 21 octubre 2013 (RJ 2013, 429), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8330), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331), 30 octubre 2013 (RJ 2013, 7070), 31 octubre 2013 (RJ 20134, 3944).

(56) Entre otras, SSTS 21 julio 2014 (RJ 2014, 4245), 22 abril 2015 (*Tol 4850744*), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(57) Busto Lago, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 78 ss; y en «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la cláusula "rebus sic stantibus". Sentencia de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10425)», *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 53 ss. Consultado en Proview Aranzadi.

(58) En este sentido, Díaz Martínez, A., «La resolución…», *op. cit.*, p. 6; González Carrasco, M.ª C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257, pp. 7-8, y en «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución,* Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 295. En la misma línea, Busto Lago, J. M., «Acción de resolución…», *op. cit.*

que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna»[59].

Por el contrario, habrá incumplimiento grave de una obligación esencial si el vendedor no respeta la legislación urbanística entregando un objeto que no se ajusta a dicha normativa, con «peligro cierto y grave de que se proceda a su demolición con base a una resolución judicial firme», que ordena la reposición de los terrenos al estado anterior a la construcción[60].

4.3 **La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación**

El promotor-vendedor deberá entregar la vivienda conforme a la superficie, calidades, instalaciones y/o servicios que figuren en la memoria de calidades o en los proyectos técnicos a los que se haga referencia o remita el contrato, de conformidad con los artículos 1096, 1097, 1461, 1469 a 1471 CC, teniendo en cuenta, además, que la publicidad integra el contenido del contrato (art. 61.2 LGDCU).

En este sentido, cabe destacar que no ha sido inusual que el promotor se reservara, en el contrato de compraventa de viviendas en construcción, facultades de modificación unilateral del objeto del contrato, respecto del proyecto inicial, aludiendo a «razones urbanísticas, técnicas o jurídicas», lo que puede afectar a la configuración misma de la vivienda y/o sus elementos comunes, así como a la memoria de calidades.

Cuando esta modificación unilateral implique un incremento de precio, tal cláusula sería nula por ilegal al amparo del artículo 10 B).1 RD 515/1989. Según este precepto «las reformas de obras motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que originen modificaciones en el precio estipulado serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca». En esta línea, el artículo 85.10 LGDU califica de abusivas «las

(59) Para un análisis crítico de la inclusión de la licencia de primera ocupación como objeto de control notarial y registral en las declaraciones de obra nueva, introducido en el derogado artículo 20 TRLS de 2008 por el Real Decreto-ley 8/2011, *vid.* González Carrasco, M.ª C., «Normativa civil…», *op. cit.*, pp. 6-8. Destaca la autora la reforma de dicho precepto por Ley 8/2013 pretendió aligerar dicha exigencia, al añadir el último inciso –que ha pasado al vigente artículo 28.1 LSRU–, y dejar en manos de la legislación autonómica la introducción en dicha licencia del régimen de declaración responsable.

(60) STS 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), en la que se estimó la resolución del contrato instada por el comprador por haber entregado el promotor la vivienda con una licencia de primera ocupación que estaba recurrida al haberse dictado sentencia firme que ordenaba la reposición de los terrenos a su estado anterior, como consecuencia de la anulación del Plan General Municipal.

cláusulas que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado».

Aun cuando las modificaciones introducidas respecto al proyecto inicial no supongan un incremento de precio, el artículo 85.3 LGDCU prevé que son abusivas «las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Luego, pueden concurrir razones objetivamente justificadas, que imponen un reajuste eficiente del contrato, con modificación de la edificación respecto del proyecto inicial, pero deberán estar reflejadas en el contrato de manera concreta y clara y, además, no ser previsibles en el momento de la elaboración de aquel[61]. Cuando estos motivos, aunque especificados, sean insuficientes por vagos e imprecisos (p. ej.: «motivos graves», «circunstancias sobrevenidas», «fuerza mayor», «impedimentos jurídicos o económicos»), estaremos ante una cláusula abusiva y, por tanto, deberá tenerse por no puesta (art. 83.1 LGDCU).

En todo caso, si la modificación del proyecto responde a causas técnicas o jurídicas que debieron ser previstas por el promotor profesional, por estar incluidas en su ámbito de control, éste deberá asumir el coste. Cualquier desviación no consentida que no responda a causas técnicas suficientemente justificadas produce una discordancia entre lo previsto inicialmente y el resultado final. Es por ello que cabe que el adquirente inste la resolución por incumplimiento, si la discordancia es relevante o sustancial[62], o exija el cumplimiento forzoso según proyecto inicial[63], si fuera posible, con indemnización de los daños en ambos casos.

---

(61) Como advierte Díaz Martínez, A., «La resolución…», *op. cit.*, p. 4, solo es lícita tal previsión contractual «si se trata de circunstancias imprevisibles y extrañas al ámbito de control de la actividad de aquél que determinen cambios de escasa entidad».

(62) La STS 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 187) consideró que las modificaciones introducidas en el proyecto de edificación de una urbanización en la costa, impuesta por la autoridad competente para cumplir con la Ley de Costas, que, supusieron una nueva configuración de los bloques y ubicación de la vivienda adquirida, con perjuicio a las vistas y a la tranquilidad y ausencia de ruidos, disminuían sustancialmente las posibilidades de disfrute de la vivienda, con repercusión negativa en su valor de mercado, y perjuicio a la privacidad como elemento esencial de toda vivienda. Por ello, consideró que era de aplicación la cláusula contractual que permitía al comprador, en caso de cambio sustancial del proyecto, la resolución del contrato con recuperación de precio pagado más interés legal del dinero. En la misma línea, la STS 16 noviembre 2012 (RJ 2012, 1615) consideró que el cambio de ubicación de los condensadores de climatización que iban a ubicarse en la azotea y finalmente lo fueron encima de la puerta de acceso al dormitorio principal de la vivienda de los adquirentes constituía una alteración sustancial del objeto del contrato, que facultaba a estos a la resolución del contrato, con base en una de las condiciones generales del contrato.

(63) STS 12 diciembre 2011 (RJ 2012, 292).

5. CUESTIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES DEL ADQUIRENTE

5.1 **El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato**

El legislador impone deberes informativos al promotor vendedor, especialmente intensos, en relación con el precio de venta, según resulta del artículo 6.1.1.º RD 515/1989 y del artículo 60.2 c) LGDCU, no pudiendo aumentar unilateralmente el precio de la vivienda, si no corresponde dicho incremento a modificaciones de la obra motivadas por causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobar los proyectos de construcción, y que deberán ser comunicadas previamente a los compradores (art. 10.1 RD 5151/1989; artículos 85.3 LGDCU).

El artículo 1504 CC prevé, para el retraso en el pago del precio aplazado en la compraventa inmobiliaria, que, aunque se hubiera estipulado que tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato «el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Con este precepto se trata de evitar el automatismo del pacto comisorio o de *lex commissoria,* esto es, cuando se ha pactado que la falta de pago del precio producirá automáticamente la resolución del contrato, lo que se consigue mediante la exigencia de requerimiento formal resolutorio(64).

Con la mejor doctrina, hay que entender que se aplica a las compraventas con pacto comisorio –a las que expresamente hace referencia–, pero también a las que no lo incluyen, tanto si se ha pactado de manera expresa la resolución no automática por impago del precio como si no se ha estipulado nada al respecto(65).

Atendiendo a esta norma, para proceder a la resolución por impago del precio el vendedor ha de requerir formalmente al comprador, lo que, en principio favorece a este, en tanto que mientras no se produzca dicho requerimiento puede pagar atrasadamente, conservándose el contrato. Una vez hecho el requerimiento el comprador, el vendedor ya podrá rechazar un pago atrasado y, al tiempo, no será posible que el juez acuerde un nuevo plazo para el cumplimiento, al prohibirlo el artículo 1504 *in fine* CC(66).

---

(64) Clemente Meoro, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de* inmuebles, Barcelona, 2009, p. 46, y en «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», », en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución,* Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 321.

(65) Clemente Meoro, M., *La obligación…*, *op. cit.*, p. 47, con cita de doctrina y jurisprudencia en el mismo sentido.

(66) Se dice, por ello, que se equilibran las posiciones de vendedor y comprador, que tendrán que sopesar qué decisión les interesa más: si al vendedor, requerir y, por tanto, optar por la resolución

La cuestión de si cualquier retraso en el pago del precio aplazado determina la resolución del contrato conforme al artículo 1504 CC ha sido resuelta de manera negativa por la jurisprudencia, al exigir para la aplicación de este precepto la concurrencia de los presupuestos de la acción de resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC, esto es, que haga falta un incumplimiento de cierta gravedad, sustancial o esencial, que frustre las expectativas legítimas de las partes o sea trascendente para la economía del contrato[67]

5.2 **La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor**

Es nula por abusiva la cláusula que impone al adquirente consumidor en el contrato de compraventa de vivienda la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor para la financiación de la promoción inmobiliaria, o le imponga penalizaciones en caso de no subrogarse, según resulta del artículo 89.3 c) LGDCU[68]. Por ello, si el adquirente opta por no subrogarse no se le pueden imponer los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la promoción[69] [art. 89.3 a) LGDCU].

En el caso de que se haya pactado la posibilidad de subrogación en el préstamo concedido al promotor y el adquirente opte por ella, la jurisprudencia, ya desde hace tiempo, consideró que era abusiva la traslación a este de los gastos de constitución de la hipoteca por la parte destinada a financiar la construcción que correspondían al empresario[70], al amparo

---

del contrato o exigir el cumplimiento; y al comprador, si persistir en el impago y arriesgarse al requerimiento de resolución y, con ello, a una mayor indemnización si se incrementa el daño. En tal sentido, Clemente Meoro, M., «El retraso…», *op. cit.*, p. 322.

(67) Clemente Meoro, M., «El retraso…», *op. cit.*, p. 324. Además, no podrá resolver el vendedor que haya incumplido previamente sus obligaciones o si le es imputable a él el incumplimiento del comprador.

(68) En la actualidad, esta cláusula debe considerarse nula por vulnerar el artículo 14 Ley 5/2019, reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, según Carrasco Perera, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.

(69) Serra Rodríguez, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Laso, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006; Álvarez Lata, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, p. 101; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Derecho de la construcción…*, *op. cit.*, pp. 581, 656-657.

(70) La STS 2 febrero 1999 (RJ 1999, 529) consideró que vulneraba la legislación aplicable (en tal caso, el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 1968) la inclusión en los contratos de compraventa de viviendas con tal calificación en el que se le imputaba los gastos de constitución de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción y la división de la misma, al considerar que se imponen al consumidor final «unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario».

del artículo 89.3 a) LGDCU, en la línea de lo ya previsto por el artículo 10 D) RD 515/1989 (71). Más controvertida ha sido la cuestión de si, en caso de subrogación en el préstamo, los gastos de cancelación pueden imponerse al consumidor, cuando el préstamo esté destinado a financiar la construcción, pero también la adquisición de la vivienda (72). En la actualidad, el TS se inclina a considerar que dicha cláusula no es abusiva, al entender que, una vez efectuada la subrogación del comprador/deudor, ya no es una hipoteca del vendedor, por lo que los gastos corresponden a aquel, por ser el interesado en la cancelación (73)

En todo caso, si se prevé la posibilidad de subrogación del adquirente el promotor deberá indicar con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (art. 6.1.4.º RD 515/1989), debiendo comunicar dicho pacto al prestamista la Disposición adicional séptima LCCI a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de evaluar la solvencia y los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.

Cuestión distinta, es la de si la denegación de la financiación al adquirente, cuando ha optado por la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, y que depende, en última instancia, del acreedor hipotecario, faculta a aquel a resolver el contrato, por imposibilidad sobrevenida o por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» (74). El TS ha sostenido, en alguna de sus resoluciones, que si el promotor-vendedor asume el compromiso frente al adquirente de obtener de la entidad bancaria una oferta vinculante de préstamo o de que aquel podía en todo caso subrogarse, si

(71) Así, se ha considerado abusiva la cláusula que imponía al adquirente de la vivienda los gastos de constitución de la hipoteca respecto de la parte destinada a financiar la construcción del inmueble, como resulta, entre otras, de STS 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 529), SAP Sevilla 16 marzo 2004 (AC 2004, 317), SAP Madrid 20 abril 2004 (*Tol* 397263), SAP Madrid 1 julio 2004 (JUR 2004, 253420), SAP Madrid 13 enero 2006 (JUR 2006, 120906), SAP Madrid 11 abril 2007 (JUR 2007/212641).

(72) Se manifiestan por la validez de la cláusula que impone dichos gastos de cancelación al consumidor que se subroga, Cabanillas Sánchez, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, p. 191; Álvarez Lata, N., *op. cit.*, p. 101; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Derecho de la construcción…*, *op. cit.*, pp. 581. En contra, Pertíñez Vílchez, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, p. 156.

(73) SSTS 25 mayo 2020 (RJ 2020, 1255), 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1842).

(74) *Vid.* Díaz Martínez, A., «La resolución de la compraventa…», *op. cit.*, pp. 12-15, sobre la aplicación de la doctrina de la cláusula rebus a los supuestos en que el comprador no obtiene la financiación para la adquisición de la vivienda, facultándole a resolver concurriendo determinadas circunstancias y el riesgo para los principios *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.

con posterioridad no se obtiene la financiación o no se acepta la subrogación por la entidad bancaria hay un incumplimiento de una obligación esencial que frustra el resultado del contrato y facultaría a la parte compradora a resolverlo[75]. En tales pronunciamientos se entiende que la subrogación en el préstamo hipotecario, como elemento de financiación del pago del precio de la vivienda, forma parte integrante de la oferta contractual, por lo que existía un compromiso obligacional que la compradora aceptó, de manera que la denegación de la financiación por la entidad bancaria supone un incumplimiento resolutorio. En cambio, si no existe dicho pacto de subrogación por el que el vendedor asegura al adquirente que aquella tendrá lugar, ni se pactó como condición resolutoria el caso de la denegación de la financiación, si luego no se produce y el comprador no obtiene la financiación no habrá incumplimiento de obligación esencial y, por tanto, no será resolutorio[76].

5.3 **La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación**

A raíz de la crisis económica del 2008 algunas resoluciones judiciales se enfrentaron a la cuestión de si la imposibilidad de obtener financiación por el adquirente, dado el contexto socio-económico, permitía la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» para resolver el contrato de compraventa de vivienda a instancias del comprador. Como sabemos, la jurisprudencia ha hecho una aplicación muy restrictiva de la cláusula «rebus», insistiendo en que debe ser admitida de manera cautelosa y exigiendo la concurrencia de determinados presupuestos, a saber, una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de ejecución de prestaciones en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, haciendo excesivamente gravosa la prestación de una de las partes y que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias imprevisibles. Concurriendo estos requisitos la consecuencia de su aplicación es

(75) Díaz Martínez, A., «La resolución…», *op. cit.*, pp. 12-13. En tal sentido, las SSTS 12 abril 2013 (RJ 2013, 3385), 26 abril 2013 (RJ 2013, 3268), 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 4975), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5874).

(76) *Vid.* Álvarez Lata, N., *op. cit.*, pp. 111-114, según la cual la tesis mayoritaria es la entender que la cláusula de subrogación en los contratos refleja «una mera expectativa de conseguir financiación, de modo que la frustración del mecanismo subrogatorio, provocado por causas diversas (sobrevenidas o no; imputables o no al comprador; exclusivamente imputadas a la voluntad del tercero, que es quien la concede) no altera en absoluto el régimen de las obligaciones de las partes», como sostuvo la SAP Alicante 21 marzo 2012 (JUR 2012, 215844).

la adaptación o modificación judicial de los términos del contrato y solo, de manera muy excepcional, la resolución del contrato. Además, el ámbito de aplicación natural de la cláusula «rebus» es el de los contratos de tracto sucesivo y solo excepcionalmente (aún más) podía resultar de aplicación a los contratos de tracto único (ejecución instantánea) cuando su cumplimiento se había diferido para un momento futuro (compraventa con precio aplazado).

Esta concepción de la cláusula «rebus sic stantibus» supuso que el Alto Tribunal hasta finales del año 2012 rechazara que la crisis económica que venía padeciendo nuestro país pudiera ser admitida como un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que pudiera posibilitar la aplicación de esta doctrina. La situación de crisis no suponía una «aplicación generalizada, o automática de la cláusula», al no entenderse que era un riesgo previsible e implícito en el devenir económico de cualquier país. Sin embargo, la STS de 8 de noviembre de 2012 (77) reconoció que «aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla "rebus sic stantibus" (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias concurrentes, y de la propia configuración de la regla jurídica, se desprende su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis». Se abría con ello la puerta a que la crisis económica y las fuertes restricciones al crédito que esta impuso pudiera ser considerada un hecho impeditivo e imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus». Idéntico razonamiento se recoge en las posteriores, como en las SSTS de 17 de enero de 2013 o 18 de enero de 2013 (78). Así, en la STS de 17 de enero de 2013, pese a que el fallo fue desestimatorio de la pretensión resolutoria, ya se argumenta lo siguiente: «Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla "rebus sic stantibus" haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria

(77) RJ 2012, 2402.

(78) RJ 2013, 1819 y RJ 2013, 1604. En ellas, el supuesto de hecho era idéntico: se trataba de compraventa de viviendas en que los compradores debían pagar parte del precio de la compraventa para lo que debían obtener financiación cuando ya había estallado la crisis económica y se les denegaba por su situación financiera. Sin embargo, si bien en ambas se plantea la aplicación de la cláusula «rebus» a estas situaciones de crisis, finalmente se descartó.

de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla»[79]. Esta «revisada» configuración jurisprudencial de la cláusula «rebus» fue confirmada en otras resoluciones posteriores[80], si bien en su mayoría no la consideran de aplicación atendiendo a las circunstancias concurrentes. En la actualidad, el Tribunal Supremo ha matizado dicha doctrina, rechazando una aplicación generalizada de la cláusula «rebus» a las situaciones generadas por la crisis económica del 2008[81], siendo necesario que, en el caso concreto, se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual, así como se valoren los factores concurrentes ya puestos de relieve por el Tribunal Supremo, como el conocimiento del sector por el contratante o el carácter especulativo de la operación[82].

6. AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL

6.1 **Caracteres**

Como hemos puesto de manifiesto, normalmente la adquisición de vivienda por parte de un particular se articula a través de un contrato de

(79) La aplicación de la cláusula «rebus» a estos supuestos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis exige, a juicio del Tribunal Supremo, la valoración de un conjunto de valores, como «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su aso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia».

(80) Entre otras, por las SSTS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129), 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409). En las dos primeras, se entendió aplicable la cláusula rebus si bien no en el marco de contratos de compraventa inmobiliaria; mientras que en la de 15 octubre 2014 se descartó su aplicación, tras el análisis de las circunstancias concurrentes.

(81) Así, las SSTS 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409), 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 15 enero 2019 (RJ 2019, 146), 5 abril 2019 (RJ 2019, 1360).

(82) López Martínez Acacio, P., y Del Río Galeote, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en *Tol 8370247*.

compraventa de edificación ya acabada o en construcción. Sin embargo, es posible también que se recurra al contrato de obra inmobiliaria, cuando una persona física, propietaria o titular de un derecho sobre el suelo que le permite edificar, encarga, como comitente, la construcción a un profesional o empresario, reservándose la decisión sobre los elementos esenciales del proceso de edificación, para satisfacer su necesidad de vivienda. Estamos ante la figura de lo que se conoce como autopromotor individual[83].

Este contrato puede también concertarse no solo para que el constructor inicie *ex novo* la construcción de una edificación, sino para que eleve una ya existente o para que la reconstruya o rehabilite. El contrato de obra inmobiliaria es un contrato traslativo del dominio al comitente, si bien habrá que distinguir en función de quien aporta los materiales. Si son aportados por quien encarga la obra, se entiende que la obra le pertenece desde el principio, conforme se va incorporado al suelo por accesión. Si son aportados por quien ejecuta la obra, la propiedad de la obra conforme se va realizando pertenece al contratista, transfiriéndola al comitente cuando le sea entregada.

Varias cuestiones plantea el supuesto que nos ocupa: en primer lugar, si el comitente –autopromotor individual– actúa como promotor a los efectos del artículo 9.1 LOE, y el resto de obligaciones que le impone la Ley; en segundo lugar, si puede ser considerado el autopromotor individual, en cuanto comitente, consumidor durante el proceso de edificación, frente a un contratista empresario, atendiendo al concepto contemplado por el artículo 3 LGDCU, permitiendo dicha calificación la aplicación de la normativa protectora de consumidores y usuarios.

6.2 **El autopromotor como comitente y consumidor**

Así, ha sido controvertida en la jurisprudencia la consideración del autopromotor como consumidor y usuario, aun cuando la vivienda esté destinada al uso propio, y, por tanto, actúe con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Como posible razón a esta resistencia por la jurisprudencia se ha alegado que el reconocimiento, como comitente o dueño de la obra, de un poder de dirección sobre la obra y de un derecho de desistimiento conforme al artículo 1594 CC ha impedido su consideración como parte débil de la contratación, idea que abona la propia

(83) *Vid.* por todos, Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.ª ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.

distribución de riesgos en caso de pérdida o destrucción de la obra atendiendo a los artículos 1589 y 1590 CC[84].

Pese a tales pronunciamientos, me inclino con la mejor doctrina[85] en que debe ser considerado consumidor si actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 LGDCU), debiéndose aplicar la normativa protectora de consumidores cuando el contratista tiene la condición de empresario, por lo que deberán ser de aplicación las normas relativas a la información precontractual, documentación contractual y demás exigencias en relación con el contrato de compraventa (arts. 60, 61, 63 o 64 LGDCU), así como las de cláusulas abusivas.

Como ya fue puesto de manifiesto, también en el contrato de obra debe fijarse precio cierto (cfr. artículos 1544, 1588 CC), esto es, debe estar determinado o, al menos, ser determinable en el momento de la celebración del contrato, pudiendo fijarse sin necesidad de nuevo convenio (art. 1273 CC), al ser el contrato de obra un contrato conmutativo y no aleatorio. En particular, cabe destacar que las cláusulas son calificadas de abusivas las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado» (art. 85.10 LGDCU)[86]. Así, no podrá imputarse al comitente consumidor un aumento de precio de la obra debida a una modificación del proyecto para adecuarse a la normativa urbanística, o a cualquier otra causa debida a una falta de previsión del contratista, debiendo asumir entonces su coste por pertenecer a su ámbito de control. Cuando dicho aumento se deba a razones objetivas se debe permitir al consumidor resolver el contrato lo que conduce a resultados insatisfactorios para el interés del contratista inmobiliario[87].

Además, conforme al artículo 1593 CC, cuando la obra se encargue por precio alzado, no puede el contratista pretender un aumento del precio, aunque haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plazo que produzca un aumento de obra, siempre que el propietario lo hubiese autorizado.

---

(84) Pertíñez Vílchez, F., «La protección del comitente como consumidor», *ADC,* vol. 65, abril 2012, pp. 682-683; Díaz Martínez, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(85) Pertíñez Vílchez, F., *op. cit.*, pp. 682 ss.; Díaz Martínez, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, p. 520; Albiez Dorhmann, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, p. 11220; Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria…*, *op. cit.*

(86) *Vid. supra*. En este sentido, Pertíñez Vílchez, F., «La protección del comitente…», *op. cit.*, pp. 685 y 687.

(87) Pertíñez Vílchez, F., «La protección del comitente…», *op. cit.*, pp. 692.

6.3 **La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal**

La cuestión de si el autopromotor individual se configura como promotor a los efectos de la aplicación de la LOE queda resuelta por el artículo 9.1, que incluye también a la persona física que, de manera individual, «decide, impulsa, programa y financia,… las obras de edificación para sí», y, por tanto, aunque sea para satisfacer sus necesidades personales de vivienda, sin intención de revender o poner en el mercado la edificación resultante[88], a diferencia de lo que sucedía con la jurisprudencia anterior a la LOE que, a efectos de afirmar la responsabilidad por ruina «ex» artículo 1591 CC, excluía al autopromotor individual de la condición de promotor, por no actuar con ánimo de lucro ni con la finalidad de transmitir las edificaciones a terceros[89].

En su redacción originaria, la LOE exigía la contratación de un seguro decenal de daños para todas las edificaciones cuya licencia de obras se solicitara a partir del 6 de mayo de 2000 y, por tanto, comprendiendo también los supuestos de autopromoción individual para uso propio[90].

Sin embargo, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social dio una nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la LOE, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, e incorporando una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de daños, seguro de caución o garantía financiera para garantizar durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por defectos estructurales (art. 19.1 c), en el supuesto de «autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». No obstante, en caso de transmitirse «inter vivos» la vivienda dentro de dicho plazo el autopromotor, salvo pacto en contrario, deberá contratar dicha garantía por el tiempo que restase hasta los diez años. Además, se prevé que «no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión "inter vivos" sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo

(88) Critica esta asimilación, entre otros, Algaba Ros, S., *op. cit.*, p. 22. En cambio, califican al autopromotor como promotor conforme a la LOE Marín García de Leonardo, M.ª T., *op. cit.*, p. 63; Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid, 2011, pp. 772 ss.; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Derecho de la construcción y la vivienda…*, *op. cit.*, p. 488.

(89) Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria…*, *op. cit.*

(90) *Vid.* Pacheco Jiménez, M.ª N., «Resolución de la DGRN 11 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 689). Seguro decenal (de daños o de caución). Exoneración de suscripción en el supuesto de autopromoción de una única vivienda unifamiliar para uso propio», *CCJC*, núm. 86/2011, consultado en BIB 2011/875.

que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese exonerado por el adquirente de la constitución de la misma» (cfr. artículo 20 LOE).

La lectura de dicho párrafo ha suscitado varias dudas, como la de qué ha de entenderse por vivienda unifamiliar de «uso propio». En este sentido, la DGRN ha precisado que tal exoneración exige un doble requisito: subjetivo y objetivo, pues debe tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», cuyo concepto se determina por el uso a que se destina, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de meramente temporal(91), mientras no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título(92).

Además, se exige que, en cuanto hecho futuro, en la escritura de declaración de obra nueva se contenga la manifestación de que se trata de la construcción de una sola vivienda unifamiliar impulsada por persona física que, además, vaya a destinarla a uso propio(93), cuya acreditación, de otra parte, no se exige, bastando que no resulte contradicha por el contenido de la licencia municipal, lo que en la práctica puede propiciar algún fraude(94).

Se ha cuestionado también si el concepto de «autopromotor individual» comprende a las personas jurídicas, que podrían ser titulares de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», quedando así excluidas de la obligación de contratar un seguro de daños al que se refiere el artículo 19.1 c) LOE. Así lo ha mantenido la DGRN, en algunas de sus Resoluciones, que ha llevado a cabo una interpretación amplia de dicho concepto, argumentando que las personas jurídicas son, en última instancia, «una sola entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico»(95), lo

(91) Resolución-Circular de la DGRGN 3 diciembre 2003, RDGRN 5 abril 2005 (RJ 2005, 3484).

(92) RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).

(93) RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485). Fuera de este supuesto no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro con base en la mera renuncia del titular inicial o adquirente, [RRDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299)].

(94) Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades…, op. cit.*, pp. 769-770.

(95) En tal sentido, la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 sostuvo que dicho concepto no debe interpretarse de manera rigorista, incluyendo también a la llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios, cuando las condiciones arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En cambio, quedaría fuera de esta excepción la construcción de edificación por pluralidad de personas –titulares en régimen de comunidad ordinaria o proindiviso–, que no se considera un acto individual sino colectivo [RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878)]. En favor de una interpretación amplia *vid.* RRDGRN 9 julio 2003, 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808), 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485), 26 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).

que ha sido matizado por la doctrina[96]. En todo caso, la mayoría de las leyes autonómicas restringen a las personas físicas la figura del autopromotor individual.

Por último, si el autopromotor individual transmite «inter vivos» la vivienda familiar antes del transcurso del plazo legal de diez años y es exonerado por el adquirente de la constitución de la garantía deberá acreditar «haber utilizado la vivienda», lo que, a juicio de la DGRN, deberá hacerse por cualquier medio admitido en derecho (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación…), no siendo suficiente la manifestación de «uso propio» contenida en la escritura de declaración de obra nueva[97].

7. BIBLIOGRAFÍA

Albiez Dorhmann, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, pp. 11215-11231.

Algaba Ros, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 21-49.

Álvarez Lata, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, pp. 99-117.

Álvarez Lata, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M., *Reclamaciones de Consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de Consumo,* 4.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 977-1055.

Busto Lago, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Cabanillas Sánchez, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.

Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012.

(96) Para Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria…, op. cit.*, solo tendrían cabida en tal concepto las personas jurídicas que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Sostiene Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades…, op. cit.*, p. 772, que está excluido de la obligación de otorgar el seguro decenal el autopromotor persona jurídica que realiza la construcción de vivienda para destinarla, por ejemplo, a la residencia de un ejecutivo y su familia.

(97) Así, las RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 11 noviembre 2010 (RJ 2011, 689), comentada por Pacheco Jiménez, M.ª N., *op. cit.*

Carrasco Perera, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.

Clemente Meoro, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009.

Clemente Meoro, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 319-338.

Cordero Lobato, E., «El promotor», en Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.ª C., *Régimen jurídico de la edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007.

De La Haza Díaz, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 239-272.

Díaz Martínez, A., «La formación del contrato de obra», en Parra Lucán, M.ª Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, pp. 515-568.

Estruch Estruch, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009.

— *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid, 2011.

— *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en *Tol 6.196.531*.

González Carrasco, M.ª C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257.

— «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I. y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución,* Cizur Menor (Navarra), 2015.

López Martínez Acacio, P., y Del Río Galeote, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en *Tol 8370247*.

Marín García de Leonardo, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación,* Cizur Menor (Navarra), 2002.

Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.ª ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.

Pacheco Jiménez, M.ª N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337), BIB 2018/13312.

Pertíñez Vílchez, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.

— «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, abril 2012.

Rebolledo Varela, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción regis-

tral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096.

Rubio Torrano, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.

Serra Rodríguez, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Laso, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006.

Verdera Server, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», *CCJC*, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview.

C. Auto promoción. Cooperativas: adjudicación en propiedad y cesión de uso de vivienda. Otros supuestos[1]

Ana Lambea Rueda
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
alambear@ucm.es

Resumen: *En este estudio se realiza un análisis de las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la regulación general de la persona jurídica cooperativa. Se presentan las cuestiones de especial interés de las Cooperativas de viviendas en la regulación estatal y autonómica en España, con una visión amplia y concisa de la compleja y excesivamente amplia regulación de esta figura; observando, desde inicio, sin embargo, la dificultad de resolver algunos problemas concretos En particular, las especialidades de los supuestos de adjudicación en propiedad y cesión de uso, partiendo de la regulación y las diversas formas de transmisión y cesión del objeto, la vivienda, complementando el estudio con el enfoque jurisprudencial y doctrinal sobre la materia.*

Palabras clave: *Cooperativas, viviendas, propiedad, cesión de uso.*

(1) Este trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto Proyecto Developing SustAI'nAbility (FEI-EU-23-02) Dir. María Amparo Grau Ruiz.

Abstract: *This study analyses housing co-operatives in our legal system, within the general regulation of the co-operative legal entity. It presents the issues of special interest of housing cooperatives in the state and regional regulations in Spain, with a broad and concise vision of the complex and excessively broad regulation of this figure; observing, from the outset, however, the difficulty of resolving some specific problems. In particular, the specialities of the cases of adjudication of ownership and transfer of use, based on the regulation and the various forms of transfer and assignment of the object, housing, complementing the study with the jurisprudential and doctrinal approach on the subject.*

Keywords: *Cooperatives, housing, property, transfer of use.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Cooperativas de viviendas. 2.1 Visión general. 2.2 Cooperativas de viviendas en particular. 2.2.1 Aspectos básicos. 2.2.2 En particular, problemas relativos a la constitución, objeto, socios, órganos de gestión y control. 2.2.3 Particularidades del régimen económico, fases, transmisión de derechos y extinción. 3. Adjudicación en propiedad y cesión de uso. 3.1 Redacción normativa. 3.2 Adjudicación en propiedad de la vivienda cooperativa. 3.3 Cesión de uso de la vivienda cooperativa. 4. Otros supuestos. Construcción en régimen de comunidad. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En este apartado se presenta el régimen y problemática de los supuestos de autopromoción colectiva. Por una parte, mediante las Cooperativas de viviendas, junto con otros supuestos de adquisición en comunidad sin personalidad jurídica.

Se pretende ofrecer una visión de la regulación de las Cooperativas de viviendas como personas jurídicas que desarrollan la autopromoción, y contribuyen a hacer que el derecho a la vivienda sea una realidad[(2)]. Se

(2) Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014. Merino, S., y Extezarreta, A., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *REVESCO* 113, 2014, p. 92-112. Nasarre Aznar, S., «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 35(1), 2017, pp. 43-69. «La política de vivienda y el Derecho Civil», en Muñiz Espada, E.; Nasarre Aznar, S.; Rivas Nieto, E., y Urquizu Cavallé, A. (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241. Moreu Carbonell, E (2018), «El deber de destinar la vivienda a uso habitacional», En *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72. Lambea Rueda, A: *Retos del Derecho civil. Derecho a la vivienda*. Dykinson, Madrid, 2022.

trata de un modo particular de adquisición de la vivienda habitual, de forma común y con personalidad jurídica, generalmente enfocado a las personas físicas. La vivienda habitual, en promoción a través de cooperativas, se adjudica finalmente en propiedad a los socios, o bien en régimen de cesión de uso. Unido a lo anterior, breves reflexiones sobre la autopromoción en régimen de comunidad, sin personalidad jurídica.

La metodología parte de las normas que afectan a la materia cooperativa en el ámbito de viviendas; todo ello aderezado con la visión jurisprudencial y doctrinal.

El estudio se estructura en tres partes:

– Cooperativas de viviendas.
– Adjudicación en propiedad y cesión de uso.
– Otros supuestos. Construcción en régimen de comunidad.

2. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

2.1 **Visión general**

Las Cooperativas son asociaciones de interés privado que, bajo la fórmula societaria, funcionan en el mercado como empresas, y persiguen el interés de sus miembros y/o el interés general. La condición asociativa y/o societaria de la Cooperativa ha generado un profundo y largo debate, optándose por la forma societaria, con particularidades según las clases; lo que no impide, en mi opinión, mantener su naturaleza asociativa, desde una perspectiva civil general, que se concreta en una forma societaria específica. El concepto de cooperativa podría referirse a grupos o asociaciones de personas, físicas o jurídicas, que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales comunes, mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática. Las cooperativas son sociedades mutualistas (3), no sociedades de capital, dado que no hay lucro directo repartible entre los socios (4), desarrollando una actividad económica al servicio de éstos; se rigen por el principio de puertas abiertas y su gestión es democrática mediante la autoorganización,

(3) Broseta Pont, M., y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid 2022, pp. 695 ss. Peinado Gracia, J. I., «Sociedades cooperativas y otros tipos mutualistas. Agrupaciones de interés económico» en Alonso Ledesma, C. (dir.), Fernández Torres, I. (coord.), *Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 495-522.

(4) Bastidas Delgado, O., ¡«Generar riqueza no contradice el no lucro de las cooperativas!», en Gestión solidaria ISSN 1900 7906. Noviembre 2022. Año 197. Colombia.

sobre la base del socio como referente. Las Cooperativas forman parte de la Economía Social o Tercer sector, en él que la utilidad social tiñe la actividad económica.

La Constitución Española de 1978 incorporó a las cooperativas en su artículo 129, y guardó silencio sobre la competencia estatal. Los Estatutos de autonomía asumieron su competencia, e iniciaron la «maratón» legislativa. Ha de decirse que, en la actualidad, la doctrina se muestra favorable a su consideración mercantil de la cooperativa, sacrificando el debate con la pretensión de lograr una visión de conjunto más lógica en el entramado de la Ley estatal(5) y las diez y siete Leyes autonómicas vigentes. A esta diversidad se une el Reglamento 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea SCE, que fue desarrollado en España a través de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la sociedad cooperativa europea con domicilio en España, nacido como categoría añadida, ante la imposibilidad de llegar a un consenso para unificar el régimen de administración cooperativo a nivel europeo.

A nivel fiscal, la Ley 20/1990 de 19 de diciembre de Régimen Fiscal de Cooperativas incluye a las cooperativas de viviendas entre las protegidas, y no entre las especialmente protegidas. El legislador resuelve los problemas derivados de la escasa protección complicando el régimen jurídico –como ocurre con la LCOOP de Madrid–. Se mantiene la norma fiscal sin apenas modificaciones, modificaciones que serían deseables y han sido reclamadas desde la doctrina(6) y el sector cooperativo, especialmente ante un bien de primera necesidad, como es la vivienda.

Las cooperativas se clasifican en función de dos criterios(7), el grado y la actividad desarrollada. Una de las actividades es la promoción,

(5) La Ley de Cooperativas estatal define las cooperativas desde una perspectiva asociativa-societaria, con rasgos de mercantilidad evidentes, que se tiñen y abarcan otras ramas del derecho en función de la actividad –civil en el caso de viviendas, laboral en el caso de trabajo asociado…–; incorporando los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional ya citados.

Artículo 1. Es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. 2. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley.

(6) Fajardo García, G. (coord.), *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011. Navarro García, A., *Políticas fiscales para fomentar el acceso a una vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

(7) En función del grado, las cooperativas se clasifican en cooperativas de primer grado o cooperativas de base –formadas por personas físicas, generalmente un mínimo de tres socios–, y cooperativas de segundo grado –formadas por al menos dos cooperativas–. En función de la actividad, las cooperativas se clasifican en cooperativas de trabajo asociado, consumidores y usuarios, viviendas,

construcción y/o adjudicación de viviendas, que da lugar a una clase de cooperativas específica: las Cooperativas de viviendas, cuyo estudio será el objeto de este apartado.

2.2 **Cooperativas de viviendas en particular**

2.2.1 *Aspectos básicos*

Este análisis de las Cooperativas de viviendas, partiendo de su inclusión en el Sector de la Economía social, toma como base principal la Ley de Cooperativas estatal 27/1999.

Las Cooperativas de viviendas [8] asocian voluntariamente a personas unidas por el fin común de obtención de una vivienda, para alojamiento temporal o permanente, constituyéndose como una persona jurídica independiente, aunque también pueden ceder viviendas a terceros no socios con ciertos límites previstos en la Ley. En nuestro país la fórmula más utilizada es la adjudicación en propiedad, mientras que en otros se han desarrollado más las cesiones de uso. La opción de cesión de uso de la vivienda se viene ofreciendo, tímidamente, como solución de hogar a diversos colectivos concretos, de forma exclusiva o intergeneracional: mayores, jóvenes, solteros…

---

agroalimentarias, de explotación de la tierra, de servicios, del mar, de transporte, seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito; aunque las denominaciones varían en cada norma estatal o autonómica.

También hay cooperativas integrales –actividad cooperativa doble o plural–, de iniciativa social –sin ánimo de lucro según ley– y mixtas –según afecte al derecho de voto la aportación de los socios–; así como cooperativas sin ánimo de lucro –esta clase genera confusión con relación a la ausencia general de lucro objetivo en la cooperativa–.

Doctrinalmente, las cooperativas suelen agruparse en una clasificación triple muy clarificadora, que incluso algunas normas incorporan: de proveedores, consumidores o mixta, en función de que ofrezcan a la cooperativa o reciban de ella, o ambas cosas.

Por otra parte, las Cooperativas pueden agruparse en cooperativas de segundo grado –formadas por al menos dos cooperativas de la misma clase–, en grupos cooperativos –formados por varias cooperativas cualquiera que sea su clase, una de ellas cabeza de grupo–, y en asociaciones de cooperativas como uniones (al menos 3 cooperativas de la misma clase); federaciones (cooperativas o uniones, al menos 10 cooperativas de distinta clase); confederaciones (al menos 3 federaciones de cooperativa de al menos 3 CCAA).

(8) En el sector de cooperativas de viviendas, las cooperativas transitan desde antiguo diferentes fórmulas en el acceso al objeto, y respecto de la naturaleza jurídica de la relación de la cooperativa con el socio, todas ellas exitosas: autoayuda, autoconstrucción, adjudicación en propiedad, cesión de uso … Los tipos de Cooperativa de viviendas, en general, pueden responder a varias supuestos: acceso a la propiedad individual con disolución de la cooperativa en su caso, propiedad colectiva de todos los socios o de la Cooperativa con cesión del uso de la vivienda: bien alquiler simple, o alquiler-atribución, o bien cesión de usufructo o uso o habitación, cooperativa de crédito para la construcción, cooperativa de autoconstrucción o ayuda personal mutua con trabajadores de la construcción, cooperativa de rehabilitación de viviendas, y por último cooperativas de gestión de elementos y servicios comunes bien previa construcción o no.

Las cooperativas de viviendas se regulan como clase específica en todas las Leyes de cooperativas vigentes[9]. En algunas normas como clase separada, en otras como clase incorporada a las cooperativas de consumo, con regulación especial por razón del objeto. Esta disparidad no contribuye a una visión clara, y viene motivada por cuestiones fiscales, para lograr la aplicación de la condición de especialmente protegida. En los últimos tiempos, van cobrando cada vez más importancia, las fórmulas cooperativas cuyo objeto son no solo las viviendas, en régimen de cesión de uso, sino también otros servicios, requeridas por el sector cooperativo para solución de problemas habitacionales no resueltos. Parece que estas opciones garantizan un futuro dinámico para las cooperativas de viviendas.

La regulación aplicable a las cooperativas de viviendas es la de las propias normas cooperativas, y las normas de Derecho civil patrimonial. Así lo admiten los Tribunales en la práctica, remitiéndose los supuestos a normas civiles en el ámbito de la construcción y la vivienda, y aplicando la legislación específica de Cooperativas a las cuestiones puramente organizativas –ingreso, expulsión y baja, celebración de Asambleas, adopción de acuerdos…–.

2.2.2 *En particular, problemas relativos a la constitución, objeto, socios, órganos de gestión y control*

En la Ley 27/1999 las cooperativas de viviendas se incluyen entre las cooperativas de primer grado[10], y generalmente funcionan como tales en

(9) Ley estatal de Cooperativas 27/1999 de 16 de julio y Leyes autonómicas: Ley 12/2015 de 9-7 de Cooperativas de Cataluña; Ley 9/1998 –Decreto Legislativo 2/2014 de 29-8– texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón, Ley 11/2019 de 20-12 de Cooperativas del País Vasco (modificación Ley 5/2021 de 7-10); Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia (modificación Ley 14/2011 de 16-12); Ley 14/2011 de 23-12 de Sociedades Cooperativas Andaluza (modificación Ley 5/2018 de 19-6); Ley 14/2006 de 11-12 de Cooperativas de Navarra; Texto refundido Decreto Legislativo 2/2015 de 15-5 de Cooperativas Valencia; Ley 2/2023 de 240-2, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; Ley 4/2010 de 29-6 de Cooperativas del Principado de Asturias; Ley 4/2001 de 19-7 Cooperativas de La Rioja; Ley 6/2013 de 6-11 de Cooperativas de Cantabria; Ley 11/2010 de 4-11 de Cooperativas de Castilla-La Mancha; Ley 8/2006 de 16-11 de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (modificación por Ley 4/2011); Ley 5/2023 de 8-3 de Cooperativas de las Islas Baleares; Ley 4/2002 de 11-4 de Cooperativas de Castilla-León (modificación Ley 2/2018).; Ley 9/2018 de 30-10 de Sociedades Cooperativas de Extremadura; Ley 4/2022 de 31-10 de Cooperativas de Canarias.

(10) Artículo 89 LCOOP: «Las cooperativas de viviendas asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades. Asimismo, pueden tener como objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes

la mayoría de los supuestos. La regulación específica recoge algunas cuestiones con relación a: sujetos, objeto y ámbito de aplicación; adjudicación de propiedad o cesión de uso, viviendas, locales y resto de instalaciones comunes.

El ámbito territorial de la Cooperativa de viviendas vendrá delimitado en los Estatutos, conforme a lo dispuesto en el debatido artículo 2 de la Ley 27/1999; del que debe resaltarse que su redacción es«políticamente correcta».

La constitución de la cooperativa como persona jurídica requiere forma solemne mediante escritura pública de constitución, otorgada por todos los promotores ante notario, e inscripción constitutiva en el Registro de Cooperativas. Antes de la adquisición de la personalidad jurídica, solo puede actuar como cooperativa en constitución, generando responsabilidad solidaria de todos los que actúen en su nombre. En el momento de la constitución se otorgan los estatutos de la cooperativa, a los que la cooperativa recurrirá, por imperativo legal. La constitución y promoción, realmente cooperativa o no, ha generado muchos problemas de concepto y prácticos, al verse inmersa en el mundo de la promoción inmobiliaria encubierta y el control por parte de las empresas de gestión indirecta.

El objeto social de las Cooperativas de viviendas es proporcionar alojamiento y/o locales a las personas físicas o cierto tipo de personas jurídicas que precisen alojamiento para personas que dependan de ellas –entes públicos y entidades sin ánimo de lucro–[(11)]; Y procurar a cualquier tipo de persona edificaciones o instalaciones complementarias, suministros, servicios y/o rehabilitación de estos. Los locales, instalaciones y edificaciones complementarias, y en algún caso las viviendas, pueden enajenarse o arrendarse a terceros no socios[(12)], en el supuesto de las viviendas en ocasiones con limitación[(13)]. Algunas normas autonómicas incluyen dentro de este tipo las cooperativas de construcción de plazas de aparcamiento para vehículos[(14)]. Efectivamente, puede admitirse que el objeto sea más o menos amplio, si bien no debería apartarse de la finalidad de la norma. Para el cumplimiento de su objeto social las cooperativas de viviendas pueden

---

y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias».

(11) LCOOP. En algunas de las normas más recientes, como la Ley de Asturias 4/2010, artículo 153.3, se prevé, el uso y disfrute por el socio o sus familiares hasta el tercer grado de parentesco, como residencia habitual, para descanso o vacaciones, o como residencia de personas mayores o discapacitadas, adaptando la relación jurídica de alquiler con el familiar, en caso de viviendas de protección pública. También en la Ley Andaluza 14/2011, artículo 97.4; La Ley de Extremadura 9/2018, artículo 158, y la Ley de Madrid 2/2023, artículo 117.2.

(12) También desarrollado por la jurisprudencia.

(13) Ley de Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 135.4 y Ley de Asturias 4/2010, artículo 153.3, –no más del 30 % de la promoción–.

(14) Ley Aragón 2/2014, artículo 84.8.

realizar las actividades y trabajos necesarios, con relación a la adquisición, parcelación y urbanización de los terrenos y la promoción y construcción de las edificaciones.

En ocasiones[15], es posible que la cooperativa de viviendas pueda tener por objeto el desempeño de las funciones de administrador de las comunidades de propietarios, sometidas o no a la Ley de Propiedad Horizontal, construidas y adjudicadas o no en régimen cooperativo; aunque, en mi opinión, la compatibilidad de la LPH y la LCOOP es un tema que debería analizarse más en profundidad.

En algunos casos la Cooperativa de viviendas se ve impulsada en su actividad por el sector público. Así, se alude a la promoción de vivienda protegida por parte de cooperativas de viviendas que reúnan las condiciones requeridas por la normativa[16]. En otros supuestos, se les atribuye el derecho de adquisición preferente de terrenos de gestión pública para cumplir sus fines[17], lo cual es especialmente interesante. Por seguridad, en ocasiones, se prevé la limitación a la compra de suelo, gestión, dirección y construcción, mientras no estén inscritos el 50 % de los socios[18], y la celebración de convenios de colaboración[19]. El acceso al suelo y su precio complican el desarrollo cooperativo, por lo que es de interés favorecer el acceso al mismo. En la línea de fomento, algunas normas[20] permiten el recurso de las Cooperativas de viviendas al régimen de cooperativas de consumo, lo cual favorece la condición de cooperativa especialmente protegida desde el ámbito fiscal.

Es comúnmente aceptado, que la adjudicación o cesión de la vivienda o local puede ser adjudicación en propiedad o en régimen de cesión de uso mediante cualquier título admitido en derecho; esta referencia amplia resulta más positiva que la referencia excesivamente concreta a una figura en particular. Las normas también prevén una opción, de escaso desarrollo práctico, como es la cesión o permuta de vivienda o local con otros socios de cooperativas del mismo tipo.

Pueden ser socios de la cooperativa de viviendas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluso las comunidades de bienes. Los socios referidos son esencialmente los socios usuarios, que participan activamente en la actividad cooperativa, y deben cumplir los requisitos

(15) Ley de Cooperativas Valencia 2/2015, artículo 91.1.
(16) Ley Aragón 2/2014, artículo 84.9. Ley cántabra 6/2013, artículo 113.4.
(17) Ley Galicia 5/1998, artículo 120.5.
(18) Ley de Castilla León 4/2002, artículo 118.5.
(19) Ley de Madrid 2/2023, artículo 116.3.
(20) En general, como previsión estatutaria, Ley Andalucía 14/2011, artículo 97.2. En el caso de la Ley Madrid 2/2023 para los supuestos de cesión de uso de la vivienda.

exigidos en los Estatutos[21], estableciéndose procedimientos de admisión, baja y expulsión; también puede haber socios de trabajo y colaboradores. En particular, en la LCOOP se indica que pueden ser socios[22] en las cooperativas de viviendas las personas físicas, entes públicos y entidades sin ánimo de lucro para la obtención de los alojamientos. También la LCOOP prevé la cesión a terceros en ciertos supuestos –enajenación o arrendamiento de locales, instalaciones y edificaciones complementarias–; y el destino del importe obtenido de la cesión se decidirá en Asamblea. Algunas normas autonómicas, acertadamente en mi opinión, incorporan un artículo específico sobre el régimen del socio[23]; y otras fijan expresamente el número mínimo de socios del total de las viviendas de la promoción[24], o un número mínimo de socios[25], o un número de viviendas no inferior a la mitad de los socios[26]; y en otras[27] se hace hincapié especial en el derecho de información y participación y sus garantías. La condición de socio es la base del régimen y requiere una regulación clara y concisa.

En las cooperativas de viviendas algunos socios usuarios participarán en la promoción, y otros se incorporarán después. En algunos casos habrá aspirantes a socios, que deben esperar a que haya una vacante, si ya no quedaran plazas libres en la cooperativa, que, en ocasiones, y de forma más precisa, son llamados socios no adscritos a una promoción, o socios expectantes[28]; se agradecería mayor presencia de esta figura, especialmente en los casos de viviendas de promoción y protección pública. En muchas normas se restringe la posibilidad de ser titular de más de una vivienda[29]. Las fases temporales por las que atraviesa el socio en la vida cooperativa, aunque, desgraciadamente, ninguna Ley lo indica de forma

(21) En algún caso, se prevé el recurso a expertos jurídicos en la materia, como en la Ley País Vasco 11/2019, artículo 119.3: «*El cumplimiento de los requisitos para adquirir la condición de socia o socio deberá ser dictaminado favorablemente por el letrado o letrada asesora, excepto en las promociones de viviendas de protección pública.*».

(22) Las normas autonómicas como la Ley Aragón 2/2014, artículo 84, son similares, incluyendo la posibilidad de que varios titulares de una vivienda adquieran la condición de socio, con un único voto.

(23) Ley Galicia 5/1998, artículo 121; Ley de la Rioja 4/2001, artículo 120; Ley del País Vasco 11/2019, artículo 119; Ley de Canarias 4/2022, artículo 114.

(24) Ley 4/2001 de la Rioja, artículo 119.1. Número mínimo según el ámbito de la promoción en la Ley del País Vasco 11/2019, artículo 119.

(25) Cinco socios en la Ley 4/2002 de Castilla León, artículo 118.1.

(26) Ley de Cooperativas Valencia 5/2015, artículo 91.3.

(27) Ley de Madrid 2/2023, artículo 122.

(28) Socios no adscritos a promoción: Ley Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 143, Ley de Asturias 4/2010, artículo 160, Ley de Extremadura 9/2018, artículo 162.3. Expectantes: Ley Canarias 4/2022, artículo 119.

(29) Salvo familias numerosas, con indica el 68.2 de la Ley 14/2006 de Navarra, aunque podrían citarse algunas otras.

expresa son: socio inscrito, socio con reserva o individualización de la vivienda, socio adjudicatario y socio propietario.

Los derechos y obligaciones atribuidos a los socios vienen determinados en la Ley y recogidos en los estatutos de la cooperativa, en lo que se viene a llamar el estatuto jurídico del socio[30] –con sus especialidades acerca de derechos, deberes y responsabilidad–, que la doctrina contempla como positivo. La responsabilidad del socio se limita a lo aportado al capital social, desembolsado o no; a lo que se une la responsabilidad directa por los resultados, bienes, servicios, obtenidos en el desarrollo de la actividad cooperativizada; responsabilidad mancomunada de cada uno según su vivienda, en base a la ratificación tacita de lo actuado[31].

Los socios pueden causar baja en la cooperativa, lo que da lugar a una vacante que puede ser ofrecida a un aspirante de la lista de espera. La baja del socio puede ser voluntaria, justificada o no, u obligatoria, cuando el socio ha perdido los requisitos exigidos para ser socio. La Ley regula las condiciones y requisitos del derecho de reembolso del socio en caso de baja, que afecta al capital social y a las otras aportaciones a la actividad cooperativizada como podría ser la vivienda. El socio puede ser expulsado de la cooperativa en caso de cometer una falta muy grave previamente tipificada en los Estatutos, en un procedimiento que lleva a cabo el consejo rector, con posibilidad de recurso. Éstos fueron temas frecuentes en la jurisprudencia anterior a 2010, si bien actualmente su relevancia es menor, excepto con relación a la devolución y reembolso de cantidades. La LCOOP prevé la aplicación de deducciones hasta un máximo del 50 % a la devolución de cantidades para pago de viviendas y locales en caso de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia. Legalmente se requiere la sustitución por otro socio para proceder al reembolso de todas las cantidades, con un plazo determinado. Se trata de compatibilizar el interés de la cooperativa con el interés del socio, por lo que la jurisprudencia trata de modularlo, intentando que más allá del plazo legal el reembolso sea efectivo, con independencia de la sustitución[32].

La normativa cooperativa también dedica diversos artículos al funcionamiento y gestión, con desarrollo general y especialidades en cada tipo de cooperativa. La gestión de las cooperativas es una gestión interna, con

(30) Morillas Jarillo, M.ª J., *Las sociedades cooperativas*, Iustel, Madrid, 2008. Efectivamente hay derechos más litigiosos que otros, como es el caso del derecho de información en caso de subrogaciones hipotecarias en la hipoteca del promotor y la aplicabilidad de las cláusulas abusivas.

(31) STS 2012\34 de 12 de diciembre, aunque en este caso se pactó excepcionalmente la solidaridad.

(32) El TS indica que, transcurrido el plazo, con independencia de que haya o no otro socio, se procede al reembolso: STS 2020\1592 de 11 de junio.

órganos de gestión específicos de la persona jurídica, aunque se permite el recurso a gestión externa en algunas cuestiones, lo que, en la práctica, ha generado supuestos litigiosos. Son órganos de la cooperativa la asamblea general, el consejo rector y la intervención; y también actúan como órganos los promotores en la constitución, y los liquidadores en la extinción de la cooperativa.

La asamblea general es el órgano necesario de formación de la voluntad común de los socios[33] –bajo el amparo de: un hombre, un voto–, dedicada a la «Política general de la Cooperativa» y «cualquier otro asunto de interés» en materias que no supongan competencia legal exclusiva de otro órgano social. La asamblea da instrucciones o autorizaciones al consejo sobre determinados asuntos; y son de su competencia exclusiva, preceptiva e indelegable, determinados asuntos (sin sanción de nulidad). El presidente[34] y vicepresidente de la asamblea son los del consejo rector. En décadas pasadas, llegaban en mayor medida a los tribunales supuestos relativos a los acuerdos de la Asamblea y su eficacia con relación a socios disconformes; en la última década no tanto.

El consejo rector es el órgano colegiado necesario[35] de gestión de la cooperativa (gobierno, gestión y representación)[36]. La Ley regula la composición, elección, duración, cese y vacantes, así como las reuniones, especialmente importantes para la economía de la cooperativa,[37] el funcionamiento y la impugnación de sus acuerdos; también se regula conjuntamente la retribución, conflicto de intereses, incompatibilidades, incapacidad y prohibiciones y responsabilidad del consejo rector y la intervención –en algunas normas autonómicas, en línea con la LCOOP de 1974,

(33) En el desarrollo de la LCOOP anterior, de 1987, se observa mayor litigiosidad que en la actualidad.

(34) La actuación del presidente debe ser conforme a Ley y Estatutos. En ocasiones ha sufrido las consecuencias incluso penales de su actuación, llegando algunos supuestos al TS, por apropiación indebida de los administradores –STS 2010\7494 de 15 de septiembre–. En otras, la responsabilidad penal afectó a la promotora –STS 2016\1922 de 8 de marzo–, o la gestora de la cooperativa –STS 2019\3095 de 24 de mayo; STS 2016\1961 de 18 de marzo–. La jurisprudencia penal del TS ha conocido diversos supuestos de delitos de estafa y engaño – STS 2021\1052 de 3 de marzo–, y también de apropiación indebida –STS 2020\4964 de 14 de diciembre.

(35) Es necesario, salvo para las cooperativas con número de socios inferior a 10 que pueden tener un administrador único. Los consejeros deben de ser no menos de tres –presidente, vicepresidente y secretario –en algunas normas se fija no más de 15–. El consejo rector está compuesto por socios (excepcionalmente pueden formar parte expertos cualificados –sin exceder 1/3 de los consejeros totales–). El administrador único solo se admite en las cooperativas de menos de 10 socios.

(36) El consejo rector ostenta la representación de la cooperativa en todos los actos relacionados con actividades que integren el objeto social, según las facultades previstas en estatutos (no surten efectos frente a terceros las limitaciones estatutarias), acuerdos de asamblea o del consejo. La representación legal de la cooperativa corresponde al presidente del consejo y, puesto que los estatutos le atribuyen facultades, hay dudas y opiniones que afirman efectos frente a terceros de las limitaciones estatutarias sobre sus facultades.

(37) Es el órgano que se ocupa de la contabilidad y las cuentas anuales.

estas reglas últimas son específicas del Consejo rector[38]–. El consejo rector se ocupa de la gestión[39] de la cooperativa con sujeción a la Ley, los estatutos y la política general fijada por la asamblea (instrucciones y autorizaciones en determinados casos); y dispone además de vis atractiva de competencias (lo no reservado a otros órganos). En la Ley estatal se prevé que las cooperativas de viviendas restrinjan, bajo ciertos requisitos, la pertenencia al consejo rector en no más de una cooperativa, excluyendo la remuneración o compensación por el cargo de los miembros del consejo, que solo pueden ser resarcidos de los gastos ocasionados[40]. Se observa que estas reglas de prohibición e incompatibilidad han ido fluctuando y disminuyendo según las versiones de las normas, estatal y autonómica, en perjuicio de la seguridad jurídica.

El apoderamiento formal de cualquier persona, o del gerente o director[41] corresponde al consejo rector; y responde de su actuación ante el consejo. Es importante advertir que la gestión externa en las cooperativas de viviendas responde a este modelo, mediante el encargo, mandato o comisión a un sujeto único o a una empresa de gestión[42]. En algunos

(38) Ley de Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 138.

(39) En particular, el consejo rector se ocupa de asuntos como: cuestiones sobre socios individuales –admisión, bajas, expulsión, derechos y deberes– o reunidos en Asamblea, administración del patrimonio de la cooperativa y gestión de la actividad económica.

(40) Se reitera en normas autonómicas, como es el caso de la Ley Navarra 14/2006, artículo 68, o la de la Rioja 4/2001, artículo 120.2, Ley de Murcia 8/2006, artículo 112.6, Ley de Castilla León 4/2002, art. 118.6, también en la citada de Castilla-La Mancha.

(41) La decisión acerca del nombramiento de consejeros, interventores, liquidadores… es competencia exclusiva de la asamblea –este supuesto también debe serlo–. El director o gerente es una figura voluntaria y facultativa, que la Ley regula con mayor o menor detalle según los casos, no es un órgano cooperativo, y su relación con la cooperativa es contractual: laboral, servicios, mandato…; y generalmente se ocupa de la actividad diaria.

(42) Efectivamente, pueden cederse tanto la gestión interna de la cooperativa como la externa, frente a terceros, con el límite de los acuerdos que precisan ser adoptados necesariamente por la asamblea general y la representación legal de la cooperativa. En algunas leyes se prevé la delegación del consejo en una comisión ejecutiva o dos consejeros delegados mancomunados. Algunas cuestiones de la gestión externa de la cooperativa pueden delegarse en personas físicas: gestores individuales, o personas jurídicas: empresas de gestión, mediante las relaciones jurídicas de intermediación, mediación, comisión o mandato, contrato de servicios, o contrato innominado de gestión con contenido amplio y variado.

Algunas normas autonómicas, como la Ley Aragón 2/2014, artículo 85.1, prevé y regulan la contratación de empresas gestoras, con alusión a su independencia, capacidad de decisión y responsabilidad; también la Ley de Madrid 2/2023, artículo 118, denominado «empresas prestadoras de servicios de gestoría y asesoramiento». Otras, como la Galicia 5/1998, en su artículo 10,4, no permiten la cesión de la gestión a terceros por ningún título, salvo acuerdo de 2/3 en Asamblea, sin perjuicio de admitir el recurso a expertos de forma puntual.

La Ley País Vasco 11/2019, incluye el apoderamiento a terceras personas, excluyendo que afecte a la totalidad o cuestiones básicas de la promoción, y exigiendo la inscripción del poder en el Registro de Cooperativas de Euskadi, previo dictamen favorable del letrado asesor.

La jurisprudencia penal ha conocido irregularidades cometidas por gestoras, dando lugar a supuestos de apropiación indebida, estafa, como el caso tan conocido de PSG-PSV, y otras – STS 2016\1922 de 8 de marzo; STS 2015\3655 de 10 de junio.

casos, las normas autonómicas[43] prevén una detallada regulación específica de control de la gestión, en la contratación, incompatibilidades, poderes, atribuyéndole la responsabilidad del promotor inmobiliario, como así ocurría en normas históricas del cooperativismo. Se incluyen, incluso, previsiones cuasi reglamentarias, en artículos específicos para las cuestiones de promoción[44]. Una correcta remisión y aplicación de normas generales del CC y la LOE, y su interpretación, parece que serían suficientes, como sucede con otros participantes en la construcción[45].

Por otra parte, es especialmente interesante la intervención[46], como órgano de fiscalización de la cooperativa, con funciones legales y estatutarias; que censura las cuentas anuales y el informe de gestión previamente a la aprobación por la asamblea general. En las cooperativas de viviendas, antes de la presentación de cuentas a la Asamblea para ser aprobadas, la Ley estatal requiere además una auditoría externa en varios supuestos: número de viviendas y locales superior a un número mínimo –por ejemplo, 50 o incluso 20 –, existencia de fases o promociones económicamente diferenciadas, poderes de gestión otorgados a personas físicas o jurídicas distintas del Consejo Rector, previsión estatutaria o por acuerdo de la Asamblea. Como particularidad, puede citarse que, en alguna norma autonómica, se prevé el nombramiento de un letrado asesor de la cooperativa, que dictamine cuestiones relacionadas con la admisión, contratos de gestión y edificación, y otras según estatutos, lo cual redundaría en un mejor funcionamiento d ele la gestión cooperativa. También debe citarse el comité de recursos, como órgano[47] facultativo, no obligatorio, previsto en los estatutos de la cooperativa, para la tramitación y resolución de sanciones impuestas a los socios.

2.2.3 *Particularidades del régimen económico, fases, transmisión de derechos y extinción*

Con relación al régimen económico de la cooperativa, pueden y deben diferenciarse los siguientes conceptos: el capital social obligatorio, las cuotas de ingreso y los pagos para obtención de servicios y bienes. En

(43) Ley de Castilla León 4/2002, artículo 118.7.

(44) Ley de Madrid 2/2023, artículo 121.

(45) Arquitectos, empresa constructora, que responden en base a la LOE, artículo 17, y el CC, artículo 1591, por negligencia el primero, vicios de la construcción y daños y perjuicios la segunda.

(46) Está formado por socios, y también pueden ser miembros expertos independientes hasta un máximo de un tercio.

(47) Está formado por socios. Sus acuerdos son inmediatamente ejecutivos y definitivos, susceptibles de impugnación, como si hubieran sido dictados por la asamblea –órgano encargado de la resolución de recursos si no hubiera sido designado el comité de recursos–.

función de la actividad cooperativa, cada socio genera una cuenta particular según su participación en dicha actividad, iniciada con las entregas a cuenta para la vivienda, que no forman parte del capital social[48].

A diferencia de la LCOOP, algunas normas autonómicas[49] prevén expresamente el aseguramiento o aval bancario de las cantidades aportadas a cuenta de las viviendas –en línea con la Ley 57/1968–. En algunos casos[50] se llega a establecer un artículo específico de garantías especiales, que deben incluirse en los estatutos de la cooperativa. Debe resaltarse que la aplicación de la Ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la LOE a las cooperativas de viviendas ha generado jurisprudencia abundante. Los principales problemas y principios expuestos por el Tribunal Supremo son: la irrenunciabilidad de los derechos legales; la inaplicación de los derechos a los socios que sean entidades mercantiles con finalidad no residencial –salvo pacto expreso con efectos inter partes[51]–; el ingreso de las entregas a cuenta en cuentas especiales[52] y garantizadas, que generan intereses remuneratorios[53], no moratorios, desde la entrega; la eficacia

(48) Entregas a cuenta a las que se aplican las deducciones por inversión en vivienda habitual del artículo 68 Ley IRPF según la jurisprudencia, sala contencioso-administrativa del TS.

Artículo 52 LCOOP. «Los bienes de cualquier tipo entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa».

(49) Ley Aragón 2/2014, artículo 85.5, Ley Galicia 5/1998, artículo 122. Además de esto, en la Ley de Cooperativas Valencia 5/2015 se incorpora la posibilidad de que el socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, queda facultado para exigir la constitución de hipoteca de máximo en garantía de las cantidades pendientes de entregar hasta la adjudicación de la vivienda, corriendo con los gastos. También en la Ley País Vasco 11/2019, artículo 119.4, que se remite a la LOE 38/1999. La Ley de Canarias 4/2002, por su parte, dispone de un artículo específico de garantías especiales, el 118.

Y en algunos casos la limitación de aportaciones antes de la compra del suelo –no más el 3 % en Aragón, artículo 85.6–, así como ciertos plazos –excepcionalmente prorrogables y con sanción de disolución o descalificación de la cooperativa– como plazo máximo de tres años desde la inscripción hasta ese momento de adquisición del suelo, y el plazo máximo de cinco años hasta la edificación.

(50) Ley Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 141, y Ley de Asturias 4/2010, artículo 158.

(51) La Ley 57/1968 no se aplica a profesionales que adquieren viviendas como inversión (en este caso, incluso con pacto de sumisión, el banco avalista es un tercero en el pacto). STS 2020\5273 de 10 noviembre.

(52) Bastantes sentencias indican que, si los ingresos no están identificados, la pérdida de estos no es responsabilidad de la entidad bancaria. Es importante que haya conocimiento por parte de la entidad bancaria. La doctrina jurisprudencial se fijó en la STS 733/2015 de 21 de diciembre, citada por la STS 2019\2801 de 9 de julio, FD 5.º, que cita a su vez las siguientes: «*sentencia 502/2017, de 14 de septiembre … sentencias 420/2016, de 24 de junio, 436/2016, de 29 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, además de la ya citada 102/2018, de 28 de febrero*», también citadas en STS 2018\4164 de 19 de septiembre, FD 5.º Si el ingreso se realiza por otra entidad, sociedad mercantil intermediaria, la entidad bancaria no tiene por qué conocer la procedencia del dinero.

(53) Así, en STS 2013\5931 de 13 de septiembre, y STS 206\3562 de 12 de julio, que comenté: Lambea Rueda, A. (2017). ¿Puede un socio resolver su contrato de adquisición de una vivienda en forma cooperativa cuando el promotor incumple sus obligaciones legales sobre las cantidades anticipadas para la construcción? Comentario a la STS de 12 de julio de 2016, RJ 3562. *CIRIEC – España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, *31*, 367-376.

de la garantía en caso de incumplimiento de la obligación de construcción y entrega, respondiendo la entidad bancaria y el asegurador; la responsabilidad solidaria del promotor si es un tercero externo y conocía la situación. La entidad garante avalista o aseguradora responde de todas las cantidades anticipadas(54), mientras que las entidades de crédito responden del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos, siempre que conocieran que son ingresos a cuenta de vivienda, como responsabilidad contractual, derivada del negocio de constitución de la cooperativa(55), si no se ingresan en cuenta especial y no se garantizan y la construcción no «llega a buen fin»(56). También se entiende que responde la gestora(57) por ausencia de garantía de las aportaciones y defectos de información, en aplicación de la disposición adicional primera de la LOE.

Como cuestión propiamente cooperativa, la Ley estatal atribuye el llamado retorno cooperativo a los socios por los excedentes generados en la actividad empresarial, en proporción a actividad cooperativa del socio. El retorno cooperativo ha sido analizado por la doctrina como especialidad

(54) El avalista responde por incumplimiento del plazo de entrega, y antes de la fecha de inicio de construcción entregará las cantidades al socio que lo reclame: STS 2021\1471 de 29 marzo.

(55) Así en STS 838/2023 de 30 mayo, FD 7.º: *La jurisprudencia aplicable a los tres motivos del recurso es la sintetizada, entre otras, por la sentencia 24/2021, de 25 de enero, citada por las posteriores 574/2021, de 27 de julio SIC, y 883/2021, de 20 de diciembre, según la cual: «Es doctrina jurisprudencial reiterada a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, que el tribunal sentenciador demuestra conocer, que mientras la entidad garante (avalista o aseguradora) responde de todas las cantidades anticipadas, incluyendo sus intereses, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, y sin que su responsabilidad respecto de las cantidades anticipadas previstas en el contrato dependa de que se ingresen o no esas cantidades en una cuenta bancaria ni del carácter de la cuenta en que se ingresen, al ser una responsabilidad que solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda (sentencias 8/2020, de 8 de enero, 6/2020, de 8 de enero, y 653/2019, de 10 de diciembre), por el contrario la responsabilidad de las entidades de crédito conforme al artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 no es una responsabilidad "a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador", sino que nace del incumplimiento de su deber de control "sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor" en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas (entre las más recientes, sentencias 479/2020, de 21 de septiembre, 453/2020, de 23 de julio, y 147/2020, de 4 de marzo)». Conforme a dicha jurisprudencia los tres motivos del recurso han de ser desestimados porque la sentencia recurrida, al desestimar la demanda porque la cantidad reclamada no era un anticipo del precio sino una aportación obligatoria al capital social de la cooperativa, verdadera razón decisoria como ya se ha razonado al conocer de los motivos del recurso por infracción procesal, no infringe la doctrina jurisprudencial de que la responsabilidad establecida en el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 no es una responsabilidad «a todo trance» que convierta al banco que recibió cualquier cantidad de los compradores o cooperativistas en una especie de «garante superpuesto» al avalista o al asegurador para todo lo no cubierto por estos.*

(56) STS 2021\1790 de 2 de febrero.

(57) STS 2016\3562 de 12 de julio.

de la figura[58]. Y, antes de su reparto, alguna norma[59] requiere ciertos porcentajes mínimos del total de la vivienda, solares o rehabilitación, para los fondos de reserva y de formación y educación.

En las Cooperativas de viviendas se regula la construcción por fases y promociones, con contabilidad independiente, autonomía de gestión y patrimonial, responsabilidad separada e independiente de cada fase con su patrimonio debidamente contabilizado, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa, también aplicada por la jurisprudencia[60], denominación específica, inclusión de datos de cada fase en los derechos inscritos en el Registro de la propiedad, Juntas especiales de socios– en el ámbito territorial delimitado por los estatutos–. En ciertos supuestos, legalmente previstos, se exige auditoría de cuentas[61].

Por último, se regulan las especialidades sobre la transmisión de los derechos patrimoniales sobre vivienda o local «inter vivos» y «mortis causa» –plazos, reembolso, precio de tanteo y retracto–[62]. La LCOOP prevé un plazo para la transmisión de derechos de adquisición preferente –antes de 5 años y no más de 10 desde la licencia de primera ocupación o entrega de posesión de vivienda o local–. La Cooperativa recibe el ofrecimiento y lo oferta a los solicitantes de admisión como socios según antigüedad. El plazo para ejercitar el derecho de tanteo es de hasta tres meses; y en caso de realizarse la transmisión sin respetar el tanteo, cualquier solicitante de admisión como socio podrá ejercitar el derecho de retracto durante plazo máximo de un año desde la inscripción de la transmisión en el registro de la Propiedad o, en su defecto, de tres meses desde que el retrayente conociera la transmisión. No se aplican estos derechos de adquisición preferente en caso de transmisión a ascendientes, descendientes o cónyuge en caso de separación judicial o divorcio. Debe destacarse que sorprende la falta de alusión al cónyuge en algunos casos, y si en otros, en que se habla también de la transmisión «mortis

(58) Alonso Soto, F., *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas.* Madrid 1990. Mateo Blanco, J., *El retorno cooperativo,* Zaragoza 2003.

(59) Ley Cataluña 12/2015, artículo 124.

(60) STS 2011\6117 de 15 de julio.

(61) La actuación de la auditoría de cuentas en ocasiones no ha contribuido a resolver problemas. Se cuestiona, y es admitida por el TS, la responsabilidad extracontractual de los auditores de cuentas –art. 1902 CC– por auditoría deficiente e incumplimiento de normas de auditoría, que genera condena de promotor en proceso penal –STS 2012\7408 de 7 de junio en el caso PSV, FD. 6.º– y, responsabilidad civil extracontractual por informe deficiente, que no muestra irregularidades en la gestión social de la cooperativa de viviendas, con relación de causalidad entre su conducta y el daño – STS 2011\1550 de 15 de diciembre en el caso PSV–.

(62) Se entienden derechos de adquisición preferente sobre viviendas, no sobre otros inmuebles como las propias parcelas, como indica la jurisprudencia. Algunas normas, como la Ley cántabra 6/2013 distinguen estos derechos según la normativa sectorial de ayudas y subvenciones, y el resto no afectados por éstas, que se rigen por la Ley cooperativa.

causa» al cónyuge no separado, y en términos generales del conviviente, causahabiente[63]. Las normas autonómicas más recientes prevén reglas de compatibilidad de la transmisión de viviendas en caso de viviendas de protección pública[64].

El devenir de cada cooperativa de viviendas es diverso[65] y, por supuesto, la cooperativa se extinguirá cuando se cumpla una causa de disolución[66], que se decidirá en asamblea, convocada por el consejo, cumpliendo con las especialidades de adjudicación del haber social, y entrado en el período de liquidación correspondiente, seguido de la escritura pública de extinción inscrita en el Registro de cooperativas. Con relación a las causas y tiempos de disolución también se ha debatido en la doctrina, con reflejo normativo en ocasiones, sin llegar a una solución perfecta y única.

3. ADJUDICACIÓN EN PROPIEDAD Y CESIÓN DE USO

3.1 **Redacción normativa**

En las cooperativas de viviendas, la vivienda, que podría ser local, plaza de garaje, despacho, se transmite en propiedad a los socios, o bien se les cede el uso, manteniendo la Cooperativa la propiedad de la edificación. Tanto la LCOOP como las normas autonómicas de cooperativas, salvo excepciones, han ido incorporando las opciones de adjudicación en propiedad y cesión de uso desde el inicio de la regulación postconstitucional, sin precisar demasiados detalles con relación a la cesión de uso.

---

(63) La Ley estatal 27/1999, la de la Rioja 4/2001 y la de Extremadura 9/2018 no incluyen al cónyuge, en cualquier caso; mientras la Ley Aragón 2/2014, en el artículo 84.7, y la de Castilla León, artículo 121.4, incluyen al cónyuge, en cualquier caso; y la Ley Galicia 5/1998, artículo 121, habla de los convivientes. La Ley de Canarias 4/2022, artículo 116 se refiere a los causahabientes.

(64) Ley País Vasco 11/2019, artículo 122.

(65) Como persona jurídica, la cooperativa puede sufrir procesos de fusión, escisión y transformación al igual que otras entidades, siempre ajustándose a las disposiciones legales de la Ley de Cooperativas.

(66) Son causas de disolución: el cumplimiento de plazo previsto, el acuerdo de más de 2/3 de socios en asamblea, la paralización de actividad durante dos años sin causa justificada con imposibilidad de reactivación, la reducción de socios o del capital por debajo del mínimo legal, la realización o imposibilidad de realización del objeto social, la fusión, absorción o escisión o cualquier otra causa legal o estatutaria. Y, según la Ley Galicia, artículo 120.4, la finalización de la ejecución de la promoción y entrega, y a los 6 años desde la licencia de primera ocupación salvo los casos de cesión de uso en que la Cooperativa retiene la propiedad de las viviendas, o excepciones normativas específicas. La Ley Cataluña 12/2015, artículo 123.6, exige cinco años o más según estatutos o convenios con entidades públicas, desde la transmisión de las viviendas o la última promoción. La Ley País Vasco 11/2019 y la Ley de Baleares 5/2023 también prevén la disolución tras la adjudicación contando con el plazo de responsabilidad por vicios ocultos.

LC 27/1999 ESTATAL	CATALUÑA LEY 12/2015	PAÍS VASCO LC 11/2019 LEY VIVIENDA 3/2015	C.VALENCIANA TR DECRETO LEGISLATIVO 2/2015 modificación Decreto Ley 4/2023	BALEARES LEY 5/2023	GALICIA LEY 5/1998 MODIF 2008 Y 14/2011	ANDALUCÍA Ley 14/2011	MADRID LEY 2/2023	NAVARRA LEY 14/2006
Artículo 89	Artículo 123	Artículo 118	Artículo 91	Artículo 129/130	Artículo 120	Artículo 97	Artículo 116/117	Artículo 68

ARAGÓN TR Decreto Legislativo 2/2014	EXTREMADURA LEY 9/2018	CASTILLA LA MANCHA LEY 11/2010	CASTILLA LEÓN LEY 4/2002	MURCIA LEY 8/2006	ASTURIAS LEY 4/2010	CANTABRIA LEY 6/2013	LA RIOJA LEY 4/2001	CANARIAS Ley 4/2022
Artículo 84	Artículo 158	Artículo 135	Articulo 118	Artículo 112	Artículo 153	Artículo 114	Artículo 119	Art. 112

Inicialmente, y en algunos casos posteriores, se contempló la adjudicación de la propiedad de la vivienda y la cesión de uso mediante cualquier título admitido en Derecho, sin que las normas añadieran nada más, salvo la remisión a los estatutos para el desarrollo del modelo[67]. Más adelante[68], se incluyó la remisión en general a los estatutos, y también a los reglamentos de régimen interno o los acuerdos de asamblea. Algunas normas cooperativas recientes regulan en particular, y con más detalle, las opciones de

(67) Ley de Cooperativas de Castilla León 4/2002 de 11 de abril; Ley de Cooperativas de la Rioja 4/2001 de 2 de julio; Ley de Cooperativas de Navarra 14/2006 de 11 de diciembre; Ley de cooperativas de Murcia, 8/2006 de 16 de noviembre; Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha 11/2010 de 4 de noviembre; Ley de Cooperativas de Asturias, 4/2010 de 29 junio; Ley de Cooperativas de Galicia 5/1998 modificada por Ley 14/2011 de 11 de diciembre–, Ley de Cooperativas de Cataluña 12/2015 de 9 de julio; Ley de Cooperativas de Extremadura 9/2018 de 30 de octubre, Ley de Cooperativas de Cantabria 6/2013 de 13 de noviembre; TR de la Ley de Cooperativas de Aragón 2/2014 de 29 agosto; Ley de Cooperativas de Andalucía 14/2011 de 23 de diciembre; Ley de cooperativas de Canarias 4/2022 de 31 de octubre.

(68) Ley de Cooperativas del País Vasco 11/2019 de 20 de diciembre; y el TR de la Ley de Cooperativas Valencia 2/2015 modificado por Ley 4/2023 de 10 de marzo.

En algunas Comunidades Autónomas, la aplicación del modelo de cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso se ha basado en la autonomía de la voluntad, autorregulándose a través de los estatutos y las normas de régimen interior –ejemplo de ello son: Trabensol y Santa Clara–.

cesión de uso[69], llegando incluso a prohibir la aplicación de la propiedad horizontal a estos supuestos, y de la propiedad, en los casos de cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso –viviendas y servicios– que funcionan como cooperativas de consumo[70], y permitiendo que ambas opciones –propiedad y cesión de uso– coexistan en la misma cooperativa[71]. En otros casos[72], la preocupación es más bien la propiedad cooperativa del edificio o conjunto inmobiliario, así como las cuestiones de las aportaciones económicas del cesionario –aportación al capital y cuotas periódicas– y transmisión del derecho. Recientemente se ha introducido, novedosamente, una regulación específica para las cooperativas de cesión de uso, en las que el propio vínculo societario es la base de la cesión de uso[73]. En todo caso, en mi opinión, la Ley debe de mantener la redacción genérica de que «el socio pueda acceder a la propiedad de la vivienda mediante la adjudicación, o bien utilizarla a través de cualquier medio admitido en derecho», sin concretar la referencia a contratos o derechos concretos, que limitarían el desarrollo práctico. Por otra parte, se advierte que, en los últimos tiempos, al margen de la normativa cooperativa, se regula la cesión de uso de viviendas en otras normas[74].

---

(69) Ley de Cataluña 12/2015, artículo 123, Ley de Valencia 2/2015, artículo 91.3; Ley de Baleares 5/2023, artículo 130.

(70) Como es el caso de la Ley 2/2023 de cooperativas de Madrid. Si bien, desde el sector de cooperativas de consumo se advierte que éstas es una solución cuyo fundamento son las ayudas públicas –ayudas y requisitos tasados–, inmersas en debates políticos anticapitalistas y antiespeculativos.

(71) Ley Andalucía 14/2011, artículo 97.3.

(72) Ley del País Vasco 11/2019, artículo 118.3.

(73) Ley 5/2023 de Cooperativas de Baleares, de 8 de marzo. «Artículo 130. 3. El derecho de uso de la persona socia sobre espacio de uso privativo o dependencias susceptibles de aprovechamiento particular se configura como un derecho de naturaleza personal y societaria, y es intransmisible por actos *inter vivos* o *mortis causa.*» Con un artículo específico para la cesión de uso, el 130, además de la previsión general, en el 128 y 129, la Ley de Cooperativas de Madrid 2/2023.

(74) Puede y debe citarse, antes de cerrar este apartado, la Ley de Cooperativas Valencia que incorpora la vivienda colaborativa, promovida a través de asociaciones sin ánimo de lucro, o a través de cooperativas no lucrativas: Ofrece un derecho de uso de naturaleza societaria, no a través de un derecho real, a los socios, que evita la aplicación de la Ley de Propiedad horizontal, al considerar al edificio como un todo único, y no como pisos o locales susceptibles de propiedad privada. También es de interés la Ley de derecho a la vivienda de Castilla León de 2010, que incorporó el concepto de vivienda colaborativa protegida, y la cesión del uso de la vivienda mediante arrendamiento o precario – Modificado por el artículo 10.1 el D-L 2/2022 de 23 de junio: artículos 43 y 44, indicándose las cuestiones que requiere su calificación sin resolver cuestiones relativas al edificio como unidad, ni a la propiedad horizontal. Otras Comunidades Autónomas incorporan otras normas, que no son leyes sino resoluciones, en que se presenta el futuro desarrollo de estas opciones de cesión de uso: Canarias, con una Resolución de 2020 sobre el Plan de vivienda 2020/2025 –no en la Ley de 2018–. El supuesto previsto en la Orden de 2021 del País Vasco –art. 29– que refiere las ayudas al cohousing, y la cesión de uso de viviendas colaborativas a través de asociaciones no lucrativas o cooperativas –no en la Ley de 2015–. Se anuncian también las viviendas colaborativas como realidad futura en la modificación de 2022 de la Ley Foral Navarra de 2010 –art. 76–, y en Asturias en otras normas de habitabilidad –preámbulo artículo 2 Decreto 73/2018–. No hay referencias expresas en otras normas específicas de vivienda: Ley de Murcia 2015, Ley de Extremadura 2019, Ley de Cantabria 2014 y Ley de Baleares 2018.

3.2 **Adjudicación en propiedad de la vivienda cooperativa**

En el desarrollo práctico de la actividad cooperativizada, para la puesta a disposición de viviendas o locales e instalaciones comunes se utiliza, mayoritariamente, la adjudicación de la propiedad de la vivienda. Efectivamente, en mi opinión(75), el desarrollo es el que se expone a continuación en los siguientes párrafos.

Los socios ingresan en la Cooperativa aportando cantidades periódicas al desarrollo de la actividad cooperativa. Estas cantidades integran la «masa de gestión económica común», de gestión cooperativa y titularidad común temporal de los socios, que no forma parte del capital social, pero está sujeta a las condiciones fijadas por la Cooperativa. El solar(76) y el edificio en construcción pertenecen en propiedad a la masa común, que posteriormente se divide mediante el reconocimiento, concreción y adjudicación de las viviendas a cada socio, dando paso a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Entre la cooperativa y la comunidad hay dos relaciones, interna de gestión y formación de la voluntad común, y externa de representación frente a terceros.

Según sea el modelo de cesión de vivienda, la comunidad de gestión cooperativa se reparte entre los socios en el momento de la adjudicación, o se mantiene como propiedad de la Cooperativa, que cede el uso de las viviendas a los socios. Durante el período de construcción, la Cooperativa gestiona, bajo el modo de representación indirecta en nombre propio y por cuenta ajena, la masa común. Existen dos tipos de relaciones entre la cooperativa y el socio: la derivada del negocio jurídico de constitución de la cooperativa y la de representante con relación a la actividad cooperativa, la vivienda, frente a terceros; estas relaciones no son independientes, la condición de socio es principal, y lo relativo a ingreso y cese en la Cooperativa repercute directamente sobre la actividad cooperativa. Durante la etapa de promoción y construcción la representación indirecta produce efectos entre la Cooperativa y el tercero, obligaciones y acciones, no así sobre los derechos que recaen en el socio o representado. Con la adjudicación, la relación se modifica, lo que afecta no solo a los derechos, ya reconocidos en favor del socio, sino principalmente a las obligaciones y acciones, sumándose e incluso sustituyendo en algún caso el socio representado a la Cooperativa representante, en la relación con el tercero.

Las fases temporales por las que atraviesa el socio en la vida cooperativa, que afectan tanto a la relación social como a la masa de gestión común,

(75) En más detalle en: Lambea Rueda, A., *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo,* 3.ª ed. Granada: Comares 2012.

(76) En ocasiones adquirido mediante permuta típica o atípica, a cambio de precio y piso.

y que, en mi opinión, la normativa podría precisar más, son: socio inscrito (cuota ideal), socio inscrito y con reserva o individualización de la vivienda (derecho subjetivo a una cuota concreta e individualizada), socio adjudicatario (título de reconocimiento de propiedad –división de comunidad y efecto de la representación), socio propietario (título unido a la entrega que transfiere la propiedad de la vivienda)(77), sin contar la fase precooperativa voluntaria, de aspirante o socio expectante.

Puede afirmarse el gran interés de las cooperativas de adjudicación de viviendas en propiedad por su desarrollo práctico, siempre que no se desvíe del modelo cooperativo, y que disponga de recursos: suelo y financiación, que apoyen la institución.

3.3 **Cesión de uso de la vivienda cooperativa**

A finales del siglo XX, comienzan a desarrollarse en España modelos de cooperativas en régimen de cesión de uso. La más antigua es la cooperativa «Santa Clara» de Málaga, y la más conocida, el proyecto de aplicación del modelo Andel en Cataluña(78). También hay otros supuestos en País Vasco y en otras Comunidades Autónomas; Generalmente se centran en grupos de interés social, uniendo el aspecto residencial a los servicios complementarios al mismo, como Cooperativas de viviendas, integrales e incluso de consumo.

Advertir que, en mi opinión(79), las cuestiones jurídicas relevantes ya anunciadas en el apartado anterior son similares, con alguna variación, en los casos de cesión de uso de la vivienda cooperativa. En los casos de cesión de uso, en función de quien sea propietario, los socios en conjunto o la Cooperativa, quizá alguna fase pueda subsumirse en otra y desaparecer (como la reserva), y el término adjudicación ser entendido como cesión de la

(77) Según el TS, en la STS 2010\1785 de 28 de diciembre, la adjudicación de la vivienda en propiedad puede producirse uniendo título a tradición –escritura pública, o traditio *brevi manu* o *constituto posesorio*. La visión de esta sentencia es muy cuestionable porque el TS afirma sin argumentar la identidad de adjudicación y escritura pública, y se centra en el tema de entrega, sin resolver los problemas del título –acuerdo de Asamblea adjudicando las parcelas, no todas, y no las viviendas–.

(78) Utilizado en otros países como Dinamarca Noruega, Suecia. La primera cooperativa se creó en Dinamarca en 1866, aunque el primer tipo ANDEL de viviendas se desarrolla en 1911. Resumen del modelo en Turmo, R., *«Andel: el model escandinau d´accés a l´habitatge»*. Finestra oberta, 39, febrero 2004, p. 14 ss. Modelo de cesión de uso de la vivienda previa entrada, con fin de evitar la especulación. En la actualidad, cifras de 2004, en Dinamarca hay 125.000 viviendas en régimen ANDEL.

(79) Lambea Rueda, A., «Cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso en la nueva Ley 2\2023 de Cooperativas de Madrid» Revista de Derecho Civil, Vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 231-257; «Cooperativas de viviendas: adjudicación en propiedad, cesión de uso y cohousing. La ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid», en Las cooperativas y otras formas de colaboración empresarial al margen de las sociedades mercantiles Marqués Mosquera (coord.). 2024, pp. 285-328.

titularidad del uso, manteniendo la estructura básica. Los supuestos de cesión de uso parten de las bases estudiadas, relación dual social y cooperativa, fases, relaciones con terceros; exceptuando que la adjudicación de la vivienda es en uso y no en propiedad –cualquier régimen de uso de la vivienda[80] compartiendo espacios comunes: usufructo[81], uso[82], habitación[83],

(80) Simón Moreno, H., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España», *REVESCO* núm. 134, 2020, pp. 1-17. Moreu Carbonell, E. (2018), El deber de destinar la vivienda a uso habitacional, En Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72. Otxoa-Errarte Goikoetxea, R., «La cooperativa de vivienda de cesión de uso. Reforma legislativa y políticas públicas en Euskadi», *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 32, 2018, pp. 67-110. Etxezarreta Etxarri, A.; Cano Fuentes, G., y Merino, S., «Las cooperativas de viviendas de cesión de uso: experiencias emergentes en España», *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 92, 2018, pp. 61-86. Etxezarreta, A., y Merino, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos* núm. 113– monográfico: *Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social*, 2013, pp. 92-119. Álvarez Olalla, P.; Cámara Águila, P.; Costas Rodal, L., y Moralejo Imbernón, N., «Contratos de cesión temporal de uso y disfrute» en Bercovitz, R., *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Rams Albesa, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987. «Del uso y la habitación» en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pp. 1282 ss. Rovira Sueiro, M., Comentario artículo 523 a 529 en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil,* Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, p. 661-665.

(81) Derecho real de uso y disfrute, conservando forma y sustancia. Resulta de interés que sea transmisible e hipotecable, aunque en el caso cooperativo se exige la condición de socio. Posible, no obligada, inscripción en el Registro de la Propiedad. Su aplicación suscita alguna dificultad al tratarse de un derecho real excesivamente amplio en su contenido y límites –El usufructuario asume los gastos de reparación y conservación ordinarios, y el nudo propietario los gastos extraordinarios; el usufructuario puede realizar obras de mejora…– También podría ser difícil aplicar las normas de deudas, hipoteca, extinción por fallecimiento. Martínez Zurita, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962.

(82) Derecho real personalísimo de uso –no cabe transmisión ni hipoteca– acorde con el supuesto de cesión de uso en cooperativas de viviendas. Posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. En su contra debe decirse que su regulación es escasa, y no concreta mucho las necesidades de los sujetos. Se prevé el abuso como causa específica de extinción. El uso permite la obtención de frutos para el consumo propio –si sobran podría venderlos–. El carácter oneroso desvirtúa las características del derecho de uso, por lo que la aplicación a las cooperativas de cesión de uso necesita una adaptación, ya que los socios sí pagan una cantidad. *Vid.* Doral García de Pazos, J. A., «Derechos de uso y habitación» en Albaladejo, Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 595 ss. Fernández Campos, J. A., «Del uso y la habitación» en Rams Albesa (Dir.), *Comentarios al Código Civil,* Bosch, Barcelona 2004, pp. 869 ss. Fernández Domingo, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994. Flores Rodríguez, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», *RCDI* 693, 2003, pp. 121-143. Hernández Moreno, A., y Villagrasa Alcaide, C., *Comentarios a la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación,* Grupo Difusión, Barcelona 2003. Lerena Cuenca, M.ª E., y Martínez Imizcoz, S., *Usufructo, uso y habitación, tanteo y retracto*, Thomson-Aranzadi, 2007; Lacruz Mantecón, J. L., «Mi casa no es mía: usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda» en Alonso Pérez, M. T. (Dir.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 285-348; Louredo Casado, S., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso como cauce jurídico para los nuevos modelos habitacionales», *Revista Jurídica de economía social y cooperativa* núm. 37, 2020, pp. 167-206.

(83) Derecho real personalísimo de habitación/ocupación –no cabe transmisión ni hipoteca– más acorde con el supuesto de cooperativas de cesión de uso. Inscripción facultativa en el Registro de la Propiedad. También tiene una regulación escasa que no concreta las necesidades del sujeto. Se

superficie[84]–; de obligaciones –arrendamiento[85]–; o bien derechos de uso innominados o atípicos, de contenido indefinido; no hay eficacia directa de la representación, y generalmente no hay división de la masa común, que permanece en propiedad de la Cooperativa o en comunidad. La fórmula de cesión de uso evita la especulación y vincula al usuario a la Cooperativa, que disfruta la vivienda, generalmente de forma vitalicia, a cambio de una cantidad mensual.

Las aportaciones para construcción y promoción ingresan en la masa de gestión económica, y la cooperativa asume la función de representación de la comunidad con relación a la actividad cooperativa, o bien actúa en su propio nombre si es ella quien mantiene la propiedad del conjunto. En los casos de cesión del uso de la vivienda, la comunidad sobre la propiedad de las viviendas permanece tras la adjudicación, o se mantiene en manos de la Cooperativa.

Por su parte, algunas de las Leyes autonómicas, más recientes que la Ley estatal, incorporan opciones novedosas, incluso las incluyen en otras normas complementarias. Pese a todo, muchas cuestiones no tienen regulación específica, ni se ofrece una remisión a normas generales de aplicación de cesión de uso de viviendas, bien a los derechos reales, como el uso, usufructo, uso, habitación, superficie, censos… o de obligaciones como el arrendamiento.

---

prevé el abuso como causa de extinción. La habitación concede la ocupación de piezas de la vivienda necesarias para sí y su familia a favor de personas físicas, y ello es de gran interés por su similitud con el régimen de cooperativas en cesión de uso. El carácter oneroso desvirtúa las características del derecho y necesitaría adaptarse.

(84) Derecho real sobre la superficie a cambio de canon o renta. Su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro de la propiedad generaría problemas, así como su regulación escasa. Es un derecho difícilmente transmisible, es gravable. Permite la compatibilidad con la propiedad horizontal. Alonso Pérez, M. T., «El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie», en Nasarre Aznar, S. (Dir.): *La propiedad compartida y la propiedad temporal. Ley 19/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 539-574. «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción. (Principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)». En T. Alonso Pérez (directora), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, pp. 349-400. Cizur-Menor, España: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Lambea Rueda, A. «Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles» en *RCDI*, noviembre-diciembre 2011; «Modalidades de adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de viviendas: arrendamiento, usufructo, uso y habitación», *Revista jurídica de economía social y cooperativa. 23/2012*, pp. 139-178; «Los derechos de uso y habitación como fórmula de cesión de inmuebles» en Cuena Casas, M., Anguita Villanueva, L. A., Ortega Doménech, J., Rams Albesa, J. J. (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, 2013, pp. 917-934.

(85) Fórmula contractual de intercambio de uso a cambio de renta. Plantea problemas de aplicación al supuesto el difícil equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. También resulta difícil aplicar las normas imperativas de duración del contrato de arrendamiento, ya que la cesión de uso suele ser indefinida y vitalicia, las normas de subrogación legal, de extinción del contrato –muerte, divorcio– y derecho de desistimiento y resolución.

La cesión de uso va adquiriendo cada vez más interés, aunque todavía se muestra como una opción de regulación escasa, contornos difusos y dificultades en su desarrollo práctico. La importancia de su utilización es evidente, ya que esta opción puede resolver cuestiones importantes en materia inmobiliaria: un menor coste de acceso a la vivienda, atender la demanda insatisfecha por dificultades de acceso a la propiedad, incorporar oferta de vivienda pendiente, así como enfocar la rehabilitación del parque de viviendas hacia nuevas opciones de acceso al derecho a la vivienda. Como desventajas evidentes puede alegarse la ausencia de regulación ad hoc o normas de remisión, las lagunas que afectan a la seguridad jurídica y estabilidad, la dificultad de determinar el régimen jurídico aplicable, muchas veces atípico o híbrido, la difícil compatibilidad con otras normas y los problemas de acceso a la financiación. Por otra parte, la cesión de uso de viviendas en régimen cooperativo ofrece cuestiones que requieren reflexión previa a una futura regulación[86]. Por ejemplo, la gestión de situaciones personales, vida y relaciones conjuntas en los diversos espacios –comunes y privados–, el difícil equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad, el ingreso y baja o expulsión, así como la muerte o cese de la convivencia del socio y sus efectos sobre la vivienda y servicios. Es importante compatibilizar los valores del colectivo con los de cada individuo, por ejemplo, con relación a derechos[87] y obligaciones, cargas y gravámenes, gastos, reparaciones y mejoras. También podría reflexionarse acerca de la publicidad del derecho de uso en el Registro de la propiedad; y la distribución del préstamo hipotecario, si hubiera sido solicitado, entre las viviendas. De especial interés es todo lo relativo a la financiación para la constitución de la cooperativa y construcción inmobiliaria, y como afecta a las aportaciones de los socios; así como lo que afecta al suelo. Reiterar, por supuesto, la compatibilidad o incompatibilidad con el régimen de propiedad horizontal, que podría llevar a la prohibición de transformación en propiedad horizontal para evitar la especulación. Y, por último, todo lo que tiene que ver con los diferentes aspectos patrimoniales, y el sinfín de normas civiles, cooperativas, administrativas aplicables.

(86) En particular, lo que afecta a las normas de uso de espacios comunes/espacios privados. La remisión de dichas cuestiones en los Estatutos (acceso, baja, obligaciones económicas y pago mensual de uso), aunque si el régimen es cooperativo deberían aplicarse las normas de la Ley de cooperativas sobre órganos de administración y gestión. Especialmente importante es la compatibilidad del sistema cooperativo con el régimen de propiedad horizontal.

Es importante conjugar los valores y principios del colectivo con los de cada individuo, y decidir sobre los problemas de relación, con especial atención a lo que afecta a los derechos humanos y sus límites.

Y, por supuesto, todo lo que tiene que ver con la diversidad de aspectos patrimoniales. Por un lado, la cesión del uso de un bien: Derecho civil; por otro el régimen de la Cooperativa: Gestión del proyecto y figura jurídica –otras normas–: cooperativas; y también la promoción, construcción –urbanismo– Servicios –consumo–.

(87) Especialmente importante con relación a los derechos humanos, como indica Rodríguez Liévano, M.ª P., 2022.

Las normas cooperativas que han regulado la cesión de uso en particular no resuelven cuestiones como la regulación dual, de vivienda y consumo, su oportunidad e inseguridad jurídica; las dificultades de precisión del objeto social variable; la falta de precisión en cuestiones relacionadas con sujetos y objeto; las dificultades y compatibilidad con la Propiedad Horizontal; cuestiones fiscales y de financiación y, por último, concretar el tipo de gestión inicial y futura.

Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso requieren normas cooperativas, si bien, al afectar también al derecho civil patrimonial y al derecho administrativo, su desarrollo precisa un estudio sosegado y profundo, que mantenga el equilibrio necesario entre la regulación suficiente sin excesos, con apoyo en lo que ya existe, para evitar transitar de la ausencia de norma a la paralización de la actividad por una regulación profusa, compleja y asfixiante.

4. OTROS SUPUESTOS. CONSTRUCCIÓN EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD

La construcción en régimen de comunidad se inició, tímidamente[(88)], como opción de promoción y construcción en grupo, alternativa a otras, individuales o colectivas a través de personas jurídicas. La comunidad requiere la remisión a las normas del régimen de comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, o normas similares en ciertas comunidades autónomas como Cataluña en su Código Civil Catalán.

En inicio, la opción resultaba atractiva dada la facilidad que ofrece su estructura jurídica, la regulación sencilla y clara en el Código Civil, y la base de cooperación para el modelo.

Sin embargo, esta flexibilidad tiene como contraposición la dificultad que ofrece la ausencia de personalidad jurídica, con lo que supone en la actuación con terceros, especialmente importante en temas de suelo y financiación. Esta sencillez puede resultar excesivamente parca en regulación, lo cual puede ser más negativo que positivo.

Por otra parte, no olvidemos que se trata de una fórmula transitoria, que requiere una necesaria extinción y división en propiedad horizontal,

(88) En particular, la STS 2012\6719 de 15 de junio es la única que alude al régimen de construcción en comunidad sobre un solar proindiviso, con adjudicación de uso y disfrute de las viviendas, que finalmente se divide en propiedad horizontal en tres viviendas independientes con elementos comunes.

independientemente de la opinión de los cotitulares[89]. Es evidente la dificultad de mantener la indivisibilidad temporal mientras dura la construcción, necesariamente a través de un pacto, o bien considerar que hay una indivisibilidad funcional que requiere la sustitución de un sujeto por otro si alguno quisiera abandonar la comunidad. Tampoco encontramos un régimen de gestión y administración moderno y funcional en la comunidad de bienes. Quizá por ello su utilidad es más bien escasa.

5. CONCLUSIONES

En España la autopromoción colectiva de viviendas se desarrolla especialmente a través de cooperativas de viviendas; sin menospreciar otros supuestos en comunidad.

Las cooperativas de viviendas cuentan con la protección constitucional del artículo 129.2 de la Carta Magna, además de la regulación de la Ley estatal 27/1999 y las diecisiete normas autonómicas; y se regulan como clase específica en todas ellas; en algunas normas como clase separada, en otras como clase incorporada a las cooperativas de consumo. Debe decirse que su regulación, prolija y dispersa, está plagada de soluciones, pero también de problemas sin resolver, como se ha presentado en este apartado.

Las cooperativas de viviendas utilizan diferentes fórmulas en el acceso al objeto. Han desarrollado mayoritariamente su actividad cooperativizada adjudicando la propiedad de las viviendas a los socios. En los últimos tiempos, la cesión de uso va adquiriendo más interés y relevancia, si bien es una opción de regulación escasa, contornos difusos y dificultades en su desarrollo práctico. Se han presentado las ventajas y dificultades esenciales de ambos modelos.

Por otra parte, la autopromoción en régimen de comunidad sin personalidad jurídica, en inicio atractiva, es una opción escasamente utilizada.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. T., «El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie», en Nasarre Aznar, S. (dir.): *La propiedad compartida y la propiedad temporal. Ley 19/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 539-574.

(89) Admitiendo la conversión en PH como forma de división de diversos supuestos de comunidades sobre inmuebles, pueden citarse las STS 2016\947 de 3 de marzo; STS 2015\4286 de 11 de junio; STS 2011\577 de 24 de noviembre, cita también STS de 28 de mayo de 2009 (Recurso núm. 2401/04).

Alonso Pérez, M. T., «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción. (Principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)». En T. Alonso Pérez (directora), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, pp. 349-400. Cizur-Menor, España: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Alonso Soto, F., *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas.* Madrid 1990.

Álvarez Olalla, P.; Cámara Águila, P.; Costas Rodal, L., y Moralejo Imbernón, N., «Contratos de cesión temporal de uso y disfrute» en Bercovitz, R., *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Bastidas-Delgado, O., ¡*«Generar riqueza no contradice el no lucro de las cooperativas!»* en Gestión solidaria ISSN 1900 7906. Noviembre 2022. Año 197. Colombia.

Broseta Pont, M., y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil,* Tecnos, Madrid, 2022.

Doral García de Pazos, J. A., «Derechos de uso y habitación» en Albaladejo, Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 595 ss.

Etxezarreta Etxarri, A.; Cano Fuentes, y G., Merino, S., «Las cooperativas de viviendas de cesión de uso: experiencias emergentes en España», *Revista de economía pública, social y cooperativa,* núm. 92, 2018, pp. 61-86.

Etxezarreta, A., y Merino, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos* núm. 113– monográfico: Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social, 2013, pp. 92-119.

Fajardo García, G. (coord.), *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal,* Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

Fernández Campos, J. A., «Del uso y la habitación» en Rams Albesa (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Bosch, Barcelona 2004, pp. 869 ss.

Fernández Domingo, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación,* Dykinson, Madrid, 1994.

Flores Rodríguez, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 693, 2003, pp. 121-143.

Hernández Moreno, A., y Villagrasa Alcaide, C., *Comentarios a la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación,* Grupo Difusión, Barcelona 2003.

Lacruz Mantecón, J. L., «Mi casa no es mía: usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda» en Alonso Pérez, M. T. (dir.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 285-348.

Lambea Rueda, A., *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo,* 3.ª ed. Granada: Comares 2012.

Lambea Rueda, A., «Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* noviembre-diciembre 2011.
— «Modalidades de adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de viviendas: arrendamiento, usufructo, uso y habitación», *Revista jurídica de economía social y cooperativa.* 23/2012, pp. 139-178.
— «Los derechos de uso y habitación como fórmula de cesión de inmuebles» en Cuena Casas, M, Anguita Villanueva, LA, Ortega Doménech, J, Rams Albesa, J. J. (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, 2013, pp. 917-934.
— ¿Puede un socio resolver su contrato de adquisición de una vivienda en forma cooperativa cuando el promotor incumple sus obligaciones legales sobre las cantidades anticipadas para la construcción? Comentario a la STS de 12 de julio de 2016, RJ 3562. CIRIEC – España. *Revista jurídica de economía social y cooperativa,* 31, pp. 367-376.
— *Retos del Derecho civil. Derecho a la vivienda.* Dykinson, Madrid, 2022.
— «Cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso en la nueva Ley 2\2023 de Cooperativas de Madrid», *Revista de Derecho Civil,* Vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 231-257.
— «Cooperativas de viviendas: adjudicación en propiedad, cesión de uso y cohousing. La ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid», en *Las cooperativas y otras formas de colaboración empresarial al margen de las sociedades mercantiles,* Marqués Mosquera (coord.). 2024, pp. 285-328.
Lerena Cuenca, M.ª E., y Martínez Imizcoz, S., *Usufructo, uso y habitación, tanteo y retracto,* Thomson-Aranzadi, 2007.
Louredo Casado, S., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso como cauce jurídico para los nuevos modelos habitacionales», *Revista Jurídica de economía social y cooperativa,* núm. 37, 2020, pp. 167-206.
Martínez Zurita, L. F., *Del usufructo, uso y habitación,* Marcial Pons, Barcelona, 1962.
Mateo Blanco J., *El retorno cooperativo.* Zaragoza 2003.
Merino, S., y Extezarreta, A., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *REVESCO* 113, 2014, pp. 92-112.
Milà Rafel, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas,* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
Moreu Carbonell, E. (2018), El deber de destinar la vivienda a uso habitacional, En *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72.
Morillas Jarillo, M.ª J., *Las sociedades cooperativas,* Iustel, Madrid, 2008.
Nasarre Aznar, S., «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales,* 35(1), 2017, pp. 43-69.
— «La política de vivienda y el Derecho Civil», en Muñiz Espada, E., Nasarre Aznar, S., Rivas Nieto, E., Urquizu Cavallé, A. (dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241.

Navarro García, A., *Políticas fiscales para fomentar el acceso a una vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

Otxoa-Errarte Goikoetxea, R., «La cooperativa de vivienda de cesión de uso. Reforma legislativa y políticas públicas en Euskadi», *Revista jurídica de economía social y cooperativa,* núm. 32, 2018, pp. 67-110.

Peinado Gracia, J. I., «Sociedades cooperativas y otros tipos mutualistas. Agrupaciones de interés económico» en Alonso Ledesma, C. (dir.), Fernández Torres, I. (coord.), *Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 495-522.

Rams Albesa, J., *Uso, habitación y vivienda familiar,* Tecnos, Madrid, 1987.

— «Del uso y la habitación» en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pp. 1282 ss.

Rodríguez Liévano, M.ª P., *Los derechos humanos en la vivienda colaborativa,* Tesis Doctoral, 2022.

Rovira Sueiro, M., Comentario artículo 523 a 529 en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil,* Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 661-665.

Simón Moreno, H., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España», *REVESCO* núm. 134, 2020, pp. 1-17.

Turmo, R., «Andel: el model escandinau d´accés a l´habitatge», *Finestra oberta,* 39, febrero 2004, pp. 14 ss.

VI

FORMAS DE TENENCIA DE LA VIVIENDA HABITUAL

A.1 Propiedad individual*

Amelia Sánchez Gómez
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
amesanch@ucm.es

Resumen: *El derecho de propiedad ha evolucionado desde un modelo clásico basado en el Código Civil, que otorgaba al propietario un dominio absoluto y exclusivo sobre sus bienes (art. 348), hacia uno más moderno en el que la propiedad se entiende sujeta a una función social. En dicho contexto, este derecho que presenta cierta especificidad cuando recae sobre la vivienda habitual, ha sido objeto de crecientes limitaciones. A nivel autonómico, varias Comunidades Autónomas han introducido restricciones para garantizar el acceso a la vivienda y proteger a los inquilinos en situaciones vulnerables, afectando a las facultades dominicales tradicionales del propietario. La reciente Ley por el Derecho a la Vivienda consolida este proceso, introduciendo medidas como la suspensión de desahucios o la regulación de alquileres en áreas tensionadas, lo que refuerza la idea de que la propiedad ya no es un derecho absoluto. De resultas, el legislador estatal amparado en la función social de la propiedad y en el*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100).

derecho a una vivienda digna y adecuada, ha optado por debilitar el derecho de propiedad privada en respuesta a aquella necesidad de tener un lugar donde residir llegando a límites que se cuestionan críticamente en este trabajo.

Palabras clave: *Derecho de propiedad, evolución, función social, limitaciones, facultades dominicales, vivienda habitual, Ley por el Derecho a la Vivienda.*

Abstract: *The right to property has evolved from a classic model based on the Civil Code, which granted the owner absolute and exclusive dominion over his property (art. 348), to a more modern one in which property is understood to be subject to a social function. In this context, this right, which has a certain specificity when it falls on the main residence, has been subject to increasing limitations. At the regional level, several Autonomous Communities have introduced restrictions to guarantee access to housing and protect tenants in vulnerable situations, affecting the traditional proprietary powers of the owner. The recent Law on the Right to Housing consolidates this process, introducing measures such as the suspension of evictions or the regulation of rents in stressed areas, which reinforces the idea that property is no longer an absolute right, but that the state legislator protected by the social function of property and the right to decent and adequate housing, has chosen to weaken the right to private property in response to the need to have a place to reside, reaching limits that are critically questioned in this work.*

Keywords: *Right to property, evolution, social function, limitations, proprietary powers, habitual residence, Law for the Right to Housing.*

Sumario: 1. Precisiones previas. 2. Evolución del concepto de propiedad en nuestro Derecho. 2.1 El modelo clásico o privado de la propiedad en el Código Civil. 2.1.1 Notas caracterizadoras. 2.2 El modelo público de propiedad como nuevo paradigma: la función social de la propiedad. 3. Diferentes estatutos de la propiedad inmueble. 3.1 Precisiones previas. 3.2 La especificidad de la vivienda como objeto del derecho de propiedad. 4. Limitaciones a las facultades dominicales del propietario. Algunos ejemplos. 4.1 La intensificación de la función social de la vivienda en perjuicio de las facultades dominicales del propietario de la vivienda en el ámbito autonómico. 4.2 Consolidación estatal de la limitación a las facultades dominicales sobre la vivienda. 4.2.1 La suspensión de lanzamientos: afectación significativa del derecho de propiedad. 4.2.2 El régimen del derecho de propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda. 5. Algunas reflexiones. Bibliografía.

1. PRECISIONES PREVIAS

La propiedad individual se ha configurado en nuestro sistema jurídico como una forma tradicional de tenencia junto al alquiler para dar respuesta a las necesidades de vivienda[1]. Conscientes de la preferencia que ha tenido la adquisición de la vivienda en propiedad frente al alquiler, una y otra han evidenciado su insuficiencia para dar respuesta óptima a su acceso en nuestra sociedad. De ahí la necesidad de avanzar hacia fórmulas jurídicas diferentes, mediante las denominadas tenencias intermedias en el acceso a la vivienda[2], lo que es objeto de análisis en otro lugar de este Tratado. Como punto de partida, es menester en este lugar hacer una referencia a la propiedad individual de la vivienda habitual en la que se percibe una significativa evolución y ciertas especialidades merecedoras de una reflexión.

2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN NUESTRO DERECHO

2.1 **El modelo clásico o privado de la propiedad en el Código Civil**

En la regulación de la propiedad en nuestro ámbito como derecho real por excelencia, no natural ni consustancial a la persona[3], contribuyó de manera decisiva la Revolución Francesa de 1789, lo que hizo que aquélla se considerara sagrada, absoluta, individual y perpetua, como reflejo del sistema liberal que sustituye al feudal anterior, y que recogió el Código Civil de Napoleón de 1804 en su artículo 544[4]. Este precepto se ha considerado precedente histórico de nuestro artículo 348 CC a cuyo tenor, en su redacción actual[5] «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». El legislador consagra ahí un modelo clásico o privado de la propiedad, aunque con un tono más templado que su precedente francés acorde con el liberalismo más moderado que imperaba en nuestro país[6].

(1) *Vid.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, p. 3065.
(2) *Idem* nota anterior.
(3) *Cfr.* La Moneda Díaz, F., *RCDI*, p. 1481.
(4) Define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos.
(5) En su redacción, dada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y La Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.
(6) *Vid.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 863. Porque, como afirma el autor, el Código Civil español no es un fruto de la revolución, sino una exigencia de la consolidación de una situación que ya se ha alcanzado y que se pretende conservar. En el mismo sentido, Montés Penadés, V. L., 1980, p. 37.

La propiedad, paradigma de todos los derechos reales, se ha definido en su concepción tradicional como el más amplio derecho real, manifestación de la soberanía individual[7], reconociendo dentro de él un amplio haz de facultades como expresión de la totalidad de su disfrute y ejercicio pacíficos, que el legislador no enumera exhaustivamente por ser todas las posibles, en consonancia con el «concepto exquisitamente jurídico de la propiedad»[8] que incorpora. De ahí que ese conjunto de poderes omnímodos permitiera al titular en esa concepción tradicional, incluso la destrucción de la cosa, como una manifestación del *ius abutendi.*

Las facultades integrantes del derecho de propiedad para nutrir o alimentar los intereses legítimos de su titular[9] son las de «gozar y disponer» de misma, esto es, la de uso, disfrute o goce (directo o indirecto mediante, por ejemplo, el arrendamiento para la obtención de rentas) y la facultad de disposición[10], aspecto fundamental, puesto que permite la realización del valor económico a cambio de la transmisión de la titularidad del derecho[11]. Además, comprende la facultad de reivindicar como tutela de dichos poderes[12], amén de algunas otras facultades que aparecen a lo largo del Código Civil[13] o que, aunque no aparezcan referidas en el mismo precepto deben ser reconocidas, como el poder o facultad de exclusión. A mayor precisión, del derecho a una vivienda adecuada debe contemplarse el poder proveer al titular de un título de propiedad, inscrito en el Registro de la Propiedad[14].

El artículo 348 tiene un complemento indispensable en el primer párrafo del artículo 349 CC a cuyo tenor «Nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización».

---

(7) *Vid.*, recientemente, por todos, Messía de la Cerda, J. A., *RCDI*, p. 3441.

(8) *Cfr.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 870.

(9) *Vid.* Montés Penadés, V. L., 1980, pp. 62-64.

(10) En su redacción, dada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales».

(11) *Vid.* Bercovitz Álvarez, G., 2009, p. 497.

(12) Artículo 348.2.º CC: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del Animal para reivindicarla».

(13) El derecho por accesión de todo lo que se produce, se une o incorpora, natural o artificialmente, a los bienes y, en particular, el derecho de adquisición de los frutos (arts. 353 y 358 CC). De ahí el *ius fruendi*. *Vid.* Díez Picazo, L., 2012, p. 38.

La extensión vertical de la propiedad (art. 350 CC que debe ser completado por el artículo 12.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLS de 2015). Ahí se deja en manos de cada municipio, la decisión sobre este aspecto, afirmando que las facultades integrantes del derecho de propiedad del suelo, alcanzarán al vuelo y al subsuelo, *solo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística*, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público; el derecho por accesión de todo lo que se produce, se une o incorpora, natural o artificialmente, a los bienes y, en particular, el derecho de adquisición de los frutos (art. 353 CC).

(14) *Vid.* Gómez Gálligo, F. J., *RCDI*, p. 17.

Del concepto de propiedad del precepto que nos ocupa se han hecho dos críticas: 1) su definición se reduce a la idea errónea del dominio como suma de facultades diferentes, y 2) parece establecer una idea antisocial de poder absoluto sobre la cosa[15]. Respecto a la primera crítica, no se puede definir la propiedad como una suma de facultades diferentes que se enumeran: derecho de gozar, derecho de enajenar, derecho a percibir sus rentas o frutos, derecho a reclamar la cosa, etc. Sería ocioso enunciarlas todas para hacernos una verdadera idea de lo que es; y, en segundo lugar, porque algunas de las que se mencionan no son propias y exclusivas del dominio, sino que caracterizan otros derechos reales como ocurre con el goce, que es típico también del usufructo o del arrendamiento.

2.1.1 *Notas caracterizadoras*

El carácter unitario o predominantemente unitario del derecho de propiedad refiere que sea siempre uno e idéntico al margen de las características del objeto sobre el que recae[16].

En relación con la «generalidad»[17] señala Goñi Rodríguez de Almeida[18], «la propiedad, comprende todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa, no prohibidas por la ley, las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definirlas o caracterizarlas. No es una enumeración completa de todas, porque varían según la época y objeto. Y precisamente esto diferencia la propiedad de otros derechos reales, en los que sí se pueden enumerar sus facultades. Como consecuencia de su carácter general, continúa la autora, el dominio se presume libre de cargas y gravámenes y, por tanto, hay que probar siempre la existencia de un derecho real que pueda gravarlo o limitarlo. Es el derecho real por excelencia, el paradigma del derecho sobre las cosas»[19].

Respecto a la «abstracción», «el derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltar, mientras que los derechos reales limitados son precisamente la puesta en valor de una facultad aislada, y no se conciben sin ellas. La abstracción significa entonces que se trata de un derecho separable de sus facultades y con

(15) *Vid.* Lacruz Berdejo, J. L., 2008. p. 237; y, más recientemente, Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2022, p. 2313.

(16) *Cfr.* Bercovitz Álvarez, G., 2009, p. 496.

(17) De la que se hace eco la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 331-1.2), a propósito del cual: «El propietario conserva las facultades que no se han atribuido a terceros, por ley o por título».

(18) *RCDI,* 2022, pp. 2313-2314.

(19) *Idem* nota anterior.

existencia independiente y diferente de ellas. Pero no es una entelequia, sino que el dominio necesita siempre un mínimo de contenido sustancial; por ejemplo, no se pueden enajenar la facultad de goce a perpetuidad, y solo es posible detraer una facultad del dominio a favor de otro cuando se permita por el ordenamiento. A pesar de esa abstracción, siempre queda un reducto con existencia propia, en el que se reconoce el dominio»[20] (STS de 2 octubre 1975)[21].

Además, por lo que atañe a la «elasticidad», es una cualidad del dominio en virtud de la cual, bien por orden de la ley (restricciones impuestas por ésta), bien por voluntad de los particulares (existencia de derechos a favor de terceros), los titulares pueden, en determinados casos, quedar privados de alguna de las facultades que de ordinario lo componen (por ejemplo, usufructo) (STS de 27 junio 1991)[22]. Entonces, el derecho subjetivo puede estar contraído y privado de aquéllas, pero cuando cesan esos derechos y facultades de los terceros, recupera su normal amplitud[23]. Cualquier poder que quede *nullius* o cuyo derecho real se extinga, se reincorpora forzosamente a la propiedad por su *vis atractiva*[24].

La «perpetuidad» del derecho se refiere a que la propiedad dura mientras exista el objeto (no depende de la vida del titular o de otras personas), transmitiéndose *mortis causa* e incluso atribuyendo un derecho sobre los despojos o vestigios de la cosa destruida (STS de 20 mayo 1993)[25].

Por último, la «exclusividad» significa que permite excluir del goce a los demás, incluso aunque su uso sea inocuo[26]. De ahí que conlleva la posibilidad de eliminar a cualquiera de la misma relación con la cosa, pues no puede haber dos propietarios a la vez sobre su totalidad.

2.2 **El modelo público de propiedad como nuevo paradigma: la función social de la propiedad**

Junto al modelo clásico o privado de la propiedad de nuestro legislador decimonónico plasmado en el artículo 348 CC, con la crisis del individualismo del siglo XX y el auge del Estado Social y Democrático

(20) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2022, p. 2314.
(21) (RJ 1975, 3410).
(22) (RJ 1991, 9821).
(23) *Vid.* Díez-Picazo, L., 2012, p. 35; o López Fernández, L. M., 2024, p. 163.
(24) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2022, p. 2314.
(25) (RJ 1993, 3807).
(26) *Cfr.* Bercovitz Álvarez, G., 2009, p. 496.

de Derecho, este derecho adquiere una nueva significación, es decir, el concepto liberal y absoluto de la propiedad se puede considerar en la actualidad obsoleto. En efecto, «la supremacía de lo colectivo sobre lo individual propició el fomento de la vertiente social de este derecho y la necesidad de incluir tales ideas en los textos constitucionales» (27). Por ello, la consideración actual del derecho de propiedad objeto de reconocimiento constitucional en el artículo 33.1 CE (28), viene matizado por la función social que debe cumplir y que limitará su contenido de acuerdo con las leyes como refiere el apartado segundo del mencionado precepto. De resultas, a aquel modelo se contrapone más modernamente un modelo público, que toma como paradigma la propiedad urbana y que parece prevalecer en cada vez más ámbitos (29), donde se pone de manifiesto la subordinación del derecho de la propiedad al interés público (30). Por supuesto, este modelo ha alcanzado a la propiedad de la vivienda. La Constitución Española «entierra, el concepto liberal de propiedad, heredero de la revolución francesa y abre las puertas a la intervención del derecho público en la propiedad privada» (31).

Como refiere la STC 37/1987 de 26 de marzo (32), «la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 CC». En la actualidad la propiedad no es un derecho absoluto, ni ilimitado, sino de contornos precisos en beneficio de la comunidad (33), de suerte que esa función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, sin tratarse de un límite

(27) *Cfr.* Messía de la Cerda, J. A., *RCDI*, p. 3442.

(28) No es derecho fundamental, pese a que así lo haya declarado la STC 204/2004, de 18 de noviembre (RTC 2004/204). Más exactamente, el reconocimiento del derecho de propiedad en el capítulo segundo del Título I de la CE implica, de acuerdo con el 53.1 del mismo cuerpo legal, que vincula a todos los poderes públicos, pudiendo ser alegado directamente ante los tribunales, en el caso de que sea lesionado por esos mismos poderes públicos o por los particulares, pero no goza de la protección dispensada por el apartado segundo del mismo precepto, reservada a los derechos fundamentales. Solo cabe su regulación mediante ley ordinaria, no orgánica (reserva de ley) y respetando en todo caso el contenido esencial 53.1. Se discute si cabe dictar disposiciones legislativas en forma de Decreto-leyes, en la medida que no pueden afectar» a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I». Y es derecho tutelable mediante el recurso de inconstitucionalidad [(art. 161.1.a)] CE, no mediante recurso de amparo (Auto TC 82/1980, de 5 de noviembre (RTC 1980/82). Es posible plantear cuestión de constitucionalidad ante su posible vulneración por una disposición legal (art. 163 CE). *Vid*. Verdera Server, R., *RCDI*, pp. 883-884.

(29) *Vid*. Verdera Server, R., *ADC*, p. 866.

(30) *Idem* nota anterior.

(31) *Cfr.* Simón Moreno, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 146.

(32) (RTC 1987, 37).

(33) *Vid.* Gómez Gálligo, F. J, *RCDI*, p. 20.

externo al concepto de propiedad, sino una parte integrante del contenido esencial del derecho[34]. La reciente doctrina constitucional al respecto advierte que la función social es parte integrante del contenido esencial del derecho. Por ello, «la función social de la propiedad de la vivienda debe razonablemente integrarse, por ejemplo, por el deber de uso habitacional en cuanto destino normalizado para hacer efectivo el artículo 47 CE», en palabras del mismo Tribunal Constitucional[35].

La función social de la propiedad por cuya virtud el interés de la colectividad se incorpora en el concepto mismo del derecho, se predica además de éste, de los bienes objeto de propiedad. Buena muestra de ello es cuando este derecho recae sobre la vivienda habitual como punto final en esta evolución, lo que comporta que en la actualidad la doctrina, disposiciones legales y un buen número de sentencias se refieran a la función social de los correspondientes bienes[36].

3. DIFERENTES ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

3.1 **Precisiones previas**

La función social de la propiedad justifica que el concepto unitario de este derecho vinculado a la etapa histórica de la codificación se tienda a sustituir por uno estatutario, según el cual la propiedad sobre cada conjunto de bienes está sometido a un estatuto jurídico distinto[37] derivado de las diversas funciones sociales que esos bienes están llamados a satisfacer[38]. Este movimiento conduce a una fragmentación normativa en la que se advierte el carácter residual del instituto de la propiedad, pues solo se aplicará cuando no exista un régimen estatutario preferente[39]. Esta manera de proceder pone de manifiesto la libertad del legislador en la configuración de dichos estatutos dominicales y con ello esa prevalencia absoluta de una supuesta función social vinculada con cierto destino o uso, lo que conduce a la disolución del concepto unitario de propiedad reducido a un mero *nomen*[40].

(34) (RTC 1987, 37). Recientemente, *vid.* por todas, STC 32/2018 de 12 abril (RTC 2018, 32).
(35) STC 32/2018 de 12 abril (RTC 2018, 32). Fundamento Jurídico 6.
(36) Domenech, G., *Almacén de Derecho*.
(37) STC 152/2003, de 17 julio (RTC 2003, 152). Fundamento Jurídico 7.
(38) *Vid.* López Fernández, L. M., 2024, pp. 164 y 169; o Verdera Server, R., *ADC*, p. 868.
(39) *Vid*. por todos, Verdera Server, R., *ADC*, p. 868.
(40) *Cfr.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 870, nota núm. 49.

3.2 La especificidad de la vivienda como objeto del derecho de propiedad

Este estatuto especialmente diversificado se hace patente en materia de vivienda si observamos la normativa automática de los últimos años en este ámbito y, a nivel estatal, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (desde ahora LDV)l[41]. En una y otra es hilo conductor que la función social de la propiedad cuando de vivienda se trata, se debe poner al servicio de los intereses generales, pues si bien todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional a la vivienda, como no siempre es materialmente posible hacerlo efectivo por la escasez de viviendas, se considera normal y se justifica, incluso por el Tribunal Constitucional, una restricción de los derechos o facultades de los propietarios que sí tienen vivienda, en beneficio de los demás[42].

Además, cuando el derecho de la propiedad recae sobre la vivienda, tal estatuto propio viene determinado en gran medida por la especificidad del objeto, de suerte que varias de las facultades propiamente dominicales se reducen, cuando no desaparecen al menos temporalmente de su esfera[43]. Téngase en cuenta que estamos ante una cuestión harto compleja en esa relación entre vivienda y derecho de propiedad, puesto que la primera aparece como derecho humano que no reviste la condición de fundamental, sino de principio rector de contenido económico y social (art. 47 CE). Aparte de dicha consideración, es un bien comerciable y no se trata de cualquier inmueble, sino de uno especial, pues al tener la consideración de habitacional da un salto cualitativo, pasando de ser derecho real efectivo del propietario a un objetivo del poder público[44]. Es verdad que la peculiar condición de la vivienda permite advertir que en ella confluye, no solamente esa visión empresarial o individualizada que la considera un capital, sino también el componente humano y social[45]. En la vivienda converge el elemento convivencial o residencial y el soporte físico o construcción que hace suyo la LDV[46]. Este concepto

(41) Téngase en cuenta que, además de la LDV, la legislación estatal al respecto se ha ido configurando como resultado de la intersección de diversas normativas como la del suelo, planeamiento urbanístico, arrendamientos urbanos, propiedad horizontal, normas hipotecarias, fiscales, defensa de consumidores, además de la propia regulación general civil y mercantil. *Vid.* Anguita Ríos, R. M., *AC,* p. 4, donde advierte que esta regulación por convergencia y encaje de diversas leyes y reglamentos estatales no es la más adecuada para dotar de cobertura jurídica al mandato constitucional.

(42) *Vid.* Gómez Gálligo, F. J., *RCDI*, p. 22.

(43) A pesar de la existencia de ventajas como los incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda.

(44) *Cfr.* Anguita Ríos, R. M., *AC*, p. 5.

(45) *Cfr.* Anguita Ríos, R. M., *AC*, p. 7.

(46) Artículo 3.1.a): «vivienda: edificio […] con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente […]».

genérico puede ir acompañado, en su caso, de otros calificativos, lo que influirá también en la legislación aplicable. Así, tratándose de vivienda familiar, han de tenerse en cuenta las limitaciones a la facultad de disponer del artículo 1320 CC en situación de normalidad matrimonial por la especial naturaleza de la vivienda familiar[47], o el artículo 96 del mismo cuerpo legal que establece la limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, en los que el derecho de uso se ha atribuido por convenio entre los excónyuges o, en su defecto, por resolución judicial, al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos[48].

Respecto a la LDV, en caso de vivienda habitual, por ejemplo, además de exigirse un uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda, se merma la condición y el derecho de los propietarios (especialmente si son grandes tenedores), entre otros supuestos, porque preocupado el legislador en reconocer el derecho al uso de una vivienda a quien carece de ella, no da una respuesta eficaz al problema de la ocupación de inmuebles ya sea de manera ilegal o por incumplimiento del inquilino en un contrato de arrendamiento. En el caso de haber celebrado el propietario un contrato de arrendamiento en uso de su facultad de goce (utilización indirecta, obtención de renta), también ve limitado su derecho de propiedad de acuerdo con las modificaciones introducidas en la LAU por la nueva LDV[49] (nuevas prórrogas o limitación de rentas, entre otras cuestiones). En la medida en que ello va a ser objeto de atención en el presente Tratado de forma pormenorizada, vamos a hacer una referencia general a la normativa autonómica que ha utilizado el recurso a la función social para limitar las facultades dominicales en este ámbito y, en segundo lugar, a la consolidación a nivel estatal de dichas limitaciones.

4. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DOMINICALES DEL PROPIETARIO. ALGUNOS EJEMPLOS

Conviene hacer una somera referencia a las limitaciones que, desde diversos ámbitos, autonómico y estatal, se han impuesto a las facultades dominicales en la actualidad y que conforman un ejemplo del vaciamiento del contenido del derecho de propiedad que configuró nuestro legislador decimonónico en el artículo 348 CC. Es verdad que la propiedad en

(47) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.

(48) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.

(49) Disposición final primera (Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda).

su vertiente individual como derecho subjetivo sigue conviviendo de manera paralela con su vertiente colectiva (función social) que es la que predomina. Pero no puede olvidarse que el derecho de propiedad conforma un derecho real pleno, sobre el que se asienta todo el derecho privado patrimonial(50). Por ello, ante la duda de qué queda de dicho precepto cuando recae sobre la vivienda, acaso sería bueno una relectura más precisa en el sentido de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa (vivienda, en nuestro caso) con todas las limitaciones que establecen las leyes(51).

4.1 La intensificación de la función social de la vivienda en perjuicio de las facultades dominicales del propietario de la vivienda en el ámbito autonómico

Desde la crisis financiera internacional de 2008, ha sido frecuente la adopción por parte de los legisladores autonómicos de diversas normativas(52) que, procurando dar respuesta de forma más coyuntural que estructural a las necesidades sociales de vivienda, se han amparado en la función social de la propiedad y en el derecho a una vivienda digna y adecuada, para debilitar el derecho de propiedad privada en respuesta a aquella necesidad de tener un lugar donde residir. Esta normativa se ha pretendido presentar como una regulación mediante disposiciones administrativas propias de las políticas públicas de vivienda y de urbanismo que competían a las CCAA y que dejaba indemne el derecho de propiedad en su vertiente civil. Sin embargo, realmente «sacrifican en exceso el derecho de propiedad»(53) o, dicho en otros términos, «erosionan paulatinamente el derecho de propiedad sobre una vivienda alejado de los estándares del Código Civil español(54)», confundiendo la función social de la vivienda con la función social de la propiedad(55). Por ello, no es de extrañar que se atrevan a regular el incumplimiento de dicha función social cuando la vivienda se encuentra desocupada con medidas como sanciones, expropiaciones, o impuestos a personas propietarias de viviendas vacías. Y resulta criticable que, en su gran mayoría dicha normativa autonómica haya sido bendecida

(50) *Cfr.* De Pablo Contreras, P., 2020, p. 129. De manera especial, *vid.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 864.

(51) *Cfr.* La Moneda Díaz, F., *RCDI*, p. 1488.

(52) *Vid.* la enumeración de dicha normativa en Meco Tébar, F., 2023, pp. 433-448; o Simón Moreno, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 153.

(53) *Vid.*, por todos, Messía de la Cerda, J. A., *RCDI*, p. 3423.

(54) *Cfr.* Simón Moreno, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 143.

(55) Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana.

por el Tribunal Constitucional, como resulta de las SSTC 16/2018 de 22 de febrero[56], y 32/2018 de 12 abril[57], lo que conforma una «revolución silenciosa» para modificar la doctrina constitucional sobre los límites de la propiedad privada[58]. Parece que no es discutible entonces, a la vista de buena parte de dicha normativa, que es deber que recae sobre los propietarios de viviendas, el destinarlas efectivamente al uso residencial, desdibujando la facultad del propietario de decidir habitar o no una vivienda «ex» artículo 348 CC. Dicho deber es más exactamente un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, por lo que no afecta al contenido esencial del derecho de propiedad privada[59]. Sirva de ejemplo, además de lo apuntado, la vivienda vacía definida por las diversas leyes autonómicas para la cual se han previsto diversas consecuencias jurídicas, por ejemplo, la previsión de su conversión en otras destinadas a las políticas públicas de fomento; o expropiación, aunque sea temporal, lo que tiene incidencia intensa en los derechos de uso y disfrute del propietario y en la utilidad económica derivada de ello[60].

4.2 **Consolidación estatal de la limitación a las facultades dominicales sobre la vivienda**

4.2.1 *La suspensión de lanzamientos: afectación significativa del derecho de propiedad*

El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, contiene unas previsiones[61] relativas a la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual, habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal. La STC 9/2023 de 22 de febrero[62] desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición final primera del referido Real Decreto-ley por entender que no se trata de

(56) (RTC 2018, 16) sobre la Ley foral de la vivienda.

(57) (RTC 2018, 32) sobre la Ley andaluza de la función social de la vivienda.

(58) *Vid.* Rodríguez de Santiago, J. M., *Almacén de Derecho*.

(59) Esta posición se ha mantenido en otras posteriores como las SSTC núm. 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43) en relación con la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de vivienda de Canarias); la núm. 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80) sobre la Ley valenciana 2/2017, o la núm. 106/2018, de 4 de octubre, (RTC 2018, 106), sobre la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de Emergencia Social de la Vivienda de Extremadura.

(60) *Vid.* Simón Moreno, H., *Derecho Privado y Constitución*, pp. 160-168.

(61) Disposición final primera que modifica el artículo 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

(62) (RTC 2023/9).

una regulación directa y general del derecho de propiedad sobre la vivienda, ni afecta a su contenido esencial, sino que se trata de una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación, subjetivo, objetivo y temporal que responde a una finalidad de interés social, a saber, la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, como consecuencia de la crisis generada por el COVID-19. A su entender, que no el nuestro, ello incide mínimamente de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición[63].

Por su parte, suscribimos el Voto Particular[64] a dicha sentencia por cuanto la medida cuya constitucionalidad se discute, supone para el propietario de una vivienda que se encuentra en la situación descrita en la norma, la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre la vivienda, siendo el poder de disposición, facultad inherente al derecho de propiedad. Esta medida implica una intensa afectación del derecho de propiedad, claramente gravosa, establecida por razones de interés público. Además, dicha privación temporal de ese poder de disposición, por cierto, se ha ido prolongando en el tiempo, como consecuencia de las sucesivas prórrogas de la medida que se han ido aprobando: la última, por el momento, hasta el 31 de diciembre de 2024[65]. Es claro que se produce en estos supuestos una afectación significativa en su derecho de propiedad, al verse privados los propietarios temporalmente de la disponibilidad del bien y de su posible utilidad económica, sin que por su parte cesen sus obligaciones fiscales al respecto. Todavía más, la compensación económica que se prevé para estos supuestos no conforma una medida que venga a paliar los inconvenientes de afectación relevante del derecho de propiedad por no ser realmente efectiva o automática.

4.2.2 *El régimen del derecho de propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda*

El último paso de esta evolución lo conforma LDV en la que la función social de la propiedad se hace patente con más fuerza si cabe que en otros ámbitos como refiere su Exposición de Motivos, donde se reconoce además la relevancia social de la vivienda. Vaya por delante, sin embargo, que en ese lugar el legislador mezcla alegremente y con poco rigor referencias a la función social de la propiedad, a la función social de la vivienda y a la

(63) Fundamento Jurídico 4.

(64) Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, acogido por la Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

(65) Reunión adoptada en Consejo de ministros a fecha 27 diciembre de 2023.

función social de la propiedad de la vivienda, cuando es evidente que se trata de cuestiones de diverso alcance y trascendencia[66].

a) Función social de la vivienda. En un intento de aproximación, su artículo 1.2 declara que el «contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda, en relación con su función social, incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos, la función de asegurar su adecuado cumplimiento a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan».

b) Limitaciones sobre el titular cuando es un «gran tenedor». La LDV ha introducido un sustancial cambio en el estatuto jurídico de los bienes más allá del objeto sobre el que recae. No son solo las especiales características de cada bien y el uso que se le atribuye los elementos que justifican un especial régimen jurídico, como se ha puesto de manifiesto las líneas precedentes. Resulta criticable que la ley que nos ocupa introduzca un régimen distinto y más restrictivo en cuanto al contenido de la propiedad privada, en atención a los sujetos de la vivienda, esto es, cuando el titular reúne los requisitos para ser calificado como «gran tenedor»(art. 3.k) que, nos atrevemos a decir, que se ha convertido en un propietario de segunda categoría.

Como ha advertido la doctrina con buen criterio[67], no se puede justificar a la luz del artículo 33.2.º CE que la función social que delimita el contenido del derecho a la propiedad privada se conecte ahora con quien sea su titular. Una cosa es que se pueda establecer un régimen jurídico delimitado por la condición de gran tenedor o cualquier otra, por ejemplo, en el ámbito contractual o tributario, pero no que «ese régimen particularizado se construya modificando el estatuto de la propiedad, porque no hay una propiedad destinada a vivienda que sea diferente de la propiedad de los grandes tenedores destinada a la vivienda»[68]. Por ejemplo, los inconvenientes que van a tener para recuperar la vivienda en caso de incumplimiento del arrendatario por las exigencias que se imponen a dichos titulares.

c) Régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda. En el capítulo II el legislador distingue facultades (art. 10) de los deberes y cargas (art. 11), con una remisión, en ambos casos, a las previsiones de la legislación sobre el suelo, aunque resulta curioso que algunas de ellas

(66) *Cfr.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 901.
(67) *Vid.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 912.
(68) *Idem* nota anterior.

gozan de la doble condición al aparecer enunciadas en los dos preceptos. Respecto a las facultades previstas, se refiere a las de uso y disposición, aunque conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación; la de consulta sobre la situación urbanística, lo que comprende la titularidad y cargas del inmueble y el acceso al Libro Edificio que se deposita en el Registro de la Propiedad[69]; y de realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible.

En relación con los deberes y cargas, después de advertir que el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social, enuncia como deber, también facultad, el de uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda, lo que parece ser un deber nuevo al imponerse una suerte de utilización directa a todo propietario. Esto significa que, desde ahora, todo lo que el propietario quiera hacer con su vivienda está condicionado a que cumpla con la función social de la propiedad de esta y, en especial, que esté relacionado con su uso y disfrute propio y efectivo. Esta previsión se traducirá, como apunta acertadamente Nasarre Aznar[70], en que «será el gobernante, en cada caso, quien irá determinando ese uso y disfrute propio y efectivo». Parece, en consecuencia, que el legislador no permite que se adquiera una vivienda para no hacer un uso efectivo de la misma porque es obligatorio disfrutar de ella. Como refiere el mismo autor[71] con atino, actos como dar en herencia nuestra vivienda a un hijo que tiene una donde está residiendo, o vender o alquilar a una persona jurídica, o incluso montar en un piso una consulta médica no podrían llevarse a cabo, puesto que ninguno de estos actos dominicales implica ese «uso y disfrute propio y efectivo» de la vivienda[72].

Además del uso y disfrute propios y efectivos, contempla el mismo artículo 11, las obligaciones de mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda; de evitación de la sobreocupación o del arrendamiento para usos y actividades que no cumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos; o de cumplimiento de las obligaciones de formación en las operaciones de venta o arrendamiento; o, en fin, la de cumplimiento de las obligaciones de colaboración con la

(69) *Vid.* Gómez Gálligo, F. J., *RCDI*, p. 27.
(70) *Cfr.* Nasarre Aznar, S., *Hay Derecho*.
(71) *Idem* nota anterior.
(72) *Cfr.* Nasarre Aznar, S., *Hay Derecho*.

administración competente y suministro de información cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Este estatuto propio de la vivienda configurado en la LDV nos presenta «una propiedad privada de la vivienda antes, regida por el Código Civil, en una especie de tenencia tutelada por el Estado, en una propiedad estatutaria como las aguas, el suelo urbano o las minas»[73].

También contribuyen a la delimitación de las facultades dominicales, las medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de viviendas de su disposición final primera que, más allá de dicho enunciado contiene la modificación de los artículos 10 y 17 de la LAU en materia de duración del contrato de arrendamiento y de fijación de rentas, respectivamente, objeto de atención pormenorizada en este Tratado.

d) Modificaciones de las normas procesales destinadas a conseguir el lanzamiento de los arrendatarios y ocupantes. Por último, hay que tener en cuenta que los requisitos y exigencias que se imponen al propietario, especialmente si es gran tenedor, con la nueva redacción, entre otros, de los artículos 439[74], 441.5[75] o 655 bis[76] LEC, «son de tal entidad que abocarán a un retraso injustificado en la recuperación de la posesión» de los inmuebles, lo que a la postre afecta a la utilidad individual de los propietarios respecto de esos bienes[77] que, eso sí, seguirán obligados a soportar las cargas fiscales (IBI, gastos derivados de la LPH, entre otros). De ahí que no sea de extrañar que un propietario que invirtió en inmuebles para obtener un rendimiento mediante su arrendamiento opte por venderlos ante la desprotección en la que se encuentra.

5. ALGUNAS REFLEXIONES

A la vista de lo expuesto hasta aquí, habrá que reflexionar sobre si ese modelo público de propiedad que incorpora la función social como concepto jurídico indeterminado en la normativa autonómica y en la LDV, justifica en todo caso la imposición de limitaciones legales a los propietarios en materia de vivienda que puedan llegar a vaciar el contenido esencial de su derecho de propiedad.

---

(73) *Cfr.* Nasarre Aznar, S., *Hay Derecho*.

(74) La reforma para admisión de demandas de desahucio presentadas por grandes tenedores (Disposición final quinta. Dos). *Vid.* Magro Servet, V., *Diario La Ley*, p. 10.

(75) Apartado 5.º, en materia de demanda de grandes tenedores.

(76) O el nuevo artículo 665 bis LEC en el caso de subastas de bienes inmuebles para grandes tenedores.

(77) *Vid.* Verdera Server, R., *ADC*, p. 904.

No deberían ser los propietarios los que tengan que contribuir a financiar los déficits estructurales de recursos públicos en este ámbito, imponiéndoles la asunción de unos costes que no les corresponden, pues se está atacando el núcleo del sentido económico de la propiedad (78). La LDV ha convertido a la propiedad en un derecho más cercano a uno público que al privado poniendo en riesgo lo que el derecho de propiedad significa en términos de libertad individual, democracia y principal activo económico de los ciudadanos (79).

La introducción de un derecho subjetivo adicional basado en decisiones políticas e ideológicas, que concede otros derechos sobre la misma vivienda a personas no propietarias, puede vaciar aún más el derecho de propiedad tradicional. Hay que evitar que se transforme la propiedad en una simple titularidad sin beneficios individuales para el propietario. La seguridad del derecho de propiedad es esencial para la prosperidad económica, y la propiedad privada es fundamental tanto en el sistema jurídico como económico. La mejor función social de la propiedad es la protección de la misma (80).

Para terminar este breve diserto sobre el impacto de la LDV en el derecho de propiedad traigo el Voto Particular (81) a la STC 89/1994 de 17 de marzo, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad a propósito de la prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU de 1964, entre otros preceptos. Aunque han pasado más de treinta años, a buen seguro es aplicable a la vista de lo expuesto hasta aquí: «No se trata de si el legislador, en aras de la función social de la propiedad y de la protección de otros derechos constitucionales (singularmente los reconocidos en los artículos 39.1 y 47 CE), puede limitar el poder que normalmente el dueño tiene sobre la cosa y, en consecuencia, restringir o anular las facultades de disposición, de uso o de disfrute de los bienes inmobiliarios, sino de otra bien distinta: si al constreñir el derecho de propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya recognoscibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible» (82).

(78) *Cfr.* Verdera Server, R., *ADC,* p. 867.
(79) *Cfr.* Simón Moreno, H., *Derecho Privado y Constitución,* p. 144.
(80) Verdera Server, R., *ADC*, pp. 938-939.
(81) *Idem* nota anterior.
(82) STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1994, 89). Voto Particular del Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, al que se adhieren don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López.

BIBLIOGRAFÍA

Anguita Ríos, R. M., «La vivienda: entre el derecho humano y el activo financiero. A propósito de la Ley por el Derecho a la Vivienda (1)», *AC*, núm. 11, pp. 1-35.

Bercovitz Álvarez, G., «Comentario al artículo 348», en VV. AA., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

De Pablo Contreras, P., «La propiedad», VV. AA., *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales*, P. de Pablo Contreras (coord.), Edisofer, Madrid, 2020.

Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos Reales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

Domenech, G., «La verdadera función social del derecho a la propiedad privada», *Almacén de Derecho,* 22 julio 2024, disponible en https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada.

Gómez Gálligo, F. J., «El Registro de la propiedad forma parte del núcleo esencial del mismo», *RCDI*, núm. 801, 2024, pp. 13-58.

Goñi Rodríguez de Almeida, M., «Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2312-2329.

— «Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.

— «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *RCDI*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y Propiedad*, Ed. revisada y puesta al día por A. Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2008.

La Moneda Díaz, F., «El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica», *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1477-1489.

López Fernández, L. M., «La propiedad», VV. AA., *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.), Bercal, Madrid, 2024.

Magro Servet, «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *Diario La Ley*, núm. 10300, 5 junio 2023.

Meco Tébar, F., «La función social de la propiedad: reconocimiento, alcance y criterios. Especial referencia a la vivienda», en VV. AA., *Derechos Reales (Tratado práctico interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Messía de la Cerda, J. A., «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3417-3465.

Montés Penadés, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., «Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3063-3122.

Nasarre Aznar, S., «El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones», disponible en https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento.

Rodríguez de Santiago, J. M.ª, «Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2018, disponible en https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada.

Simón Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el Derecho a la Vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, enero-junio 2023, pp. 139-177.

Verdera Server, R., «Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *ADC*, Tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pp. 859-988.

A.2 Propiedad horizontal*

Amelia Sánchez Gómez
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
amesanch@ucm.es

Resumen: *El trabajo analiza la propiedad horizontal como una forma mayoritaria de tenencia de vivienda, con especial énfasis en las limitaciones a las facultades dominicales impuestas por este régimen, especialmente a través de los estatutos, así como las derivadas de las relaciones de vecindad. Se propone una reforma legislativa que se adapte a las necesidades actuales, incluyendo la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios para mejorar su funcionamiento, así como mecanismos para la resolución de conflictos, entre otros.*

Palabras clave: *Propiedad horizontal, limitaciones derecho de propiedad, estatutos, relaciones de vecindad, viviendas turísticas, alquiler habitacional.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100).

Abstract: *The paper analyzes horizontal property as a majority form of housing tenure, with special emphasis on the limitations to the proprietary powers imposed by this regime, especially through statutes, as well as those derived from neighborly relations. In particular, restrictions that affect the use of housing are addressed, such as prohibitions on tourist accommodation and/or housing rentals. A legislative reform is proposed that adapts to current needs, including the possibility of providing legal personality to communities of owners to improve their functioning, as well as mechanisms for conflict resolution, among others.*

Keywords: *Horizontal property, limitations on property rights, statutes, neighbourly relations, tourist housing, housing rentals.*

Sumario: 1. Precisiones previas. Del artículo 396 CC a la LPH. 2. La autonomía de voluntad en la propiedad horizontal: El título constitutivo. Los estatutos. 2.1 Prohibiciones o limitaciones de uso o destino contenidas en los estatutos. 2.1.1 Precisiones previas. 2.1.2 Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alojamiento turístico. 2.1.3 ¿Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alquiler habitacional? 3. Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre elementos privativos derivados de las relaciones de vecindad. 3.1 Precisiones previas. 3.2 Actividades molestas. 3.2.1 Supuestos. 3.2.2 Efectos: La acción de cesación del artículo 7.2. LPH. 4. Propuestas de *lege ferenda*. Bibliografía.

1. PRECISIONES PREVIAS. DEL ARTÍCULO 396 CC A LA LPH

Cuando se afronta el estudio de la propiedad horizontal como forma de tenencia de la vivienda habitual, hay que recordar, como se lee en la propia Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio[(1)] (desde ahora LPH), que la esencial razón de ser de su régimen descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital «menos cuantiosa» y «más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas». De ahí que se presentara en su momento como un gran avance y una solución atractiva y estable a efectos de lograr la finalidad de acceso a la propiedad urbana y dar cumplimiento así al derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada. Resulta loable la

(1) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (*BOE* núm. 176, de 23 de julio de 1960).

intención de un legislador que, hace más de sesenta años, pretendió dotar de una regulación completa *ex novo* a la propiedad por pisos (2).

La esencia de este régimen radica en que intervienen a la vez dos tipos de propiedades o dos grandes tipos de elementos que recaen sobre diferentes partes del edificio, a saber, los elementos privativos sobre los que los propietarios tienen un derecho de propiedad exclusivo, y los elementos comunes sobre los que existe un derecho de copropiedad a favor de todos los propietarios de pisos y locales, en función a la cuota asignada a estos elementos privativos.

Hasta la promulgación de la citada ley, el artículo 396 CC, modificado en diversas ocasiones (3), la concebía como una modalidad de la comunidad de bienes. Este precepto fue el único apoyo normativo de la propiedad de casas por pisos. En la actualidad, su virtualidad reside en que, de una parte, fija la estructura básica de la propiedad horizontal fijando las líneas básicas de dicho régimen (apartados primero, segundo y tercero) y, de otra, contiene una norma de remisión en lo que respecta al régimen por el que habrá de regirse la propia normativa especial referida, incidiendo en la primacía del acuerdo de los interesados sobre la ley cuando esta contenga normas de carácter dispositivo (4).

A partir de aquí los logros y ventajas de la LPH parecen desvanecerse. Aunque la redacción actual del articulado de dicha ley procede en buena medida de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/1999, de 6 de abril (5), ha sido posteriormente objeto de numerosas modificaciones (6), algunas para

(2) Como refiere la propia Exposición de Motivos.

(3) La actual redacción del artículo 396 CC procede de la Ley 8/1999, de 6 de abril (disposición adicional única) que se limita a esbozar las líneas principales del régimen, como son la propiedad exclusiva de cada titular sobre los elementos privativos y la copropiedad sobre los elementos comunes, aunque haciendo una prolija enumeración de estos que, sin embargo, no puede considerarse taxativa. Además, el precepto contempla la imposibilidad de realizar actos de disposición separada sobre los elementos comunes por parte de los propietarios y la inexistencia del derecho de tanteo o retracto en caso de enajenación de elementos privativos.

(4) *Vid.* Díaz Martínez, A., 2020, p. 19.

(5) Que con la rúbrica oficial de «Ley de reforma de la ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», introduce algunas modificaciones respecto de los distintos órganos de la comunidad de propietarios, regula un nuevo régimen de convocatorias, reduce la presencia de la requerida unanimidad en los acuerdos de la junta de propietarios, crea *ex novo* la obligación para la comunidad de constituir un fondo de reserva, se priva a los propietarios morosos del derecho al voto en las juntas de la comunidad o, en fin, el nuevo artículo 24 que comprende el régimen de los complejos inmobiliarios privados, adecuando la tradicional regulación de la propiedad horizontal a las urbanizaciones privadas.

(6) Posteriormente, Ley 1/2000, de 7 de enero, introdujo en su disposición final primera algunas modificaciones relevantes, como la operada en el artículo 7.2 III en lo relativo al ejercicio de la acción de cesación, así como en el artículo 21, en relación con el procedimiento del cobro de morosos. Digna de mención es la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. El propósito de esta reforma es flexibilizar el régimen de adopción de acuerdos en el seno de la comunidad de propietarios, a fin de facilitar la realización de obras de mejora, accesibilidad y rehabilitación de los inmuebles. Como últimas reformas, cabe citar el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1

adaptarse a las actuales técnicas edificatorias y las recientes necesidades sociales, flexibilizando, por ejemplo, el paradigma de la unanimidad previsto especialmente para la renovación del tejido edificatorio urbano (7). Esta manera de proceder por el legislador ha hecho que estas reformas aisladas carezcan de la más mínima técnica jurídica, lo que ha abocado a una regulación que adolece de la necesaria sistemática y ha propiciado la pérdida de calidad de la ley (8).

Este telón de fondo legislativo poco clarificador ante la diversidad de supuestos y situaciones que genera el régimen de la propiedad horizontal ha potenciado la labor de la jurisprudencia que puede calificarse de encomiable. En efecto, ante una ley llena de defectos, en los diversos casos sometidos a su consideración y a fin de componer los intereses en juego, procura buscar la justicia del supuesto concreto lo que desemboca, con frecuencia, en pronunciamientos contradictorios con el inconveniente de no poder aventurar un posible fallo (9). Estamos ante un campo cenagoso propiciado no solo por el panorama legislativo confuso, sino también por la complejidad ínsita en el propio régimen que deriva de la difícil armonización de los derechos individuales y comunes sobre un edificio (10).

El problema en esa armonización se constata cuando se aborda por la jurisprudencia su naturaleza jurídica en la que se observa la falta de consenso al respecto (11). Sea como fuere, siendo básico el elemento privativo en la configuración del régimen de propiedad horizontal, las limitaciones

---

de marzo; o la modificación acometida por la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(7) Como ha ocurrido con la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales, derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía. Su disposición final quinta modifica la LPH en línea con el camino de flexibilización que ya inició la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, siendo relevante la modificación del apartado 4.º del artículo 17, que regula el régimen de adopción de acuerdos para la alteración de elementos comunes, con independencia de si el aprovechamiento derivado es general o privativo. Abad I.; Sandi, A., y Petrosyan, A., *Diario La Ley*, pp. 1-8.

(8) Ordás Alonso, M., 2023, p. 18.

(9) *Idem* nota anterior.

(10) *Vid.* Díaz Martínez, A., 2020, p. 20.

(11) Ordás Alonso, M., 2023, p. 17. Mientras que para el Tribunal Supremo constituye «una figura jurídica en la que, junto una propiedad exclusiva sobre un espacio concreto, coexiste una copropiedad obligada, necesaria e indivisible sobre unos elementos comunes [SSTS de 26 noviembre de 2007, (RJ 2008/26); o de 1 febrero de 2007, (RJ 2007, 704)], la DGRN en la Resolución de 17 enero de 2018 (RJ 2018/55) –actual DGSJFP–, señala que «se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad, cuyo objeto es complejo: el piso, local u otro departamento privativo […] y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. […] No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja».

del propietario sobre el elemento privativo –vivienda– son cada más mayores. A ellas nos vamos a referir en estas líneas.

De una parte, habría que distinguir las limitaciones o prohibiciones que tienen su origen en la autonomía de la voluntad de los propietarios, fundamentalmente, en los estatutos que, como conjunto de reglas plasmadas por escrito y con fuerza de ley establecidas de común acuerdo por los propietarios, tienen carácter vinculante. Estas limitaciones serán objeto de atención por ser las que suscitan mayor litigiosidad en la actualidad, especialmente por las reformas que han establecido mayorías rebajadas en aspectos que pueden coartar la libertad del propietario a la hora de destinar la vivienda a finalidades turísticas y que menoscaban su facultad de disfrute (por ejemplo, en lo relativo a la obtención de elevadas rentas derivadas del alquiler de vivienda a turistas en periodos de tiempo relativamente cortos) (12).

De otra parte, como consecuencia de las intensas relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios, se imponen unos límites que inciden en las facultades de uso de los propietarios sujetos a este régimen. Es ahí donde adquiere una especial relevancia la acción de cesación del artículo 7.2 LPH por el ejercicio de actividades molestas, lo que guarda una profunda conexión con las instituciones de la interdicción del abuso del derecho y las relaciones de vecindad.

Todo ello, sin olvidar la existencia de otras obligaciones que comporta para el propietario la existencia de este régimen que, sin embargo, no van a ser objeto de atención en este lugar, no por menos importantes, sino por razones de espacio. En este sentido, no podemos dejar de mencionar el artículo 7.1. LPH que contempla como plasmación de sus facultades dominicales la de realizar obras en los elementos privativos cuando no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, estructura general, configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, pero con la obligación de comunicar la ejecución de dichas obras y sin que pueda, en el resto del inmueble, realizar alteración alguna de manera que si, además, advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes, lo deberá comunicar sin dilación al administrador. No menos interesante es el artículo 9 por cuanto contiene como obligaciones la de respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes (apartado e); mantener en buen estado los elementos privativos (apartado b); permitir el acceso en su piso para la reparación de elementos comunes (apartado d); o la de observar la diligencia debida en el uso del inmueble (apartado g). Por su parte, mención especial merece

(12) *Cfr.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, p. 1086.

el artículo 10.1.d) por cuanto contempla las obras y actuaciones en el régimen de la propiedad horizontal, siendo excesivas las facultades concedidas a la Administración por su injerencia excesiva en el derecho de propiedad; o las obras de conservación del inmueble y sus instalaciones a que quedan obligadas las comunidades de propietarios para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad del edificio y de sus servicios e instalaciones comunes del apartado a) del mismo precepto, que no son sino una manifestación de la función social de la propiedad que consagra el artículo 33 CE [13].

En efecto, en el contexto de la propiedad horizontal, el derecho de propiedad individual se encuentra sometido a una serie de limitaciones específicas que derivan de la propia naturaleza del régimen de copropiedad. Estos límites buscan armonizar los intereses de los propietarios individuales con los de la comunidad de propietarios. Algunas de las principales restricciones son las relativas al uso y destino del inmueble puesto que las normas de la comunidad pueden limitar el uso que los propietarios hagan de sus unidades privativas [14].

Las modificaciones en las unidades privativas conforman también un aspecto limitativo de interés pues, aunque el propietario tiene libertad para modificar el interior de su unidad, existen limitaciones que impiden realizar modificaciones que afecten a elementos comunes o a la estructura del edificio, tales como fachada [15] o estructura y elementos comunes [16].

Especial relevancia adquiere en este régimen la obligación de contribuir a sufragar los gastos generales, con la problemática que suscita en la actualidad las consecuencias de su contravención (morosidad).

Un aspecto a tener en cuenta también son las prohibiciones relacionadas con la convivencia, porque las comunidades pueden imponer normas de convivencia que limiten actividades que afecten negativamente a otros propietarios.

Por último, la obligación de someterse a las decisiones de la comunidad pone de manifiesto la existencia de limitaciones a las facultades dominicales que se hacen patentes en el régimen de la propiedad horizontal. El propietario individual está sometido a las que se tomen en la junta de

(13) [(SAP Guipúzcoa (Sección 3.ª), núm. 41/2015, de 3 marzo (JUR 2015, 122176)].

(14) Destino de la propiedad: Muchas comunidades establecen que las unidades solo pueden ser utilizadas con fines residenciales o comerciales, según lo estipulado en los estatutos o reglamentos de copropiedad; o actividades prohibidas: Algunas actividades que generan molestias a los vecinos, como el uso de las unidades para negocios que generen ruido o vibraciones, pueden estar prohibidas.

(15) Cambios en la fachada (por ejemplo, la instalación de toldos o cerramientos de balcones) suelen estar sujetos a la aprobación de la comunidad.

(16) Cualquier modificación que afecte la estabilidad o seguridad del edificio o implique un uso diferente de las áreas comunes requerirá generalmente la autorización de la comunidad o incluso de las autoridades locales.

propietarios, siempre que estas respeten la ley y los estatutos. Las decisiones relativas a gastos, mejoras o cambios en la comunidad pueden ser vinculantes, incluso si el propietario votó en contra.

2. LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL TÍTULO CONSTITUTIVO. LOS ESTATUTOS

El régimen de la propiedad horizontal se rige, como es sabido, además de por la ley que lleva su nombre en lo atinente a sus preceptos imperativos, por la autonomía de la voluntad de las partes de los copropietarios que la conforman de plena aplicación en este ámbito[17]. Buena muestra de ello es el título constitutivo de la propiedad, instrumento privado que conforma un «negocio jurídico de carácter dispositivo dirigido a proclamar que el edificio se halla en situación de propiedad dividida por apartamentos o está en trance a ello»[18]. Su virtualidad descansa en que solo a través de su otorgamiento con los requisitos legales se consigue la plena efectividad del régimen de la propiedad horizontal[19]. Junto a su contenido necesario (descripción del edificio en su conjunto, descripción de los pisos o locales –elementos privativos– y fijación de las cuotas de participación), es contenido facultativo el estatuto privativo (art. 5.3 LPH) cuyo carácter voluntario descansa sobre la base de la pretendida autosuficiencia de la regulación legal. Sin embargo, la adopción de esta normativa se presenta como altamente aconsejable para adaptar las normas legales a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso[20].

En el título constitutivo de la propiedad horizontal se incorporan los estatutos que recogen las normas de constitución, funcionamiento y gobierno de cada comunidad horizontal[21]. Están definidos de una manera amplia en el referido precepto como las «reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley, en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo, que no perjudicará a terceros, si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». Repárese en que su contenido no

(17) SSTS de 3 septiembre de 2014 (RJ 2014, 4945), 3 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6502); o 15 diciembre de 2020 (RJ 2020, 4913).

(18) *Cfr.* Summers Echevarría, F. M., 2020, p. 288.

(19) *Cfr.* Summers Echevarría, F. M., 2020, p. 317.

(20) *Idem* nota anterior.

(21) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2021, p. 2469.

está especificado, lo que permite afirmar que siempre que no vulnere las disposiciones de la propia ley «es lo suficientemente amplio para que se incorporen en los mismos un sinfín de cuestiones o materias»[22].

Por lo tanto, desde el momento en que se entra a formar parte de la comunidad de propietarios, los estatutos son de obligado cumplimiento por lo que es muy importante su conocimiento por parte de los propietarios, especialmente por los nuevos adquirentes[23].

La adopción de las decisiones por la comunidad de propietarios se lleva a cabo a través de la Junta de propietarios con los requisitos legalmente establecidos requiriéndose unanimidad o mayorías concretas según el acuerdo de que se trate. La aprobación o modificación de los estatutos requerirá la unanimidad de los propietarios (art. 17.6 LPH). Sin embargo, la regla de la unanimidad se ha flexibilizado en los últimos años en determinados aspectos mediante mayorías rebajadas para facilitar la gobernabilidad y administración de las comunidades, pues en otro caso es difícil adoptar acuerdos que supongan la modificación del título o de los estatutos para decisiones importantes[24]. Es aquí donde la autonomía se ve en cierta medida limitada en base a diversas consideraciones que deben ser objeto de reflexión.

2.1 **Prohibiciones o limitaciones de uso o destino contenidas en los estatutos.**

2.1.1 *Precisiones previas*

El propietario de una vivienda en el régimen de propiedad horizontal puede verse afectado por cláusulas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades que se contemplen en los estatutos comunitarios que, en la medida en que inciden sobre el derecho de propiedad privada, deberían estar establecidas en atención al interés general de la comunidad de propietarios.

El artículo 7.2 LPH prohíbe al propietario y al ocupante del piso o local, desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos. De ahí se deriva indirectamente la legitimidad de cláusulas estatutarias limitativas del uso o destino de pisos (y locales). El problema que se ha planteado radica en determinar si es suficiente la constancia expresa de la prohibición en los estatutos para predicar la validez de

(22) *Idem* nota anterior.
(23) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2021, p. 2470.
(24) *Idem* nota anterior.

cualquier tipo de limitación o prohibición. La doctrina[25] y jurisprudencia[26] se han encargado de perfilar los requisitos que debe reunir una cláusula de limitación de uso o destino, como las relativas a la imposibilidad de que puedan constar en los reglamentos de régimen interior (fraude de ley); la concurrencia de un interés legítimo digno de protección, lo que queda reservado a criterio del juzgador; la necesidad de que respondan al interés general de la propia comunidad, causa justa o un interés público atendible, entre otros[27]. Por ello, en caso contrario, la propia LPH contiene un mecanismo para permitir que los acuerdos de la Junta de propietarios puedan ser impugnados ante los tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, cuando entre otros supuestos, supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo, o se haya adoptado con abuso de derecho [(art. 18.1.c) LPH].

De resultas, en línea de principio deben considerarse ilícitos «los pactos restrictivos que no sirvan a un interés legítimo digno de protección, sino al mero capricho o la mera arbitrariedad; o bien que se inspiren en principios discriminatorios, como aquellos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento), por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares»[28]. Serían nulas, entonces, las cláusulas que afectan al contenido esencial del derecho de propiedad como las que implican la anulación «ius utendi» o «ius disponendi», a modo de ejemplo, la prohibición de no arrendar o no enajenar[29].

2.1.2 *Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alojamiento turístico*

Si bien es objeto de tratamiento detenido en otro lugar de este Tratado[30], voy a referirme de forma sucinta por la controversia que viene generando esta cuestión en los últimos años, a la posibilidad de prohibir la

(25) Con detalle, recientemente, Ordás Alonso, M., 2023, pp. 26-32.

(26) SSTS de 3 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6502), o de 15 junio de 2018 (RJ 2018, 2453).

(27) Se está produciendo cierta ampliación jurisprudencial de lo que debe considerarse actividad prohibida, estimando que lo es aquélla de la que se derive un uso o utilización diferente del inmueble de aquel que está previsto en el título constitutivo. En consecuencia, por vía jurisprudencial se ha encontrado una vía de hecho para que, por ejemplo, los copropietarios puedan «echar» al inquilino turista y poner fin a los alquileres vacacionales. *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 502; y, de la misma autora, *RCDI*, 2024, p. 449, nota número 10.

(28) *Cfr.* Álvarez Olalla, P., 2020, pp. 389-390.

(29) *Cfr.* Álvarez Olalla, P., 2020, pp. 390-391; y la doctrina que cita en p. 390 (nota número 37).

(30) Sección 4. Bloque VIII. Apartado c).

actividad de destinar los elementos privativos, en particular, la vivienda a alojamientos turísticos, esto es, a alquiler de «vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada, en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa», arrendamiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la LAU (art. 5.e LAU).

Nadie duda de que las perturbaciones y molestias causadas por las viviendas turísticas en los edificios sometidos a un régimen de propiedad horizontal son considerables, especialmente respecto a los elementos comunes del inmueble[31], lo que repercute de manera negativa en la convivencia. Sin embargo, más allá de las posibles consecuencias negativas en el estricto ámbito interno de la comunidad, el fenómeno de las viviendas turísticas en las comunidades de propietarios comporta efectos a tener cuenta, como el encarecimiento del alquiler de viviendas en los núcleos urbanos de las grandes ciudades, haciendo inviable los arrendamientos de media y larga duración; la invasión de turistas en barrios o zonas donde se concentra la oferta de este tipo de viviendas, que va acabando poco a poco con la población residente ordinaria; o la competencia desleal e intrusismo frente a los establecimientos hoteleros reglados[32]. De ahí que, hayan sido objeto de atención por las normas sectoriales que son las propias de las CCAA en materia de turismo en las que soluciones varían considerablemente entre unas y otras[33].

A la vista de lo expuesto, el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reformó el artículo 17 LPH, mediante la adición de un nuevo apartado 12, permitiendo a las comunidades «limitar o condicionar» el alquiler o explotación turísticas de los pisos pertenecientes a un edificio sujeto a la LPH, con una mayoría rebajada frente a la unanimidad de cuotas y propietarios exigida para la aprobación o modificación de los estatutos con carácter general, donde hasta entonces había que encajar este supuesto (art. 17.6 LPH). Desde su entrada en vigor, para desbloquear la imposibilidad de aprobación del acuerdo de prohibición por la «segura» negativa del propietario del piso turístico, bastará el voto de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez,

(31) *Vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *RDP*, p. 55.

(32) *Vid.* Murga Fernández, J. P., *RCDI*, p. 2223; y Bethencourt Rodríguez, G., *RCDI,* pp. 3041-3043.

Informe Exceltur 2015, «Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados. Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles, derivados del exponencial, aumento del alquiler de viviendas, turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2», 24 junio 2015. Disponible en https://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf.

(33) *Vid.* Murga Fernández, J. P., *RCDI*, p. 2237.

representen las tres quintas partes de las cuotas (doble mayoría). Así será posible establecer dicha limitación al alquiler turístico en el piso en propiedad horizontal. Obsérvese, que se trata de una previsión que será operativa para la nueva incorporación en los estatutos de dicha limitación de destinar uno de los elementos privativos (un piso) a uso turístico, porque si ya estuvieran incorporadas de manera expresa en el mismo título o estatutos no habría mayor problema al ser una manifestación de esa autonomía privada de los copropietarios(34).

La interpretación del nuevo apartado del artículo 17 LPH ha venido generando una controversia jurídica en el ámbito doctrinal relativa a si la comunidad de propietarios puede prohibir el destino de la vivienda a uso turístico con esa mayoría de 3/5 puesto que el tenor literal del precepto no recoge expresamente el término prohibición, sino los de «limitar o condicionar». Entonces, solamente se podría prohibir dicha actividad si se alcanza el acuerdo unánime de todos los propietarios mediante la modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o de los estatutos (art. 17.6 LPH). Además, contra dicha prohibición se ha aducido el «ius fruendi» de todo propietario de inmueble, lo debe incluir la facultad de arrendar de la manera que estime oportuna. Sin embargo, a favor de la prohibición de uso se manifiesta la doctrina mayoritaria(35), o la propia doctrina administrativa de la DGSGFP en la Resolución de 16 junio de 2020(36).

Desde el punto de vista jurisprudencial, en un primer momento, ya el Tribunal Supremo en las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023(37), se mostró contrario a las viviendas turísticas en comunidades de propiedad horizontal, argumentando que, si en el título constitutivo o en los estatutos se incluye una prohibición genérica de actividad comercial en los pisos o elementos privativos, la actividad del alquiler turístico estaría prohibida por ser comercial. En consecuencia, los propietarios podrían ordenar el cese de dicha actividad. La unificación de esta doctrina se realizó en la sentencia de 30 de enero de 2024(38).

---

(34) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2021, p. 2472.

(35) *Vid.* Álvarez Olalla, P., 2020, p. 391, en especial nota núm. 38.

(36) RDGSJFP de 16 junio de 2020 (RJ 2020, 3393): «En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la LPH, […] el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que "se limite", es decir, "poner límites a algo", en modo alguno está reñida con la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa "limite o condicione", la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos la utilización de la "o", cuando se dice "limite o condicione", nos indica claramente que se refiere a supuestos distintos, alternativos, yendo de mayor a menor, en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen *ex novo* en la Comunidad de Propietarios». Fuentes-Lojo Rius, A., *RCDI*, pp. 536-554.

(37) RJ 2023/6109) y (RJ 2023/6107), respectivamente.

(38) (JUR 2024/39980).

Como era previsible, posteriormente, la cuestión ha quedado zanjada definitivamente por el Tribunal Supremo terminando así con la inseguridad jurídica suscitada hasta la fecha. Es digna de especial mención la interpretación teleológica del citado artículo 17.12 LPH efectuada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en las SSTS núm. 1232/2024[39] y 1233/2024[40], ambas de 3 octubre. Dicha interpretación lleva al Alto Tribunal a defender la legitimación de las prohibiciones de uso de los elementos privativos en régimen de propiedad horizontal, tanto de conformidad con la Constitución Española, en cuanto no alteran el contenido esencial del derecho de propiedad, como a los efectos de conciliar los intereses generales de los propietarios y los de la colectividad. Como expresa la STS 1233/2024[41], la titularidad dominical de los propietarios en el régimen de propiedad horizontal no les concede una pertenencia absoluta con «facultades inquebrantables de gozar y disponer», puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido)[42].

En consecuencia, la Sala Primera reconoce en ambas sentencias la licitud de la prohibición estatutaria de alquiler de viviendas de uso turístico, entre otras razones, por la voluntad del legislador proclive al arrendamiento residencial frente al turístico, fundamentada en una interpretación finalista de la expresión «limite o condicione» del citado art. 17.12 de la LPH. Así, de conformidad con el art. 3.1 del Código Civil, atendiendo al sentido gramatical y literal de la norma, señala que aquel precepto no excluye la prohibición y, de otra parte, respondiendo a un criterio teleológico, en coherencia con la finalidad y espíritu del RD 7/2019, reflejado en su Preámbulo, afirma que en la expresión de limitación de la actividad queda incluida su prohibición si el acuerdo que la determine es adoptado por la comunidad de propietarios por la doble mayoría de tres quintos. De exigirse la unanimidad, el solo voto en contra de quien esté interesado en dedicar una vivienda a piso turístico, sería suficiente para obstar el acuerdo y perjudicar a la comunidad de propietarios.

Como corolario de este proceso, el 3 de abril de 2025 entró en vigor la reforma del artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (Ley de Propiedad Horizontal), efectuada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Esta reforma ha introducido los esperados y anunciados cambios en la regulación de la actividad de alquiler turístico en el seno de las comunidades de propietarios, restringiéndola y reforzando el control de éstas sobre el uso turístico de las viviendas.

(39) (JUR 2024/369472).
(40) (JUR2024/369473.)
(41) (JUR 2024/369472).
(42) F. D. 3º.

La disposición final cuarta de la citada Ley Orgánica 1/2025, modifica el apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. Con nueva redacción, la comunidad de propietarios puede prohibir esta actividad mediante un acuerdo adoptado por tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Se ha terminado así con la imprecisión terminológica empleada por la redacción del referido precepto que desde ahora se refiere de manera indubitable al «acuerdo expreso por el que se apruebe, limite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (…)».

La reforma también introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 7 de la LPH que establece que el desarrollo de la actividad de viviendas turísticas se sujeta a la aprobación previa y expresa de la comunidad de propietarios que debe obtenerse mediante un acuerdo adoptado con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Hasta ahora la regla general era que se admitían las viviendas turísticas salvo prohibición en contrario. Sin embargo, a partir de ahora, no se admitirán, salvo autorización expresa.

Las modificaciones introducidas no tienen efectos retroactivos. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025 también introduce una disposición adicional segunda en la Ley de Propiedad Horizontal en cuya virtud, los propietarios que ya estuvieran ejerciendo la actividad de alquiler turístico antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025 y que se hubieran acogido a la normativa sectorial turística, podrán seguir ejerciendo la actividad bajo las condiciones y plazos establecidos en dicha normativa.

2.1.3 *¿Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alquiler habitacional?*

Es previsible además que los arrendamientos de habitaciones en propiedad horizontal empiecen a proliferar debido a las restricciones para los propietarios derivadas de la LAU tras reforma por la LDV, con lo que nos encontraríamos con un nuevo problema que presenta cierto paralelismo respecto al expuesto *supra*[43]. En efecto, si el propietario decide alquilar todas las habitaciones de un piso con la finalidad de obtener rendimientos, se puede afirmar que la vivienda está destinada a una actividad económica, aunque el uso que los arrendatarios hagan siga siendo residencial. En tal hipótesis, habría que plantear la necesidad de la aprobación de la comuni-

(43) *Vid.* Callejo Rodríguez, C., *RCDI*, pp. 2681-2728, y Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2024, pp. 431-449.

dad de propietarios, en el caso de que el cambio de uso exija consentimiento, según los estatutos de la comunidad, o si ese uso comercial o económico está expresamente prohibido en estos[44].

En relación con esto último, si bien no se trata de un uso propiamente comercial o económico, ya que el piso se destina a vivienda, la doctrina[45] ha planteado con buen criterio las semejanzas con una actividad económica y, en concreto, con el arrendamiento de viviendas turísticas cuando todo el piso está destinado a su arrendamiento parcial por habitaciones. Si tenemos en cuenta la doctrina jurisprudencial contenida en las citadas SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023[46], habría que plantear si es pertinente hacerla extensiva al supuesto que nos ocupa, de manera que puedan llegar a tener que autorizarse y/o prohibirse por la Junta de propietarios de la comunidad en la que se establecen[47].

Sin embargo, hay una diferencia importante a tener en cuenta, y es que una prohibición o limitación *a posteriori* de tales arrendamientos que no esté contemplada en los estatutos, no podrá hacerse mediante un acuerdo de mayoría rebajada que se prevé para los arrendamientos turísticos, sino por unanimidad. La especialidad y excepcionalidad del artículo 17.12 LPH impide la aplicación extensiva a otro supuesto fuera de legalmente previsto[48]. El problema está precisamente aquí, pues dicha unanimidad será difícil de alcanzar, dado que el propietario que tiene arrendado su piso por habitaciones no dará fácilmente su consentimiento. Por ello, en su caso, la acción de cesación de actividad molesta de estos arrendamientos, cuando se pruebe adecuadamente, puede ser un remedio para paliar los problemas que puedan ocasionar a los vecinos, lo cual deberá ser objeto de prueba, pues no se puede afirmar que el arrendamiento de un piso por habitaciones sea *per se* una actividad molesta en absoluto[49].

Otra cuestión es que, si dichos alquileres proliferan como es previsible y las molestias que producen van en aumento, la jurisprudencia, al igual que ha ocurrido con las viviendas turísticas, podría optar por flexibilizar los requisitos y catalogar en determinados casos al arrendamiento de habitaciones como actividad molesta con el fin de otorgar a los copropietarios algún mecanismo de defensa[50]. Por último, no es desdeñable[51] que la comunidad de propietarios pudiera aplicar el artículo 398.4 CC, previsto para la comunidad de bienes en las que parte de la cosa es privativa y otra

(44) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2024, pp. 438-439.
(45) *Idem* nota anterior.
(46) (RJ 2023/6109) y (RJ 2023/6107), respectivamente.
(47) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2024, p. 439.
(48) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2024, p. 441.
(49) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* 2024, p. 443.
(50) *Idem* nota anterior.
(51) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI*, 2024, p. 444.

común, pudiendo adoptarse un acuerdo por mayoría para limitar el uso de la parte común, es decir, portales, escaleras, jardines, piscina o, en su defecto, una resolución judicial que así lo aprobara. La operatividad de este precepto al supuesto contemplado facilitaría a la comunidad de propietarios una herramienta para el control del uso y de las molestias que el abuso de este tipo de arrendamientos pueda ocasionar(52).

3. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE ELEMENTOS PRIVATIVOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

3.1 **Precisiones previas**

En la propiedad horizontal la existencia de relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios es más intensa que cuando la forma de tenencia es la propiedad individual e independiente. Por ello, en este ámbito se ponen de manifiesto de forma más especial los problemas que derivan de aquellas relaciones en el que se hacen patentes, en consecuencia, las limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad sobre los elementos privativos y comunes, puesto que el propietario (o tercero ocupante) se puede ver constreñido en su ejercicio porque puede causar molestias a sus vecinos y viceversa(53). No estamos ante límites del mismo derecho, puesto que no conforman el contenido esencial del derecho de propiedad, sino limitaciones impuestas a los propietarios y ocupantes de viviendas en régimen de propiedad horizontal, a modo de prohibiciones de carácter legal, íntimamente conectadas con las instituciones de las relaciones de vecindad y el abuso del derecho(54). En este ámbito el legislador ha prescindido expresamente de ellas optando por la acción de cesación del artículo 7.2. LPH en el caso de que se lleven a cabo las actividades prohibidas en los estatutos; las que resulten dañosas para la finca, y las que contravengan las disposiciones generales sobre las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas(55). Su virtualidad radica en que, sobre la base de la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares, se impide que el propietario u ocupante del piso lleve a cabo actividades prohibidas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas que se traduzca en un perjuicio del derecho

(52) *Idem* nota anterior.
(53) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 497.
(54) *Vid.* Murga Fernández, J. P., *RCDI*, p. 2237.
(55) STS 27 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6069).

ajeno o en menoscabo del conjunto que generen perturbaciones más allá de lo socialmente admisible. Algunos supuestos significativos de este tipo de actividades serían la del ruido, tenencia de animales de compañía o el ejercicio de la prostitución, entre otras[56]. Sin embargo, vamos a hacer una mención particular a los pisos dedicados al turismo.

3.2 **Actividades molestas**

3.2.1 *Supuestos*

Es un caso controvertido en la práctica el de destino de un piso a alojamiento turístico a efectos de su consideración como actividad molesta. Al respecto he de indicar que hay varias hipótesis.

La primera posibilidad se refiere al supuesto en que en el título constitutivo o en los estatutos de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal figure expresamente establecida la prohibición de que los inmuebles no puedan destinarse al uso turístico. En este caso la comunidad puede ordenar la inmediata cesación de dicha actividad sin que sea necesario entrar a valorar si se trata de una actividad molesta o no. Debido al carácter reciente en que se está llevando a cabo este tipo de actividades en las comunidades de propietarios, lo más probable es que no esté expresamente prohibido este supuesto.

Por su parte, la segunda hipótesis alude a que en el título constitutivo o en los estatutos se haya incluido una prohibición genérica de actividad comercial en los inmuebles[57]. Como supuesto más frecuente hasta el momento, el Tribunal Supremo ha considerado en las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023[58] que la actividad del alquiler turístico es comercial y por tanto tendría cabida en esa prohibición, por lo que la comunidad de propietarios, al igual que en el caso anterior, puede poner en marcha la medida de cesación de dicha actividad *ex* artículo 7.2 LPH. En sentido similar, la STS de 30 enero 2024 estima que procede la acción de cesación del uso de la vivienda para destino turístico dado que en los estatutos de la comunidad figura una limitación a la industria de hospedería[59].

En tercer lugar, si en el título constitutivo o en los estatutos no figura ninguna prohibición al respecto, sino a lo sumo una prohibición genérica de actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, mientras se lleva

(56) *Vid.* Álvarez Olalla, P., 2020, pp. 404-410.
(57) O de hospedaje. Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 500.
(58) (RJ 2023/6109) y (RJ 2023/6107), respectivamente.
(59) (JUR 2024/39980).

a cabo, en su caso, la oportuna modificación de los estatutos para incorporar expresamente el alquiler vacacional como actividad prohibida, habrá que determinar, esto es, probar de forma concluyente y convincente, pues no cabe hacer dicha calificación de forma apriorística[60], si esa actividad turística de vivienda colaborativa que se está llevando a cabo es dañosa, molesta, insalubre, nociva o peligrosa o ilícita en cuyo caso procedería también la acción de cesación.

Por lo que se refiere al alquiler vacacional, atendiendo al Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estimamos con la doctrina[61] que la actividad del alojamiento turístico puede encajar en actividades molestas o, incluso dañosas, cuando el deterioro se va a produciendo desde el inicio del alojamiento turístico. No parece pertinente su catalogación como insalubres porque no se trata normalmente de actividades que perjudican la salud humana, ni tampoco de nocivas, por cuanto no encajan bien en el entorno de la propiedad horizontal de naturaleza urbana. Tampoco resulta coherente con el referido Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, su conceptuación como peligrosas puesto que normalmente el alojamiento turístico no tiene que ver con ese tipo de actividades. Respecto a su consideración como actividad ilícita, solamente lo sería si estuviera prohibida expresamente en la correspondiente legislación administrativa, o no cumple los requisitos legales necesarios.

3.2.2 *Efectos: La acción de cesación del artículo 7.2. LPH*

Las consecuencias del incumplimiento de lo prohibido en los estatutos, o el ejercicio en los pisos de una actividad de alojamiento turístico como supuesto bastante frecuente en la actualidad, no son irrelevantes porque se legitima el presidente de la comunidad para instar la acción de cesación inmediata de la actividad ante la vía judicial, e incluso llegar a una medida que comporta el límite más importante al derecho de propiedad como es la privación del uso de la vivienda (o local) al propio propietario, por un plazo no superior a tres años sin que cese el pago de los gastos inherentes a su titularidad.

En el caso de que el inmueble lo ocupe un tercero (arrendatario, comodatario, precarista) se faculta al presidente a instar la resolución del contrato o derecho sobre la vivienda, así como su inmediato lanzamiento. La prevalencia del interés general y la limitación del derecho a la propie-

(60) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 502.
(61) *Cfr.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 501.

dad llega en este supuesto a tal extremo que un tercero está facultado para entablar la acción judicial, pudiendo obtener sobre la base de dicho precepto la resolución de relaciones jurídicas que les sean absolutamente ajenas[62].

Sobre el ejercicio de la acción de cesación frente a los huéspedes que son los que realmente realizan las actividades molestas, el artículo 7.2 LPH suscita alguna reflexión. Es verdad que las actividades molestas las realizan los ocupantes y en ese sentido frente a ellos debería dirigirse la acción. Sin embargo, la brevedad del uso impide que pueda dirigirse la acción también frente a ellos pues muchas veces habrán abandonado ya el piso y por lo tanto no se les puede ordenar el cese de su actividad, ni menos, en última instancia su lanzamiento, máxime cuando es probable, además, que sus acciones aisladamente consideradas no sean tan molestas o dañosas. Con buen criterio precisa Goñi Rodríguez de Almeida[63] que lo más adecuado es utilizar esta acción frente al propietario del piso.

4. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Antes de terminar este breve diserto sobre la propiedad horizontal conviene hacer una reflexión sobre la necesidad de la reforma legislativa de la materia que la regula a fin de adecuarla a las actuales necesidades socioeconómicas de las comunidades de propietarios, puesto que la sociedad actual dista mucho de ser la de los años sesenta, la que vio nacer a nuestra LPH. Ello sin olvidar, además, que la mayoría de los ciudadanos desenvuelve su vida en una vivienda sometida al régimen de propiedad horizontal. Sin ánimo de exhaustividad, no pueden desconocerse los problemas que afectan a un buen número de comunidades de propietarios como el mal estado de muchos edificios consecuencia de su antigüedad y del mal estado de conservación del parque de viviendas[64]. Ello obliga a apostar de manera urgente por el mantenimiento de los edificios, a incidir en la importancia de las ayudas públicas para sufragar parte del gasto de la rehabilitación y en la conveniencia de conseguir una mayor rentabilidad del fondo de reserva de la comunidad, lo que suscita diferentes problemas jurídicos de gran calado[65]. Es necesario también poner el foco de atención en la accesibilidad y la mejora energética de los edificios siendo per-

(62) *Vid.* LA Moneda Díaz, F., *RCDI*, p. 1488.
(63) *Vid.* Goñi Rodríguez de Almeida, M., *RCDI,* núm. 765, 2018, p. 505.
(64) *Vid.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, pp. 1068-1071.
(65) *Vid*. Alonso Pérez, M.ª T., *AC*, pp. 1-19.

tinente, incrementar los subsidios públicos, tanto para la rehabilitación de viviendas como para la mejora de la eficiencia energética[66].

En consecuencia, el legislador debería contemplar la necesidad de dotar personalidad jurídica a la comunidad de propietarios pues es una realidad innegable que han dejado de asemejarse a las comunidades de bienes ordinarias. A mayor precisión, cabe predicar de ellas los elementos que toda organización de personas debe tener para que el ordenamiento jurídico le reconozca personalidad jurídica, lo que se ha advertido de manera detallada por la doctrina[67]. La falta de dicho reconocimiento plantea numerosos problemas en el tráfico jurídico, uno de los de mayor trascendencia es la imposibilidad de inscribir derechos en el Registro de Propiedad a favor de tales comunidades[68]. Sin embargo, pueden llevar a cabo determinados actos jurídicos cuando conviene al legislador a través de la figura del presidente (art. 13.3 LPH) como ocurre para el pago de impuestos y tasas, para la asistencia a juicio en representación de los intereses de la comunidad una vez existe un acuerdo previo de la junta de propietarios, o para la celebración de contratos laborales, entre otros. Pero no pueden actuar plenamente en el tráfico jurídico con seguridad pues no pueden ser propietarias de bienes con carácter general, ni tampoco ser declarada la comunidad de propietarios en concurso de acreedores[69], con los efectos que ello comporta[70]. Entonces, el elemento de mayor importancia para poder afirmar que las comunidades de propietarios poseen personalidad jurídica en el ordenamiento español depende de su reconocimiento por parte del legislador español, pues las comunidades de propietarios no comparten ninguna nota con los demás entes sin personalidad jurídica[71].

Desde el punto de vista de su funcionamiento interno, como aspectos relativos a su gestión y administración, sería bueno mejorar los mecanismos actuales de cobro de las comunidades más allá del crédito preferencial que regula el artículo 9.1 LPH)[72]. Son interesantes también las propuestas de mejoras que atienden a la potenciación del uso de herramientas digitales en el día a día de las comunidades de propietarios (notifica-

(66) *Vid.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, p. 1078.

(67) *Vid.* Muruaga Herrero, P., *RCDI*, pp. 31-51.

(68) Sí se ha permitido la inscripción de derechos a su favor en los supuestos de «ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios». Muruaga Herrero, P., *RCDI*, pp. 44-49.

(69) *Cfr.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, p. 1076.

(70) Sus acreedores deben demandar por la vía civil primero a la comunidad y posteriormente a cada uno de sus propietarios (art. 22.1 LPH). Respecto a las deudas de la comunidad éstos tienen una responsabilidad subsidiaria, mancomunada y proporcional a su cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal. *Vid.* Nasarre Aznar, S. y Simón Moreno, H., *RCDI*, p. 1076 y la doctrina que allí cita.

(71) *Vid.* Muruaga Herrero, P., *RCDI*, pp. 13-65.

(72) *Vid.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI*, pp. 1077-1078.

ción de convocatorias por vía telemática, asistencia y votación a las reuniones por videoconferencia). Además, a efectos de afrontar los problemas y conflictos entre los propietarios de la comunidad que generan mucha litigiosidad, se propone la potenciación de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos como el arbitraje y la mediación, a la vista de la preferencia por los procesos judiciales en el ámbito de las comunidades de propietarios para algunas controversias[73].

Por último, en relación con la limitación de las facultades de los propietarios que parece imponerse con fuerza en la práctica por vía estatutaria tras la reforma del artículo 17.12 LPH, concuerdo con que el ámbito de libertad del propietario se está restringiendo de una manera que podría calificarse abusiva y acaso contraria al artículo 33 CE, pues solo mediante un análisis caso por caso habrá que determinar si la existencia de viviendas de uso turístico o, más recientemente, el alquiler de todas las habitaciones de una vivienda en un edificio en propiedad horizontal conforma una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad.

Este tipo de actividades se ha convertido hasta el momento en una vía de escape atractiva para obviar las importantes restricciones establecidas al derecho de propiedad en materia de arrendamientos urbanos a favor de los arrendatarios y poder así obtener los propietarios rendimientos económicos rápidos y elevados de la vivienda como activo patrimonial. Sin embargo, es previsible que el destino de la vivienda a actividad turística y/o alquiler habitacional tenga los días contados porque desde las CCAA se están empezando a adoptar medidas para su prohibición y poder incorporar a la oferta de vivienda para alquiler residencial o venta un buen número de viviendas.

BIBLIOGRAFÍA

Abad, I.; Sandi, A., y Petrosyan, A., «Las modificaciones operadas en la ley de propiedad horizontal por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre», *Diario La Ley* Núm. 10515, Sección Tribuna, 29 de mayo de 2024, pp. 1-8.

Alonso Pérez, M.ª T., «La financiación de la rehabilitación para mejorar la sostenibilidad de los edificios en régimen de propiedad horizontal», *AC*, núm. 7, julio 2024, pp. 1-19.

Álvarez Olalla, P., «Comentario al artículo 7.2», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 6.ª edición, 2020.

(73) *Vid.* Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., *RCDI,* p. 1083.

Bethencourt Rodríguez, G., «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», *RCDI,* núm. 776, 2019, pp. 3040-3060.

Callejo Rodríguez, C., «Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente», *RCDI*, núm. 799, 2023, pp. 2681-2728.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de Derecho, *RDP,* núm. 102, 2018, pp. 53-88.

Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 396», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 6.ª edición, 2020.

Fuentes-Lojo Rius, A., «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», *RCDI,* núm. 783, 2021, pp. 536-554.

Goñi Rodríguez de Almeida, M., «El alquiler habitacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», *RCDI,* núm. 765, 2018, pp. 496-512.

— «El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico», *RCDI,* núm. 767, 2018, pp. 1545-1556.

— «Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal», *RCDI,* núm. 786, 2021, pp. 2468-2481.

— «El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal», *RCDI,* núm. 801, 2024, pp. 431-449.

La Moneda Díaz, F., «El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica», *RCDI,* núm. 725, 2011, pp. 1477-1489.

Murga Fernández, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12. De la ley de propiedad horizontal», *RCDI,* núm. 775, 2019, pp. 2221-2276.

Muruaga Herrero, P., «Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: 13 Rue del Percebe», *RCDI,* núm. 795, 2023, pp. 13-65.

Nasarre Aznar, S., y Simón Moreno, H., «Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios», *RCDI,* núm. 778, 2020, pp. 1065-1099.

Ordás Alonso, M., *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, Bosch, Madrid, 2023.

Summers Echevarría, F. M., «Comentario al artículo 5», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 6.ª edición, 2020.

A.3 La protección constitucional de la propiedad privada*

Héctor Simón Moreno
Profesor Agregado de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili. Cátedra UNESCO de Vivienda
hector.simon@urv.cat

Resumen: *El presente trabajo aborda brevemente la protección constitucional de la propiedad privada regulada en el artículo 33 CE, que se concreta en el derecho a la tutela judicial efectiva, la reserva de ley, el respecto a su contenido esencial y la garantía expropiatoria, y muestra cómo se ha ido erosionando paulatinamente el derecho de propiedad desde la aprobación de la CE con base en la función social de la propiedad y el derecho a la vivienda.*

Palabras clave: *Derecho de propiedad privada; derecho a la vivienda; Constitución Española; función social; libertad.*

Abstract: *This work briefly addresses the constitutional protection of private property regulated in artículo 33 CE, which is specified in the right to*

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

effective judicial protection, the reservation of law, respect for its essential content and the expropriation guarantee, and reveals how the right to property has been gradually eroded since the approval of the CE based on the social function of property and the right to housing.

Keywords: *Right to private property; right to housing; Spanish Constitution; social function; freedom.*

Sumario: 1. La regulación del derecho de propiedad privada en la CE. 1.1 Su configuración como un derecho económico y social. 1.2 La doble dimensión del derecho de propiedad privada. 2. La tutela judicial efectiva. 3. La reserva de ley. 4. El contenido esencial del derecho de propiedad privada. 4.1 El concepto de contenido esencial. 4.2 El abandono del principio de proporcionalidad. 5. La garantía expropiatoria. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CE

1.1 **Su configuración como un derecho económico y social**

El derecho de propiedad privada se regula en el artículo 33 CE, que se ubica en la Sección 1.ª, Capítulo II, del Título I de la CE[(1)]. Este hecho tiene un impacto relevante en la protección que le brinda la magna carta en tanto que no se considera un derecho fundamental[(2)], lo que implica lo siguiente: a) en primer lugar, que si bien la persona interesada puede

(1) «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

(2) Con todo, el derecho de propiedad privada fue reconocido como fundamental en la STC 204/2004, de 18 de noviembre (RTC 2004\204). Esta elección del poder constituyente puede tener su origen en que su preocupación era garantizar la libertad política y el pluralismo (ausente durante el régimen franquista) porque no existían grandes controversias sobre el concepto de propiedad, ya alejado en ese momento de la concepción liberal del siglo XIX e imbuida de la función social ya presente en la Constitución de Weimar, de acuerdo con MURILLO DE LA CUEVA, 2003, pp. 286-287. De hecho, la STS de 27 de octubre de 1979 (RJ 1979\3841) mantuvo que las disposiciones del artículo 33 CE eran «escasamente innovadoras, por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes». Otra explicación plausible es que su no caracterización como derecho fundamental se deba a una cuestión práctica: su potencial servicio al interés general no casaría con una regulación por ley orgánica (menos ágil) y con una resolución de los potenciales conflictos por un recurso de amparo, de acuerdo con JUÁREZ TORREJÓN, 2022, p. 31.

buscar protección en los tribunales ordinarios en caso de violación de este derecho (quienes tienen la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad, STC 67/1988, de 18 de abril)[3], no puede beneficiarse de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (STS de 17 de julio de 1984)[4] ni está legitimada para interponer un recurso de amparo (Auto TC 82/1980, de 5 de noviembre[5] y STC 16/1981, de 18 de mayo)[6]; b) en segundo lugar, que el desarrollo del derecho de propiedad privada podrá tener lugar por ley ordinaria (art. 53.1 CE), sin que sea una materia reservada a la ley orgánica (cuya aprobación exige una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, artículo 81 CE), pero que en todo caso deberá respetar su contenido esencial; c) en tercer lugar, que su posible reforma constitucional no necesitaría del mecanismo agravado de reforma constitucional (art. 168 CE); y d) en cuarto lugar, que si bien cualquier limitación por parte del legislador a un derecho fundamental debe cumplir con un juicio de ponderación o canon de constitucionalidad (el denominado principio de proporcionalidad, STC 112/2021, de 13 de mayo)[7], éste ha sido abandonado por el TC en el ámbito del derecho de propiedad privada.

De este modo, la principal protección que la CE brindaría al derecho de propiedad privada gracias a su ubicación sistemática sería la reserva de ley y su vinculación a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el debido respeto del legislador a su contenido esencial.

1.2 **La doble dimensión del derecho de propiedad privada**

La protección constitucional del derecho de propiedad privada también depende en buena medida de la interpretación del artículo 33 CE. Desde esta perspectiva, el artículo 33.1 CE contiene una doble garantía de este derecho (STC 111/1983, de 2 de diciembre)[8]: una vertiente institucional y otra vertiente individual.

---

(3) RTC 1988\67.
(4) RJ 1984\4254.
(5) RTC 1980\82 AUTO.
(6) *BOE* núm. 143, 16 de junio de 1981.
(7) ECLI: ES: TC:2021:112. Debe analizarse, pues, «[S]i la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)». Ver también Fernández Nieto, 2008, pp. 417 ss. Sobre ello, vid. *infra* epígrafe 4.2.
(8) *BOE* núm. 298, 14 de diciembre de 1983.

Desde la vertiente institucional, el derecho de propiedad privada se configura en la CE como un elemento más de su modelo económico-social, de modo que se encontraría vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), al tiempo que constituiría un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica, como el trabajo y la libertad de empresa (art. 38 CE)[9]. La propiedad, pues, queda intrínsicamente relacionada con otros derechos y principios constitucionales como el principio de seguridad jurídica y la prohibición de irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales (art. 9.3 CE), el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) o los artículos 128.1 y 132.2 CE, que son una muestra del potencial expansivo del dominio público frente a la propiedad privada, como lo demuestra la extensión del dominio público marítimo-terrestre efectuado por la LC[10].

Y desde la vertiente individual, el artículo 33.1 CE regularía «situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial», entre ellas la propiedad inmobiliaria[11] o la agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo)[12], los derechos resultantes de un contrato de arrendamiento urbano (STC 89/1994, de 17 de abril)[13], los derechos de aprovechamiento sobre bienes de dominio público (STC 227/1988, de 29 de noviembre)[14] o las acciones de protección social (STC 154/2015, de 9 de julio)[15], pero no se recogen las meras expectativas (SSTC 144/2015, de 22 de junio y 108/1986, de 29 de julio)[16] o las situaciones adquiridas ilegalmente (STC 65/1987, de 21 de mayo)[17]. La STC 37/1987 matiza que la CE reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo «como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social». De este modo, el contenido esencial del derecho incluiría no solo una utilidad individual sino también una «dimensión supraindividual o social» (STC 227/1988). El concepto de función social no queda delimitado en la CE y permite al legislador actuar sobre el derecho de propiedad

(9) Pérez Luño y Rodríguez de Quiñones y de Torres, 1996, pp. 516 ss.; Parejo Alfonso, 2001, pp. 109 ss.; y Rodríguez de Santiago, 2008, p. 903.

(10) De esta potencialidad expansiva del dominio público frente a la propiedad privad se hace eco Murillo de la Cueva, 2003, pp. 288-289.

(11) Rodríguez de Santiago, 2008, pp. 904-905.

(12) RTC 1987\37.

(13) RTC 1994\89.

(14) RTC 1988\227.

(15) RTC 2015\154.

(16) RTC 2015\144 y RTC 1986\108, respectivamente.

(17) RTC 1987\65.

privada de distintas formas[18] en vistas de establecer, por primera vez, «verdaderos límites positivos, que favorecen la consecución de objetivos por la comunidad».[19] Además, el derecho de propiedad privada se concibe como un «derecho subjetivo debilitado» por cuanto «cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad… legitima la expropiación» (STC 111/1983), lo que entronca con otra garantía de este derecho: el mecanismo de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE).

Finalmente, el artículo 33.1 CE también incluye la garantía institucional de la herencia (*cfr.* art. 659 CC). De este modo, se garantiza al individuo la facultad de decidir el destino de sus bienes después de su muerte sin que pasen a ser de dominio público. Ello no es óbice para que el legislador pueda establecer las formas más adecuadas de ordenar la sucesión (ej. vía testamento o pacto sucesorio), aunque está por ver –debido a la protección de la familia (art. 39.1 CE) y la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)– si podría llegar a suprimir algunas limitaciones a la libertad de testar, como las legítimas[20].

Sobre estas bases se analizan a continuación los aspectos que apriorísticamente protegen el derecho de propiedad privada en la CE: la tutela judicial efectiva, la reserva de ley, el contenido esencial del derecho de propiedad privada y la garantía expropiatoria.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva se recoge en el artículo 24.1 CE de la siguiente forma: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Dentro de su contenido esencial se incluyen «las garantías de acceso a la jurisdicción y a los recursos legalmente establecidos, y de obtención de una consecuente respuesta judicial que reúna los requisitos de jurídicamente fundada, motivada y razonable» (SSTC 90/1983, de 7 de noviembre, 120/1993, de 19

(18) El legislador estaría habilitado para delimitar el derecho de propiedad privada por estas vías (López y López, 2018, pp. 52-53): «1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitiva en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes. 2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas. 3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo».

(19) Messía de la Cerda Ballesteros, RCDI, p. 3443.

(20) Riquelme Vázquez, 2020, pp. 383 ss.

de abril y 62/1997, de 7 de abril)[21], predicables de todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos (STC 164/2003, de 29 de septiembre)[22], incluido el derecho de propiedad privada, y en las que cabe incluir, por ejemplo, la garantía de un proceso contradictorio con igualdad de armas para las partes (STC 88/1999 de 26 mayo)[23] y el derecho a obtener la ejecución de sentencias (STC 205/1987, de 21 de diciembre)[24].

Con todo, este derecho solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, es decir, es un derecho de configuración legal, por lo que es posible establecer límites al acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (STC 99/1985, de 30 de septiembre)[25]. En este sentido, la persona propietaria dispone de diversas vías para defender su derecho de propiedad como la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio (art. 348 CC).

Ciertamente, el legislador ha implementado medidas que o bien afectan el acceso a la tutela judicial efectiva o bien la ejecución de las sentencias judiciales que ordenan el lanzamiento de sus ocupantes. En el primer caso, un ejemplo es la LDV, que ha implementado en las demandas que se sustancien por los artículos 250.1,2, 4 y 7 LEC nuevos requisitos de admisibilidad de la demanda si el inmueble constituye vivienda habitual de la persona ocupante y el demandante tiene la condición de gran tenedor (art. 3.1.k LDV)[26], que han sido declarados inconstitucionales por STC 26/2025, de 29 de enero[27]. Sea como fuere, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero prevé como requisito de procedibilidad de las demandas civiles (incluida, por ejemplo, la acción reivindicatoria) el haber acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (art. 5). Otro ejemplo es la Ley 5/2018, de 11 de junio[28] (considerada constitucional por STC 32/2019, de 28 de febrero)[29], que implementó un proceso especial para la recuperación de la posesión de la vivienda okupada. Y en el segundo caso, la STC 7/2024, de 16 enero ha declarado la constitucionalidad del artículo 2.2 del Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto[30], que alargaba la potestad judicial de suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas

(21) RTC 1983\90, RTC 1993\120 y RTC 1997\62.
(22) RTC 2003\164.
(23) RTC 1999\88.
(24) RTC 1987\205.
(25) RTC 1985\99.
(26) El gran tenedor debe acreditar si el ocupante se encuentra o no en situación de vulnerabilidad y el sometimiento obligatorio a un procedimiento de conciliación o intermediación (DF 5.ª LDV).
(27) *BOE* núm. 3, 3 de enero de 2025.
(28) *BOE* núm. 142, 12 de junio de 2018.
(29) ECLI: ES: TC:2019:32.
(30) *BOE* núm. 185, 4 de agosto de 2021.

personas que la estaban okupando sin título y personas económicamente vulnerables y sin alternativa habitacional hasta el 31 de octubre de 2021, dado que no afectaba a la ejecutividad de la sentencia (solo se dilataba de forma temporal). En parecidos términos, SSTC 15/2023, de 7 de marzo y 9/2023, de 22 de febrero[31]. De hecho, la primera medida de este tipo se implementó con el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo[32] en el marco de la crisis derivada de la COVID-19, cuyos ámbito subjetivo y objetivo se han ido ampliando a medida que se iba alargando el plazo temporal hasta –por el momento– el 31 de diciembre de 2024 (Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre)[33]. La problemática de estas últimas medidas es que su aprobación podía justificarse atendiendo al contexto económico y social del momento, pero con el paso el tiempo han dejado de ser una afectación mínima y temporal del derecho de propiedad pasando a ser, como defienden los votos particulares de la STC 7/2024, «una afectación indefinida» al contenido esencial del derecho de propiedad[34].

En fin, el derecho a la tutela judicial efectiva protege el derecho a la propiedad privada, pero puede verse modulado por el legislador por la aplicación de principios rectores de la CE como el derecho a la vivienda (art. 47 CE)[35].

3. LA RESERVA DE LEY

La reserva de ley para desarrollar el derecho de propiedad privada es relativa, en tanto que no se exige una ley orgánica. El legislador competente para llevar a cabo dicho desarrollo será quien tiene atribuida la tutela de tales intereses o la competencia en relación con cada materia que pueda

(31) ECLI: ES: TC:2023:15 y ECLI: ES: TC:2023:9, respectivamente.

(32) *BOE* núm. 91, 1 de abril de 2020.

(33) *BOE* núm. 310, 28 de diciembre de 2023. En efecto, la medida afectaba en un primer momento únicamente a los juicios sobre reclamación de renta/cantidades debidas o la expiración del plazo de duración (art. 1. RDL 11/2020), afectando a arrendadores personas físicas o jurídicas, mientras que a partir del RDL 21/2021 (nuevo artículo 1 bis RDL 11/2020) se incluye la posibilidad de suspensión del lanzamiento personas vulnerables en juicios posesorios (arts. 250.2, 4 y 7 LEC) y penales por usurpación no violenta (art. 245.2 CP), afectando solo a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas.

(34) Sobre ello, vid. *infra* epígrafe 4.2.

(35) Así concluye Rodríguez –Izquierdo Serrano, REDC, p. 67 al analizar las SSTC 161/2021, de 4 de octubre (ECLI: ES: TC:2021:161) y 113/2021, de 31 de mayo (ECLI: ES: TC:2021:113), en las que se produjo una vulneración del artículo 24 CE. La primera porque una persona con discapacidad fue desalojada de la vivienda por impago del alquiler y el tribunal no tuvo en cuenta las dificultades cognitivas que le colocaban en una situación de vulnerabilidad; en la segunda, el tribunal no tuvo en consideración la situación de vulnerabilidad de la familia y el nacimiento de un menor incapacitado antes de la ejecución de la sentencia.

incidir sobre el contenido del derecho de propiedad (STC 37/1987), por lo que será el legislador estatal o autonómico según el reparto de competencias establecido en los artículos 148 y siguientes CE. En este reparto, el Estado goza de determinadas competencias que inciden directamente en el derecho de propiedad privada y en el derecho a la vivienda, previstas en los artículos 149.1 («condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»), 149.1.8 (que prevé la competencia exclusiva del legislador estatal en materia de derecho civil) y 149.1.13 CE («bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»), y que le permiten, por un lado, aprobar legislación estatal sobre vivienda (por ejemplo, la LDV, artículo 149.1.1 CE)[36] y, por otro, los planes estatales de vivienda (art. 149.1.13 CE; STC 79/2024, de 21 de mayo)[37]. Desde la perspectiva autonómica, un ejemplo del respeto a las competencias aludidas es el régimen de contención de rentas implementado por la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre[38], que limitaba la renta pactada al inicio del contrato al precio de referencia de una vivienda de características análogas que determinase el departamento competente en materia de vivienda (arts. 6 y 7). La STC 57/2022, de 7 de abril[39] declaró inconstitucional estas disposiciones dado que el Estado es el competente para «fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda». Otro ejemplo es la expropiación forzosa de las viviendas incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, cuando en ella residan personas en especiales circunstancias de emergencia social[40]. La STC 93/2015 (y las posteriores que tratan la misma temática)[41] entiende que esta medida es

(36) Con todo, el artículo 149.1.1 CE se ha interpretado en el sentido de que al «Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho» (STC 156/1995, de 26 de octubre; RTC 1995\156). Del mismo modo, el TC ha perfilado en qué consisten las «condiciones básicas» en relación con la propiedad urbanística, de modo que «Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales» (STC 61/1997, de 20 de marzo; RTC 1997\61).

(37) ECLI: ES: TC:2024:79.

(38) *BOE* núm. 258, 29 de septiembre de 2020. Sobre las consecuencias indeseadas de esta normativa ver Nasarre Aznar, 2020.

(39) *BOE* núm. 113, 12 de mayo de 2022.

(40) Prevista en DA segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (BOJA núm. 69, 11 de abril de 2013).

(41) Ver las SSTC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI: ES: TC:2018:16), 32/2018, de 12 de abril (ECLI: ES: TC:2018:32); 43/2018, de 26 de abril (ECLI: ES: TC:2018:43), 80/2018, de 5 de julio (ECLI: ES: TC:2018:80) y 97/2018, de 19 de septiembre (ECLI: ES: TC:2018:97).

inconstitucional dado que interfiere de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (art. 149.1.13 CE) al afectar a las medidas de política económica ya existentes[42].

En relación con la ley, ésta podrá ser una ley ordinaria, un decreto legislativo (art. 82 CE, como el vigente LSRU) o un decreto-ley, previsto en el artículo 86.1 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad. El uso de esta última norma no debe ser abusivo o arbitrario y debe existir una relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que se adoptan en el decreto-ley (STC 145/2023, de 25 de octubre[43], entre otras). En el ámbito del derecho de propiedad privada y la vivienda, el TC avaló en sus inicios una expropiación legislativa singular por decreto-ley al tratarse de un supuesto excepcional (el denominado caso «Rumasa», SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, 166/1986, de 19 de diciembre y 6/1991, de 15 de enero)[44], y recientemente ha vuelto a avalar –de forma discutible– la existencia de dicha urgencia y necesidad en relación, por ejemplo, al Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler[45] (STC 14/2020, de 28 de enero)[46] y el Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto[47] (STC 8/2023, de 22 de febrero)[48].

En cualquier caso, un límite al uso del decreto-ley en el ámbito del derecho de propiedad privada es el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE), que solo podrá desarrollarse por ley ordinaria. Así lo entendió la STC 16/2021, de 28 de enero[49], que declaró la nulidad de varios de los preceptos del Decreto-ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de Medidas Urgentes para Mejorar el Acceso a la Vivienda[50] por establecerse mediante decreto-ley, en particular los que obligaban a los propietarios de viviendas a su alquiler forzoso[51], y la ya mencionada

(42) En este caso, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables en el proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria (art. 1 y DA primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *BOE* núm. 116, 15 de mayo de 2013).

(43) *BOE* núm. 55, 5 de marzo de 2019.

(44) RTC 1983\111, RTC 1986\166 y RTC 1991\6, respectivamente. Ver Rodríguez de Santiago, RAP, pp. 160 ss.

(45) Una crítica fundada en la ausencia de datos reales que justifiquen la urgencia y necesidad puede verse en Garcia Teruel y Nasarre Aznar, RCDI, pp. 200-201.

(46) ECLI: ES: TC:2020:14.

(47) *BOE* núm. 218, 13 de agosto de 2020.

(48) *BOE* núm. 77, 31 de marzo de 2023.

(49) *BOE* núm. 46, 23 de febrero de 2021.

(50) *BOE* núm. 45, 30 de diciembre de 2019.

(51) La norma impone la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de interponer determinadas demandas judiciales, por ejemplo una acción ejecutiva derivada de la reclama-

STC 93/2015, que declaró inconstitucional el artículo 25 del DL 6/2013 referido a las viviendas deshabitadas; en otras ocasiones, el TC ha entendido justificado el uso del decreto-ley en relación a la protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica por su carácter temporal y por ser una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo (ver las ya citadas SSTC 7/2024, 15/2023 y 9/2023).

Finalmente, reseñar que el TC (SSTC 37/1987 y 141/2014) [52] también ha legitimado a la Administración para el desarrollo del derecho de propiedad privada «de acuerdo con las leyes» (art. 33.2 CE), siempre y cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria [53].

4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

4.1 **El concepto de contenido esencial**

El contenido esencial puede explicarse básicamente a través de dos teorías: la absoluta y la relativa [54]. La primera defiende que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial material, inmutable e indisponible que no puede ser restringido por el legislador, es decir, éste solo puede limitar la parte que se consideraría no esencial o la periferia del derecho; y la segunda defiende que sí que se podría limitar de forma justificada un derecho fundamental a través de una ponderación entre el sacrificio que se lleva a cabo sobre un derecho y el beneficio que se extrae de éste (principio de proporcionalidad). Por tanto, no se parte en este último caso de un contenido previo del derecho a la hora de valorar las limitaciones a los derechos fundamentales.

---

ción de una deuda hipotecaria o una demandas de desahucio, incluso en casos en los que no existe un título que habilite a ocupar la vivienda (okupas) (Disposición Adicional primera Ley 24/2015). En palabras del TC, eran «medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad […] que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos –obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social– que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la administración». Dichas obligaciones se han vuelto implementar por la Ley catalana 1/2022, de 3 de marzo (*BOE* núm. 65, 17 de marzo de 2022).

(52) RTC 2014\141.

(53) Se veda así «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos». Sobre la potestad reglamentaria del Gobierno ver STC 77/1985, de 27 de julio (RTC 1985\77).

(54) Lothar, 2009, pp. 177 ss.

Ciertamente, las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre[55] y 11/1981, de 8 de abril[56], 37/1987 y 112/2006, de 5 de abril[57] admiten la existencia de un contenido esencial del derecho de propiedad privada, sirviendo para su determinación dos vías complementarias. La primera es a través de su configuración dogmática, con lo que dicho contenido vendría determinado por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para la recognoscibilidad derecho[58]; y, en segundo lugar, a través de la jurisprudencia de intereses[59]. Además, el TC defiende que el contenido esencial del derecho de propiedad no debe descansar exclusivamente en el CC atendiendo a los «diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (STC 37/1987).

Pues bien, el TC, durante sus primeros años de actividad[60], relega el contenido esencial del derecho de propiedad privada a una utilidad económica en favor del propietario[61]. Ejemplos son la STC 37/1987, que defiende que la expropiación temporal (por doce años) del uso y disfrute de unas tierras agrícolas es constitucional dado que no se priva al propietario de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación, la STC 89/1994, de 17 de marzo[62], en la que el TC tampoco estima que sea inconstitucional la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento urbano, que va unida a una congelación de la renta, dado que se configura como una «afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible», o la STC 227/1988, en relación con el límite temporal de 75 años de los derechos de aprovechamiento de aguas públicas implementado por la Ley 29/1985 (el TC niega que exista

(55) *BOE* núm. 285, 28 de noviembre de 1981.

(56) *BOE* núm. 99, 25 de abril de 1981.

(57) *BOE* núm. 110, 9 de mayo de 2006.

(58) Es decir, es «recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

(59) «Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

(60) En palabras de Rodríguez de Santiago, RAP, p. 160, «el núcleo (y, quizás, algo más que eso) de la doctrina constitucional sobre las garantías del artículo 33 CE fue creado por las respuestas del Tribunal Constitucional, en sus diez primeros años de actividad».

(61) Agudo González, RAP, pp. 15, 20 y 21. Ello supone, siguiendo a Simou, «la máxima relativización de la garantía prevista en el artículo 53.1 CE y la superación de cualquier "residuo" de las tesis absolutas del "contenido esencial" de los derechos fundamentales» (Simou, Indret, p. 15). De este modo, el criterio que ha seguido el TC en los últimos 35 años para enjuiciar la violación del contenido esencial de la propiedad sería el de la recognoscibilidad del derecho, es decir, en «la garantía de una rentabilidad económica exclusivamente individual del objeto para su propietario», p. 44.

(62) RTC 1994\89.

una expropiación sino una delimitación del contenido del derecho). Se identifica, pues, el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, de forma que el contenido del derecho queda configurado a través de dicho principio, no de forma previa[63]. El efecto de la adopción de esta postura ya se puso de relieve en los votos particulares de la STC 89/1994 al afirmar que el contenido esencial pasaba a considerarse «lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico». Se alinea, pues, el TC con la teoría relativa del contenido esencial.

Nótese que la CE y el TC desnaturalizan el concepto liberal de propiedad heredero de la revolución francesa[64] por diferentes vías:

a) En primer lugar, ponen las bases para la intervención del derecho público en la propiedad privada con base en la función social, que quedaría integrada dentro de su contenido esencial. De hecho, el TC ha validado la normativa autonómica aprobada en los últimos años que ha delimitado el derecho de propiedad privada con base en la función social de la propiedad y en el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)[65], de modo que ha sido el legislador autonómico competente en materia de vivienda (no competente en materia de Derecho civil) el que ha decidido cómo se concreta dicho contenido en conexión con el derecho a la vivienda (vertiente institucional) y ha modulado las facultades de uso y disfrute del propietario de una vivienda del artículo 348 CC (por ejemplo, el deber de su ocupación efectiva, cuyo incumplimiento puede desembocar en medidas sancionadoras y expropiatorias), en particular de las personas jurídicas. De este modo, es relevante, primero, que la delimitación del contenido del derecho de propiedad privada corresponda tanto a la norma civil como a las leyes que protegen los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada[66]; y, segundo, que se establezca una regulación diferente para determinados colectivos con difícil encaje en el artículo 33.2

(63) Fernández Nieto, 2008, pp. 645 y 646.

(64) El Código Civil francés definió la propiedad como un derecho absoluto, individual y libre de cargas para superar las características de la propiedad feudal (art. 544).

(65) La mayoría de las leyes autonómicas que se amparan en la función social regulan su incumplimiento cuando la vivienda se encuentra desocupada, y abordan en menor medida el incumplimiento de los deberes de conservación, mantenimiento y rehabilitación de la vivienda o su sobreocupación, el deber de ofrecer una propuesta de alquiler social de manera previa a la interposición de una demanda judicial o derechos de tanteo y retracto legales a favor de la Administración. Ello se analiza con mayor profundidad en Simón Moreno, 2023, p. 141 ss.

(66) Arias Martínez, 2019, p. 117. Ello demuestra que el derecho de propiedad «ha experimentado una modulación en ocasiones tan intensa como consecuencia de la intervención legislativa y administrativa que, apenas se reconoce desde la fórmula del Código Civil» (Murillo de la Cueva, 2003, p. 291).

CE, dado que la función social conecta sobre el bien en cuestión, no sobre sus titulares (67).

Esta evolución implica un deterioro paulatino del derecho de propiedad privada como garante frente a la actuación del Estado (68), que también puede apreciarse en la garantía expropiatoria (69). En efecto, la realidad nos muestra que el TC ha ido aceptando la progresiva delimitación del derecho de propiedad privada con el peligro de que acabe siendo «una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario», y se trata de una situación que «es un camino de sentido único. No hay por ahora vuelta atrás» (70).

En nuestra opinión, compartimos la afirmación de que «la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial» (71). Dicha función quedaría, por tanto, fuera del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Tampoco estamos de acuerdo con que la «recogniscibilidad» y los «intereses jurídicamente protegibles» de este derecho deban quedar relegados a una vaporosa utilidad económica. En esta línea, entendemos que no puede obviarse que el artículo 348 CC constituye un parámetro extraconstitucional para averiguar «el núcleo de facultades comúnmente asignado a las relaciones de propiedad» (72). En efecto, es plausible defender que no puede conseguirse una «utilidad individual» sin precisamente las facultades de uso, disfrute o disposición (73). Y es en este punto donde sale a relucir el

(67) Siguiendo a Verdera Server, ADC, pp. 911 y 912, quien apunta que «La función social corresponde a la propiedad, no a su titular». En otro lugar ya comentamos que el distinto trato entre personas físicas o jurídicas en la normativa autonómica no se justifica por el TC ni se deriva del artículo 33, Simón Moreno, 2023, p. 164 ss).

(68) Como bien argumenta Juárez Torrejón, 2022, p. 30, «el Estado no crea el derecho de propiedad, este derecho no surge de la ley; más bien al contrario, debe reconocerlo y protegerlo».

(69) Vid. *infra* epígrafe 5.

(70) Verdera Server, 2023, pp. 939 y 942.

(71) Rodríguez de Santiago, 2008, p. 910.

(72) Pérez Luño, y Rodríguez de Quiñones y de Torres, 1996, p. 519; Díez Picazo, 1991, p. 1264, quien defiende que «no se puede configurar una propiedad con privación de *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*». A favor, también, Juárez Torrejón, 2022. Como apunta Rodríguez Molinero, 1994, p. 1133: «Por mucho que se empeñen en demostrar lo contrario algunos comentaristas, el concepto de propiedad presente en la Constitución de 1978, como ocurre con otras Constituciones europeas similares, procede de la tradición doctrinal del Derecho privado romano, cuyo principal exponente legislativo fue la codificación civil; solo en muy escasa medida es tributario de una determinada Teoría del Estado y de la Sociedad».

(73) Agudo González, RAP, pp. 13-14. Ya la STS de 21 de febrero de 1981 (RJ 1981\1147) defendía que «por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística […] la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el C. Civ. (arts. 348, 349, 350) y la propia Constitución Española (art. 33)».

último reducto de del derecho de propiedad privada: la expropiación forzosa[74].

b) En segundo lugar, la vertiente individual del derecho queda relegada a un segundo plano en favor de su vertiente institucional y los intereses de la colectividad[75]. De hecho, nótese que el TC se aleja de la vinculación de la propiedad con el libre desarrollo de la personalidad y su relevancia para proteger la libertad del individuo[76] en la vertiente más institucional derecho, en pro de la consecución de los intereses colectivos.

c) Y, en tercer lugar, que la incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes permite al legislador dotarlos de un estatuto jurídico específico. Ejemplos son la regulación estatutaria de la propiedad del suelo[77] (SSTC 164/2001, de 11 de julio[78] y 61/1997) o el nuevo régimen estatuario de la propiedad de una vivienda previsto en el artículo 10.1.a) LDV[79]. De aquí surge otra consecuencia más allá del progresivo intervencionismo público en el ámbito del derecho de propiedad privada: el progresivo carácter secundario del derecho de propiedad en el artículo 348 CC, al que solo deberá acudirse en ausencia de un régimen estatutario específico[80].

---

(74) Como comenta Rey Martínez, repárese en que «la doctrina de la devaluación constitucional de la propiedad (que procede del franquismo y del régimen republicano –con matices, por supuesto, diferentes–, y, a su vez, de la Constitución de Weimar) se presenta como la superación de la concepción civilista, liberal a individual del dominio […] pero comparte con ella la afirmación de la carencia de un contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad (con la única excepción de la expropiación forzosa)», Rey Martínez, 1994 p. 182.

(75) Como apunta de nuevo Rey Martínez, 2006, pp. 962 y 972, el derecho de propiedad se convierte en «una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad de la actividad administrativa, pues su reconocimiento constitucional no tendría más efecto que el de una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero el estatuto jurídico correspondiente a cada tipo de bien, con atención preferente a su utilidad social». La conexión entre el derecho de propiedad con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad es inexistente en la jurisprudencia constitucional (Rodríguez de Santiago, RAP, p. 165).

(76) Messía de la Cerda Ballesteros, RCDI, p. 3442.

(77) De hecho, artículo 11.1 LSRU dispone que «El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

(78) *BOE* núm. 194, 14 de agosto de 2001.

(79) Este precepto dispone que el derecho de propiedad comprende «las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación». El artículo 11.1.a) LDV regula el correlativo deber derivado de la propiedad de una vivienda. Nótese que los artículos 10 y 11 LDV se basan en la competencia del Estado en materia de legislación civil (DF sexta), de forma que las facultades inherentes a la propiedad de una vivienda pasarían a un régimen especial (Nasarre Aznar, 2022, p. 10).

(80) Verdera Server, ADC, pp. 869-870.

4.2 **El abandono del principio de proporcionalidad**

El progresivo deterioro del derecho de propiedad privada también se observa en el hecho de que haya dejado de tener como garantía la aplicación del principio de proporcionalidad. Las SSTC 112/2021 y 16/2018 defendieron que el legislador, en relación a las multas coercitivas e, incluso, la expropiación de la viviendas vacías «no encuentra [más allá del contenido esencial] otro límite que el de no sobrepasar el "equilibrio justo" o "relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida" […] teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones».

El TC se basa en la doctrina del TEDH[81], que exige que toda injerencia en el derecho de propiedad sea legal, busque un objetivo legítimo «de interés público» y se valore el «equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona» y la «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida», en la que el legislador tiene un amplio margen de apreciación. Pues bien, de las posibles vías para incidir en el derecho de propiedad previstas en el CEDH, estas son, las interferencias en el disfrute pacífico del derecho, la privación de la propiedad y las regulaciones de su uso, la interpretación estricta de la privación y/o expropiación por parte del TEDH (en el sentido de que debe ser total y permanente) ha provocado que la mayoría de limitaciones al derecho de propiedad se hayan considerado regulaciones de su uso, al tiempo que la aplicación laxa de la exigencia del justo equilibrio ha llevado a una presunción en la práctica de que el acto restrictivo cumple con el interés público, que se ha interpretado por tanto de manera amplia. Además, el TEDH ha afirmado que está impedido de examinar si la norma cuestionada representaba, entre todas las alternativas posibles, la mejor solución para afrontar el problema, o si la discreción legislativa debía haberse ejercitado de otro modo[82].

La adopción de esta doctrina por el TC supone un rechazo explícito al uso del principio de proporcionalidad como criterio para valorar las

(81) Ver por ejemplo el caso *James y otros c. Reino Unido*, Sentencia 8793/79, 21 de febrero de 1986, § 50.

(82) De acuerdo con el análisis de Cuevas, y Poyanco Bugueño, 2020, pp. 134 ss. Los autores analizan diversas sentencias del TEDH relativas a medidas de austeridad implementadas por algunos Estados que suponían interferencias relevantes en el derecho de propiedad, que son bendecidas en su mayoría por el TEDH. Defienden, con razón que, «el problema reside, en realidad, en los propios estándares creados por dicho Tribunal para proteger el derecho de propiedad», p. 148.

restricciones al derecho de propiedad[83], sustituyéndolo por un laxo escrutinio[84] en contra, por ejemplo, del criterio mantenido por la STC 48/2005, de 3 de marzo[85] en un supuesto de expropiación (art. 33.3 CE). Como puede intuirse, el canon hermenéutico del principio de proporcionalidad, en particular la proporcionalidad en sentido estricto, es más intenso que el previsto en la doctrina TEDH asumida por el TC. Nótese que el respeto a la legalidad y el interés público que exige el TEDH podrían subsumirse dentro del principio de idoneidad, pero la concepción del «justo equilibrio» y la relación medios/finalidad del TEDH es tan laxa que no permite subsumirlos siquiera dentro del juicio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, dado que el TEDH, como ya se ha dicho, ni siquiera entra a analizar la conveniencia o eficacia de otras medidas menos lesivas[86]. En la práctica, ello «determina una mayor deferencia hacia las decisiones legislativas que afectan al derecho de propiedad»[87].

5. LA GARANTÍA EXPROPIATORIA

El artículo 33.3 CE prevé que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Atendiendo a la STC 116/2019, de 16 de octubre[88], las garantías que encierra el artículo 33.3 CE respecto al derecho de propiedad privada son las siguientes:

a) En primer lugar, debe existir un fin de utilidad pública o interés social, o causa *expropiandi*, en tanto que «la expropiación forzosa supone la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses

(83) La STC 112/2021 lo expresa en los siguientes términos: «ni en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto ex Constitutione al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)».

(84) Quadra-Salcedo Janini, 2022, pp. 95-96.

(85) *BOE* núm. 81, 5 de abril de 2005.

(86) En este sentido, ver los argumentos de Rodríguez de Santiago, 2018.

(87) Verdera Server, 2023, pp. 898 y 899. Como apunta el propio autor en Verdera Server, 2024, pp. 93 ss., la STC 68/2023, de 22 de noviembre (ECLI: ES: TC:2023:168), que declaró que la suspensión del plazo para iniciar la expropiación rogada (y sus sucesivas prórrogas) prevista en una normativa autonómica era contraria al artículo 33.3 CE no supone un cambio de rumbo. Se trataría, pues, de «un espejismo, explicable acaso por lo burdo del comportamiento del legislador valenciano».

(88) ECLI: ES: TC:2019:116.

patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social» (STC 108/1986, de 29 de julio) [89]. La causa *expropiandi*, es decir, la finalidad para la que se utilizará el bien expropiado, deberá ser determinada por el legislador (STC 166/1986, de 19 de diciembre [90], quien tiene un amplio margen de maniobra, STS de 16 de julio de 1997) [91] y funciona como criterio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida expropiatoria, que evita la arbitrariedad de las autoridades públicas e impide que el procedimiento de expropiación persiga intereses particulares. El derecho de reversión no forma parte del contenido del artículo 33.3 CE y, por tanto, es un derecho de configuración legal (STC 67/1988, de 18 de abril).

b) El expropiado tiene derecho a la correspondiente indemnización, dado que así se «asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial» (STC 37/1987), sin que se tengan en consideración las ganancias futuras esperadas o las expectativas. Además, el artículo 33.3 CE no es motivo para interponer recurso de apelación ante el TC en lo que respecta a la fijación de la indemnización (STS de 22 de septiembre de 2014) [92]. En el caso que las partes no lleguen a un acuerdo en cuanto al justiprecio, los sujetos expropiados deberán aceptar de manera obligatoria el justiprecio calculado por parte del Jurado de Expropiación. Una vez pagado éste, el beneficiario de la expropiación puede proceder a la ocupación del bien y/o derecho expropiado (art. 51.1 LEF). Con todo, el artículo 52 LEF configura un procedimiento expropiatorio de urgencia que se ha convertido en la norma– que se caracteriza por la ocupación de los bienes objeto de expropiación con anterioridad a la fijación y pago del justiprecio y con anterioridad también a la resolución definitiva de los posibles recursos, de modo que no es imperativo que el pago del justiprecio tenga lugar con anterioridad a la ocupación de los bienes por parte de la Administración. Nótese que la CE abandona la protección que en su día dispensó la Revolución Francesa al derecho de propiedad privada: la necesaria intervención de los tribunales civiles (sustituidos actualmente por los tribunales de expropiación) y la configuración de la expropiación como una garantía frente a la desposesión por parte del Estado (hoy convertida en una potestad de la Administración). Este hecho, unido a la generalización del procedimiento de urgencia, su consideración como derecho económico y social en la CE, la posibilidad de ocupación del bien expropiado

(89) RTC 1986\108.
(90) RTC 1986\108.
(91) RJ 1997\6079.
(92) ECLI: ES: TS:2014:3776.

antes del pago del justiprecio y la admisión de la expropiación mediante leyes singulares (como en el mencionado «Caso Rumasa»), provoca que la defensa del derecho de propiedad privada quede limitada a la reclamación (en última instancia ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa) de un precio justo por la privación de los bienes[93].

En este sentido, el pago de una indemnización dependerá de si se considera una delimitación o regulación general del contenido del derecho (art. 33.2 CE) o una privación singular o ablación de un derecho interés patrimonial (art. 33.3 CE), que sería inconstitucional sin la debida indemnización (SSTC 227/1988 y 204/2004). No siempre es fácil distinguir entre una y otra[94], por lo que habrá que analizar en qué medida la actuación de la Administración afecta al conjunto de facultades de la persona propietaria. En este sentido, cuando se afecte al contenido esencial del derecho de propiedad privada estaremos ante una expropiación, «sin importar el grado de mayor o menor generalidad de la medida interventora»[95]. En relación con el derecho a la vivienda, en los últimos años han proliferado normas a nivel autonómico que prevén la expropiación del uso o usufructo de las viviendas que permanecen vacías por un período de tiempo para su alquiler posterior con finalidades sociales[96]. En ellas se suele recoger la causa de utilidad pública o interés social y la declaración de urgencia, y usualmente afecta a las personas jurídicas, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos. Esta normativa plantea diversos problemas en relación con el derecho (problemática de un arrendamiento siendo titular de un derecho de uso) y el sujeto (¿por qué tienen un tratamiento distinto las personas jurídicas?) expropiados, así como con el respeto al principio de proporcionalidad y el de idoneidad (art. 103 CE)[97], al tiempo que la eficacia de estas medidas (es decir, el coste que le genera a la Administración y el número de viviendas que finalmente se destinan a alquiler social) todavía está por demostrar. Por ello no compartimos que el TC haya declarado estas medidas expropiatorias implementadas a nivel autonómico: tienen una incidencia especialmente intensa en los derechos de uso y disfrute del propietario (contenido esencial) y en la utilidad económica resultante.

(93) Ver las reflexiones plenamente vigentes de Parada Vázquez, 1991, pp. 1271 ss.

(94) La naturaleza singular de la privación, la intensidad del sacrificio, el carácter especial del sacrificio, la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas (no indemnizables), la existencia de un beneficiario, la vulneración del principio de protección de la confianza o el carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita, que enumera Verdera Server, 2023, pp. 929 ss.

(95) López y López, 2023, p. 27.

(96) Sobre ello ver Simón Moreno, 2023, pp. 153 ss.

(97) Ver en este sentido Argelich Comelles, 2018, pp. 105 ss.

c) Finalmente, la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes, dado que se prevé un «sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas» (STC 301/1993, de 21 de octubre) [98]. La potestad expropiatoria es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE), y la normativa de referencia es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 [99] y su Reglamento de 26 de abril de 1957 [100], si bien las CCAA tienen la potestad de determinar legalmente la *causa expropiandi* en aquellos sectores que sean de su competencia. Es la Administración, en definitiva, quien ejecuta unilateralmente la expropiación y quien resuelva unilateralmente las reclamaciones e indemnizaciones que le puedan corresponder al expropiado.

BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, J., «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011.

Argelich Comelles, C., «Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 2018.

Arias Martínez, M. A., «Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, Vol. 11, 2019.

Cuevas, I. C., y Poyanco Bugueño, R., «La privación parcial al derecho de propiedad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a medidas de recorte o suspensión de remuneraciones y beneficios sociales», *Revista Ius et Praxis*, Vol. 3, 2020.

Díez Picazo, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en Martín Retortillo, S. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.

Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, 2008.

Garcia Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022.

(98) RTC 1993\301.
(99) *BOE* núm. 351, 16 de diciembre de 1954,.
(100) *BOE* núm. 160, 26 de abril de 1957.

Juárez Torrejón, Á., «El Derecho de propiedad y vivienda: perfiles constitucionales y legales», en Rodríguez de Almeida, M. G. (ed.), «Nuevo» *derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, 2022.

López y López, Á. M., «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2023.

— *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Valencia, 2018.

Lothar, M., «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 11, 2009.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A., «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020.

Murillo de la Cueva, P. L., «Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 51, núm. 1, 2003.

Nasarre Aznar, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*. Fedea, 2022. Disponible en: https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf (visitado el 30.7.2024).

— *El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos*, Hay Derecho, 28 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2020/10/28/control-renta-arrendamientos-urbanos-vivienda-cataluna-riesgo-excluir/ (visitado el 30.7.2024).

Parada Vázquez, J. M., «El artículo 33.3 de la Constitución y crisis de la garantía expropiatoria», en Martín-Retortillo, S. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, 1991.

Parejo Alfonso, L. J., «Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia», en López Guerra, L. M. (coord.). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, 2001.

Pérez Luño, A-E. y Rodríguez de Quiñones y de Torres, A., «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en Alzaga Villaamil, O. (coord.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996.

Quadra-Salcedo Janini, T. de la, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.

Rey Martínez, F., «El devaluado derecho de propiedad privada. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, 26 de marzo», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. 55, 2006. Disponible en: https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/31846 (visitado el 30 de julio de 2024).

— «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994.

Riquelme Vázquez, P., «La herencia como garantía de instituto en la Constitución Española de 1978», en Fuenteseca, M. y Noriega, L. (Coords.), *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, J. M. Bosch Editor, 2020.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M., «La vulnerabilidad frente a los desalojos forzosos de vivienda como tendencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 130, 2024.

Rodríguez de Santiago, J. M., «Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2018. Disponible en: https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada (visitado el 30 de julio de 2024).

— «Artículo 33», en Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, 2008.

— «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008.

Rodríguez Molinero, M., «Entre liberalismo y socialismo: la regulación constitucional de la propiedad privada», en Ministerio de Justicia (dir.), *Sistema económico de la Constitución Española*, Vol. 1, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.

Simón Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho privado y Constitución*, núm. 42, 2023. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-42-enerojunio-2023/la-evolucion-constitucional-de-la-funcion-social-de-la-propiedad-y-el-nuevo-regimen-del-derecho-de (visitado el 30 de julio de 2024).

Simou, S., «La configuración filoclimática del derecho de propiedad», *InDret*, *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3, 2017. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1320.pdf (visitado el 30 de julio de 2024).

Verdera Server, R., «Pro propietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXVI, Vol. III, 2023. Disponible en: https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/10099 (visitado el 30 de julio de 2024).

Verdera Server, R., «¿Otro gato de Schrödinger? Sobre la suspensión del procedimiento de expropiación rogada (comentario a la STC 168/2023, de 22 de noviembre)», *Derecho Privado y Constitución*, Vol. 44, 2024. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-07/40504dpyc4403verdera-server.html (visitado el 30 de julio de 2024).

B.1 Aspectos prácticos relevantes en la regulación del contrato de arrendamiento de vivienda*

Carmen Callejo Rodríguez
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

Resumen: *El presente trabajo aborda diversas cuestiones que resultan altamente controvertidas dentro del marco normativo que regula el contrato de arrendamiento de vivienda. Estas cuestiones adquieren especial relevancia tanto por la significativa conflictividad judicial que han generado, como por su actualidad, derivada en gran medida de las recientes reformas legislativas introducidas por la LDV. En particular, se analiza el arrendamiento de habitaciones a partir de la determinación del objeto contractual. En cuanto a la duración del contrato, se estudia su prórroga, con especial atención a las prórrogas legales extraordinarias; y se alude a los requisitos pre-*

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

cisos para que tenga lugar la subrogación por muerte del arrendatario. De igual modo, se examinan las novedades normativas relativas a los gastos de formalización del contrato y el reconocimiento del derecho de información del arrendatario, para finalizar con la referencia a las modificaciones procesales recogidas en la LDV.

Palabras clave: *Arrendamiento. Vivienda. Alquiler de habitaciones. Duración. Prórroga. Fianza. Resolución del contrato. Desahucio.*

Abstract: *The present work addresses various issues that are highly controversial within the regulatory framework governing residential lease contracts. These issues are particularly relevant both because of the significant judicial conflict they have generated and due to their current relevance, largely derived from the recent legislative reforms introduced by the LDV. Specifically, the lease of rooms is analyzed based on the determination of the contractual object. Regarding the duration of the contract, its extension is studied, with particular attention to extraordinary legal extensions, and the precise requirements for the occurrence of subrogation upon the death of the lessee are mentioned. Likewise, the new regulations concerning the costs of formalizing the contract and the recognition of the tenant's right to information are examined, concluding with a reference to the procedural modifications included in the LDV.*

Keywords: *Lease. Housing. Room rental. Duration. Extension. Security deposit. Termination of the contract. Eviction.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto del contrato: el alquiler de habitaciones. 3. Problemas relativos a la duración del contrato. 3.1 La excepción a la prórroga obligatoria del contrato en caso de necesidad personal o familiar del arrendador. 3.2 Prórroga tácita del contrato. 3.3 Prórrogas legales extraordinarias. 3.4 Muerte del arrendatario. 4. Renta y limitación de garantías. 5. Gastos de la formalización del contrato y derecho de información del arrendatario. 6. Resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones. Novedades procesales introducidas por la Ley por el derecho a la vivienda. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El mandato constitucional atribuido a los poderes públicos de establecer las disposiciones necesarias para garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución Española, constituye un principio rector de la política social y económica. En cumplimiento de este mandato, corresponde a dichos poderes promover

las condiciones indispensables y dictar las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Dicho propósito no se limita exclusivamente a la formulación e implementación de políticas públicas en materia de vivienda, sino que también abarca la regulación jurídico-privada de las diversas modalidades de tenencia de viviendas y, de forma muy particular, como principal alternativa al disfrute en propiedad, la regulación sustantiva de los contratos de arrendamiento(1).

Sin duda estamos ante un sector de importante repercusión económica y social, cuya regulación ha ido variando en función del planteamiento ideológico del legislador acerca de la mejor manera de cumplir el objetivo de dar respuesta a los problemas de vivienda de la población(2), pero buscando al mismo tiempo un equilibrio entre los intereses de ambas partes del contrato. En cuanto a la parte arrendataria, hay dos características que son de especial importancia: la asequibilidad y la estabilidad temporal. La asequibilidad implica que el costo de acceso a una vivienda de alquiler, así como el cumplimiento de las obligaciones contractuales a lo largo del arrendamiento, sea una carga soportable para la economía personal o familiar; y la estabilidad temporal asegura una permanencia en la vivienda durante un periodo razonable. A su vez, en un sistema que depende significativamente de la provisión privada de viviendas, la asequibilidad está fundamentalmente ligada a la disponibilidad de oferta; y la generación de dicha oferta, a su vez, depende de las condiciones que un régimen de arrendamiento debe satisfacer para ser atractivo a la parte arrendadora: la rentabilidad, comparada con otras opciones de inversión y, particularmente, con la explotación de la propiedad inmobiliaria, y la seguridad jurídica, la cual requiere que el marco normativo sea claro, estable y que se pueda hacer cumplir con prontitud(3).

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU), parte de la diferencia de trato entre el arrendamiento de vivienda y el de cualesquiera otros inmuebles urbanos con diferente destino, que encuentra su fundamento en el ya referido artículo 47 de la Constitución española. Además, este precepto constitucional ha resultado determinante para restringir el concepto de vivienda en relación con el contrato de arrendamiento y para adoptar un régimen de tipo tuitivo de los intereses del arrendatario que se manifiesta en el carácter irrenunciable de los derechos que se le reconocen, pues no se podrán incluir estipulaciones contractuales que se aparten del régimen legal en perjuicio del arrendatario, excepto en aquellos casos en que la ley lo autorice (art. 6 LAU).

(1) Como señala Ferrer i Riba, J., 2021, pp. 287-288.
(2) Parra Lucán, M. A., 2014, p. 40.
(3) Ferrer i Riba, J., 2021, p. 288.

La LAU se ha modificado en diferentes ocasiones desde su entrada en vigor; la última de ellas a través de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV), que ha reformado diversos preceptos relativos, fundamentalmente, a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y a la renta cuando estamos ante arrendatarios en situación de vulnerabilidad social y económica o arrendamientos de inmuebles ubicados en zonas urbanas con una elevada demanda de alquiler, que se denominan zonas de mercado residencial tensionado[4].

Además, a la protección derivada del carácter imperativo en favor del arrendatario de vivienda de la legislación arrendaticia, se debe añadir la normativa sobre las condiciones generales de la contratación, si el contrato de arrendamiento se encuentra bajo esta categoría; así como la normativa relativa a los contratos de consumo, en la medida en que la parte arrendadora actúe en el ámbito de su actividad empresarial. Esto permitirá declarar el carácter abusivo de sus cláusulas, si corresponde (arts. 82 y ss. TRLGDCU)[5]. En este sentido, el artículo 30.1.a) LDV señala entre los principios básicos de los derechos, facultades y responsabilidades de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute, los reconocidos en el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en la legislación autonómica aplicable.

El presente trabajo no pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo de los problemas que plantea la regulación del arrendamiento de vivienda. En cambio, se centrará exclusivamente en ciertos temas específicos que, desde una perspectiva práctica, consideramos de mayor relevancia. Esto se debe a su significativa conflictividad judicial o a su actualidad derivada de las recientes reformas legislativas, abordados desde una óptica subjetiva y siguiendo la sistemática de la Ley de arrendamientos urbanos.

---

(4) Concretamente modifica los artículos 10, 17 y 20, y añade una disposición adicional undécima y una disposición transitoria séptima.

(5) SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007, 295369). Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona, en su sentencia núm. 3/2023, de 9 de enero, ha declarado nulas por abusivas determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda suscrito en enero de 2020 entre un fondo (como arrendador) y una persona física (como arrendataria), teniéndolas por no puestas (Bernárdez, M., *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, pp. 98-108). *Vid*. STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (Berger, M., *La Ley Unión Europea*, pp. 48-49 y Raluca Stroie, I., *CESCO*, pp. 262-264).

2. OBJETO DEL CONTRATO: EL ALQUILER DE HABITACIONES

De acuerdo con los artículos 2.1 y 7 LAU, el contrato solamente se considera arrendamiento de vivienda cuando tiene por objeto una edificación habitable cuyo destino primordial sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge no separado, legalmente o de hecho, o de los hijos dependientes. Por el contrario, carece de tal carácter cuando, a pesar de destinarse a vivienda, no lo hace con carácter permanente, como sucede con los arrendamientos de temporada, que se consideran arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 3.2 LAU). En este caso, la finalidad de la ocupación se caracteriza por la transitoriedad, por razón de circunstancias distintas de la instalación de la residencia permanente y el domicilio habitual.

La dificultad de acceso a una vivienda alquilada, provocada fundamentalmente por la escasez de la oferta y sus altos precios en relación con el nivel de ingresos de muchos ciudadanos, ha llevado al crecimiento sustancial en los últimos años del alquiler de habitaciones como vivienda permanente del arrendatario, sobre todo entre colectivos vulnerables, así como entre jóvenes que encuentran en este modo colaborativo o participativo de convivencia una vía para independizarse.

Cuando hablamos de alquiler de habitaciones nos referimos, no solo al arrendamiento que recae en exclusiva sobre una habitación, sino también al más habitual, que es el que concede además un derecho al uso compartido de las dependencias de las que se sirven simultáneamente los restantes ocupantes de la vivienda, como es el cuarto de baño y la cocina, debiendo el arrendatario abonar una renta y, generalmente también, el importe de los gastos por los servicios utilizados (agua, electricidad…). Pues bien, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado, y no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia menor sobre el régimen jurídico aplicable a este tipo de alquileres cuando se destinan a vivienda permanente del arrendatario: el de la Ley de arrendamientos urbanos o el del Código civil; y en el primer caso, el del arrendamiento de vivienda o el propio del arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Esta cuestión es particularmente importante a los efectos de determinar la duración del contrato, ya que es la que ocasiona mayor litigiosidad[6].

A nuestro juicio, no puede considerarse comprendido dentro de la definición del arrendamiento de vivienda del artículo 2.1 LAU, pues el espacio que se arrienda y se cede en exclusiva es solo el de una habitación, y no concurre la nota de habitabilidad que se precisa en dicho precepto,

(6) Analizo detenidamente este tema en mi trabajo Callejo Rodríguez, C., *RCDI*, pp. 2681-2728.

vinculada con la idea de lugar de desarrollo de la vida doméstica del inquilino con la intimidad y servicios que hoy se consideran indispensables, de los que solo se dispone de forma compartida, pero que no sirven para suplir la ausencia de tal requisito en el único objeto de arriendo, que es la habitación, por recaer sobre ella un uso exclusivo. En todo caso, y partiendo de la dudas que existen ante la calificación de estos contratos, debe realizarse una interpretación sistemática que tenga en cuenta la vis atractiva del Código Civil respecto de las leyes especiales conforme a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 10 de febrero de 1986, 24 de febrero de 2000 y 15 de junio de 2000, de modo que, en estos supuestos, el intérprete debe inclinarse por la legislación común en defecto de la especial.

Igualmente, estimamos que ha de quedar descartada la calificación del contrato de arrendamiento de habitación como arrendamiento para uso distinto del de vivienda siempre que su finalidad sea satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario –o familiares señalados en el artículo 7 LAU–, pues el artículo 3.1 LAU dispone que «se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior». Y ese destino primordial al que se refiere el artículo anterior es el de vivienda permanente. Por lo tanto, si el arrendamiento recae sobre una habitación que se destina a vivienda permanente, no se puede calificar como arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

En consecuencia, nos parece que el arrendamiento de habitación con derecho al uso compartido de zonas comunes –y con más razón si no se atribuye tal uso–, no queda sometido a la legislación especial arrendaticia sino a lo pactado por las partes y a lo dispuesto en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil; regulación que resulta insuficiente y no da respuesta a los problemas que presenta este arrendamiento, por lo que se hace necesaria la elaboración de una normativa específica, que otorgue a los contratantes la debida estabilidad en la tenencia, unida a una cierta dosis de flexibilidad para poder atender a las posibles dificultades de convivencia que pueden surgir entre el arrendador y el o los arrendatarios[7].

(7) Esta regulación se ha intentado llevar a cabo en Cataluña a través del Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda, que añadía un nuevo artículo 66 bis.4 a la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en el que ordenaba la aplicación de la normativa del arrendamiento de vivienda al alquiler de habitaciones y del control de rentas al disponer que, en este tipo de contratos, la suma de las rentas pactadas en varios contratos de arrendamiento de vigencia simultánea de una vivienda ubicada en una zona de mercado residencial tensionado no podría rebasar la renta máxima aplicable al arrendamiento unitario de la vivienda. Sin embargo, esta normativa no superó la convalidación expresa. *Vid*. Nasarre Aznar, S., *Hay Derecho*. Por otra parte, a nivel estatal, la Proposición de Ley relativa a la regulación de los contratos de alquiler de vivienda y de temporada y alquiler de habitaciones (*BODG* 5 de julio de 2024), presentada por los Grupos

3. PROBLEMAS RELATIVOS A LA DURACIÓN DEL CONTRATO

3.1 **La excepción a la prórroga obligatoria del contrato en caso de necesidad personal o familiar del arrendador**

Respecto a la duración del contrato, el derecho a la vivienda comprende el derecho a acceder y a permanecer en ella; de ahí la necesidad de promover unas condiciones que atribuyan al arrendatario cierta estabilidad. Su regulación ha ido variando a lo largo del tiempo, y así frente a la situación de prórroga forzosa del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamiento urbanos, y el régimen liberalizador del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, la Ley de 1994 se decantó por un sistema intermedio a través de la fijación de un plazo mínimo cuya duración ha ido cambiando[8].

En la regulación vigente, se parte del principio de que la duración del contrato será libremente pactada por las partes, si bien, como iremos examinando, se recogen importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes en favor del arrendatario, acrecentadas tras la reforma operada por la LDV mediante la introducción de nuevas prórrogas extraordinarias.

En el artículo 9.1 LAU se establece que, cuando el plazo pactado fuera inferior a cinco años, o inferior a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo (art. 9.1.1 LAU).

Ahora bien, el arrendador persona física podrá evitar la prórroga obligatoria del contrato prevista en el artículo 9.1 LAU si necesita la vivienda para uso propio o de sus padres o hijos por consanguinidad o adopción, o de su cónyuge en caso de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 9.3.1 LAU). Esta posibilidad de recuperación del uso por razo-

---

Parlamentarios Plurinacional SUMAR, Euskal Herria Bildu, Republicano y Mixto, y cuya toma en consideración fue rechazada, asimilaba el arrendamiento de habitaciones con el arrendamiento de vivienda a través de la modificación del artículo 2.1. LAU.

(8) Frente a este sistema de fijación de una duración mínima, algunos autores, a la hora de diseñar un posible modelo catalán de arrendamientos urbanos, han propuesto un modelo que garantice una mayor estabilidad y que introduzca un tipo de contrato de duración larga o indefinida compatible con un alquiler de duración más corta que permitiría cubrir las necesidades de uso residencial acotadas en el tiempo o como contrato de prueba que resultara indefinido en caso de prórroga (*vid.* Molina Roig, E., 2018, p. 71 y Nasarre Aznar, S., 2020, pp. 573-576).

nes personales o familiares debe figurar expresamente en el contrato y solo se puede ejercer cuando ha transcurrido ya el primer año del contrato.

La cuestión más conflictiva que presenta esta posibilidad consiste en determinar si es necesario especificar en la cláusula de necesidad de la vivienda la causa concreta que permitirá al arrendador justificar su oposición a la prórroga del contrato dentro de los cinco años, excluyendo causas que surjan posteriormente, o si no se requiere especificar la causa exacta, bastando con prever en el contrato que la necesidad de ocupar el inmueble determinará la improcedencia de la prórroga, ya que la necesidad puede surgir después de firmar el contrato. Pues bien, no hay consenso claro en la doctrina (9) ni en la jurisprudencia menor (10) al respecto, pero lo cierto es que se ha generalizado en la práctica incluir en los contratos una cláusula de estilo que anticipa la necesidad del arrendador como motivo genérico para impedir la prórroga del contrato de arrendamiento.

Por otra parte, el artículo 9.3 LAU solo contempla la necesidad personal o familiar como causa de improcedencia de la prórroga obligatoria, no como motivo para interrumpir el plazo pactado. Por eso, consideramos que este mecanismo solo opera cuando el contrato se encuentra en prórroga legal y no en plazo contractual (11).

Asimismo, resulta discutible si la excepción de la situación de necesidad solo impide la prórroga que está por venir de manera que a pesar de que concurra la necesidad, el arrendador ha de esperar a la finalización de la prórroga anual en curso, si bien la necesidad impedirá una nueva prórroga; o si, además, abarca la prórroga en la que el arrendatario se encuentra inmerso cuando concurre la situación de necesidad, haciendo imposible su continuación. Ciertamente, el tenor literal del primer párrafo del artículo 9.3 LAU («…no procederá la prórroga obligatoria del contrato cuando…») conduce a entender que se regula un supuesto de exclusión de la prórroga obligatoria del contrato y no de resolución que permitiría la interrupción de la prórroga que

(9) Así, a favor de entender que no se requiere que conste la causa de la necesidad se inclinan Marín López, J. J., y Colás Escandón, A., 2020, pp. 326-327. Sin embargo, considera que, en la medida de lo posible, hay que expresar mínimamente y de forma amplia la previsible causa de necesidad Fuentes-Lojo Rius, A., 2021, p. 495.

(10) Estiman que es necesario que conste la causa de necesidad concreta, entre otras, la SAP de Murcia de 24 de julio de 2002 (JUR 2002, 265852); SAP de Navarra de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004, 135388); SAP de Vizcaya de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 141427); SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 31969) y de 7 de julio de 2009 (JUR 2009, 369133); y SAP de Guipúzcoa de 18 de marzo de 2011 (JUR 2014, 178453). Mantienen la segunda posición que considera que no se precisa la constancia en el contrato de la causa de necesidad concreta, SAP de las Palmas de 15 de junio de 1996 (AC 1996, 1159); SAP de Álava de 26 de enero de 2001 (AC 2001, 770) y de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 279503); SAP de Albacete de 14 de enero de 2004 (JUR 2004, 52721). *Vid.* Rebolledo Varela, A. L., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.*

(11) En este sentido se manifiestan, entre otros, Parra Lucán, M. A., 2014, p. 80; Marín López, J. J., y Colás Escandón, A., 2020, p. 337; Fuentes-Lojo Rius, A., 2021, p. 494.

ya ha comenzado[12]. Sin embargo, debemos tener en cuenta el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 9 LAU que establece que para ejercer esta potestad de recuperar la vivienda, el arrendador ha de comunicar la necesidad, especificando la causa o causas[13], con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se va a necesitar y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo. Esta previsión permite mantener que en cuanto aparece la necesidad, aunque sea a lo largo de la prórroga en curso –nunca durante el primer año de duración del contrato–, se puede resolver el contrato. Por otra parte, debemos hacer notar que los tribunales no exigen que la acción de resolución por concurrir causa de necesidad personal o familiar se ejercite cuando haya finalizado cada una de las prórrogas forzosas del contrato que regula el artículo 9.1 LAU, sino que, en cualquier momento, siempre que concurran los requisitos precisos para su ejercicio, transcurrido el primer año, se admite que la arrendadora pueda instar la resolución por causa de necesidad[14].

3.2 **Prórroga tácita del contrato**

Para favorecer la continuidad del arrendamiento y en aras a reforzar la estabilidad residencial, llegada la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, siempre que el contrato haya durado como mínimo 5 años, o 7 si el arrendador fuese una persona jurídica, el artículo 10.1 LAU establece una prórroga tácita por plazos anuales hasta un máximo de tres años, siempre que ninguna de las partes hubiese notificado a la otra su voluntad de no renovar el contrato dentro de los plazos fijados legalmente. Ahora bien, iniciada esta prórroga, el arrendatario conserva el derecho a manifestar al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades que no quiere renovar el contrato. Por lo tanto, iniciada la prórroga, solamente el arrendatario se encuentra ya facultado para resolver anualmente el contrato.

---

(12) Como mantienen Marín López, J. J. y Colás Escandón, A., 2020, p. 330.

(13) En relación con la especificación de la causa o causas que motivan la causa de necesidad y que han de constar en la comunicación del arrendador al arrendatario, señala la SAP de Sevilla de 11 de julio de 2024 (JUR 2024, 409225): «no cabe duda de que aunque ciertamente no se exige al arrendador la acreditación fehaciente de todos aquellos hechos y circunstancias que tiendan a acreditar la causa de necesidad invocada para la denegación de la prórroga forzosa, la interpretación de dicha norma con base en el principio de seguridad jurídica, y el respeto al principio *pacta sunt servanda,* obligan al arrendador que pretende denegar la prórroga legal de un contrato de arrendamiento, a poner en conocimiento de la parte arrendataria un mínimo de datos que permitan a ésta conocer y valorar el motivo invocado, todo ello en evitación de indefensión a la parte arrendataria, amparada por una duración mínima contractual prevista legalmente, así como en evitación posibles conductas arbitrarias que pudieran perjudicar los derechos de la arrendataria».

(14) Entre otras, SAP de Madrid de 10 de junio de 2021 (JUR 2021, 271021) y SAP de Málaga de 7 de marzo de 2022 (JUR 2022, 260199).

Esta prórroga opera en contratos concertados por cinco, siete –si el arrendador es persona jurídica– o más años, una vez finalizado el período contractual, y en aquellos otros en los cuales, convenidos por plazo inferior, el arrendatario haya hecho valer hasta el periodo mínimo la prórroga forzosa del artículo 9 LAU[15]. El precepto solo precisa que haya transcurrido el mínimo legal pero no fija un máximo, de manera que es indiferente que esos cinco o siete años si el arrendador es persona jurídica, procedan del pacto de las partes, cuya duración inicial sea igual o supere esa duración mínima (por ejemplo, siendo el arrendador una persona física, se haya pactado una duración de cinco o diez años), o del pacto inferior a la duración mínima más una o varias prórrogas obligatorias del artículo 9.1 LAU (por ejemplo, siendo el arrendador persona jurídica, se ha pactado una duración de un año, que se ha prorrogado anualmente hasta siete años, con seis prórrogas anuales). Por lo tanto, cuando expira el plazo pactado superior a la duración mínima del artículo 9.1 LAU, procede la prórroga del artículo 10.1 LAU, y no la tácita reconducción (art. 1566 CC).

3.3 **Prórrogas legales extraordinarias**

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, del derecho a la vivienda, ha añadido dos nuevos apartados al artículo 10 LAU en los que se ha consolidado la figura de las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual que había sido prevista inicialmente en la legislación de urgencia[16]. Su ámbito no comprende con carácter general todo contrato de arrendamiento de vivienda y todo contratante, sino solo dos supuestos concretos.

La primera prórroga legal extraordinaria es de un año, siempre que el arrendatario esté en situación de vulnerabilidad social y económica y el arrendador sea un gran tenedor de viviendas, salvo que las partes hayan suscrito un nuevo contrato (art. 10.2 LAU). El arrendador que reúna dicha condición no podrá denegarla siempre que el arrendatario se lo comunique por escrito y acredite su situación de vulnerabilidad antes de que venza el período de prórroga obligatoria o tácita a través de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico.

---

(15) Guilarte Gutierrez, V., 2014, pp. 250 y 265; Marín López, J. J., y Colás Escandón, A. M., 2020, p. 383.

(16) Se habían previsto con carácter excepcional en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y en el artículo 71 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

Respecto a la condición de gran tenedor del arrendador, el artículo 10.2 LAU remite al concepto definido en el artículo 3.k LDV –persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m^2 de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros–. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa (17).

La segunda prórroga legal extraordinaria (art. 10.3 LAU) se aplica también a solicitud del arrendatario, y tiene carácter anual hasta un período máximo de tres años a voluntad de dicho arrendatario siempre que la vivienda habitual se ubique en una zona de mercado residencial tensionado durante el periodo de vigencia de la declaración de la referida zona (art. 18 LDV). Deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador –sea o no un gran tenedor–, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes o se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 LAU.

A diferencia de la prórroga extraordinaria anterior, en este caso, el arrendador puede denegarla por causa de necesidad personal o familiar, siempre que así se lo haya comunicado al arrendatario en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU. Dada la remisión a este precepto, será preciso para que pueda operar esta excepción que el arrendador sea persona física, y al tiempo de la celebración del contrato se hubiese hecho constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad.

En ambas prórrogas**,** el arrendatario debe exteriorizar su voluntad de acogerse a ellas antes de que el contrato quede legalmente extinguido, pues entonces ya no se podría hablar de prórroga sino de rehabilitación del vínculo contractual, que no constituye la situación jurídica legalmente contemplada, tal como señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de octubre de 2022 (18) en relación con la prórroga establecida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

---

(17) En el momento de escribir estas páginas se ha publicado la Resolución de 14 de marzo de 2024 de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana *(BOE* 15 de marzo de 2024) que declara 140 municipios de Cataluña como zonas de mercado residencial tensionado; y las Resoluciones de 28 de enero de 2025 *(BOE* de 30 de enero de 2025) por la que se declara así para Errentería, y de 29 de abril de 2025 *(BOE* 30 abril de 2025) para Lasarte-Oria, Zumaia, Irun y Barakaldo. En todas ellas se considera gran tenedor de vivienda a la persona física o jurídica que sea titular de 5 o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados dentro de la zona de mercado residencial tensionado.

(18) RJ 2022, 4232. En la jurisprudencia menor, SAP de Barcelona de 16 junio de 2022 (JUR 2022, 249212).

En todas las prórrogas previstas en el artículo 10 LAU, se seguirá aplicando al contrato prorrogado el régimen legal y convencional al que estuviera sometido (art. 10.4 LAU).

Una de las cuestiones problemáticas que se plantean se refiere a los supuestos en que se aplicarán estas prórrogas. La primera de ellas procederá, de acuerdo con el artículo 10.2 LAU, «en los contratos en los que finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1». Por lo tanto, cuando finaliza la prórroga de cinco o siete años que establece el artículo 9.1 LAU (5/7+1), o cuando finaliza la prórroga tácita de tres años del artículo 10.1 LAU (5/7+3+1 o duración superior pactada+3+1).

Sin embargo, para la segunda prórroga extraordinaria regulada en el artículo 10.3 LAU, se dice que se aplicará cuando «finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el período de prórroga tácita previsto en el apartado anterior». Esta segunda remisión resulta confusa, ya que la prórroga tácita se regula en el artículo 10.1 LAU, mientras que el apartado anterior al artículo 10.3 LAU es el 10.2 LAU, que regula la primera prórroga extraordinaria para personas vulnerables con arrendador gran tenedor, que no es tácita, y solo requiere la solicitud del arrendatario. Esto lleva a cuestionar si la segunda prórroga extraordinaria procede después de la prórroga tácita [5/7 + 3 (tácita) + 3 (extraordinaria)] o de la primera prórroga extraordinaria [5/7 + 1 (primera extraordinaria) + 3 (segunda extraordinaria) o 5/7+3 (tácita) +1 (primera extraordinaria) +3 (segunda extraordinaria)].

A nuestro juicio, debemos partir del principio que inspira la norma: dar mayor estabilidad a los arrendatarios. Por ello, creemos que se debe hacer una interpretación correctora y entender que procede la solicitud por el arrendatario de la segunda prórroga extraordinaria cuando se den los presupuestos legales –contrato de vivienda ubicada en una zona de mercado residencial tensionado mientras está vigente la declaración– tanto después de la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU como después de la prórroga extraordinaria del artículo 10.2 LAU, para el arrendatario vulnerable si el arrendador es gran tenedor.

Por lo tanto, podrá pedirse la prórroga extraordinaria de tres años una vez finalizado el plazo de cinco o siete años del artículo 9.1 LAU (5/7+3), transcurrida la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU (5/7+3+3) o una vez transcurrida la prórroga de un año del artículo 10.2 LAU si se trata de un arrendatario vulnerable (5/7+1+3 o 5/7+3+1+3), cuando la vivienda esté en una zona de mercado tensionado.

Ahora bien, la prórroga para el arrendatario vulnerable en los términos señalados en el artículo 10.2 LAU siempre se ha de pedir antes que la de los tres años del artículo 10.3 LAU, pues el artículo 10.2 LAU no plantea

duda cuando señala que procederá cuando «finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1».

Por otra parte, nos parece que proceden ambas prórrogas extraordinarias cuando el contrato no se halle en situación de prórroga obligatoria ni tácita, sino una vez finalizado la duración fijada contractualmente que coincide con la duración legal mínima, tal como señala la STS de 21 de diciembre de 2023[19] respecto a la prórroga contemplada en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020. Creemos que la referencia a los contratos «en los que finalice el período de prórroga obligatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1» ha de interpretarse en el sentido de que haya finalizado el contrato por haber transcurrido el período de duración mínima, ya sea porque se ha pactado un plazo inferior y se ha ido prorrogando en virtud del artículo 9.1 LAU hasta la duración legal mínima, o porque se ha pactado tal duración en el contrato. Dar un trato diferente a ambas situaciones carece de justificación y sería una interpretación contraria a su lógica, espíritu y finalidad.

No se contempla qué sucede con los contratos en los que se ha pactado una duración superior a la duración legal mínima. Si una vez finalizada la duración pactada ha tenido lugar la prórroga tácita del artículo 10.2 LAU procedería cualquiera de las dos prórrogas extraordinarias pues así se prevé legalmente (arts. 10.2 y 10.3 LAU), tal como hemos señalado. En otro caso, puesto que la regulación de la primera prórroga extraordinaria busca otorgar mayor estabilidad a los arrendatarios más necesitados de protección, cabe entender que podría invocarse antes del vencimiento de contratos que estén tanto en plazo de duración contractual como legal[20]. Igualmente podría alegarse que no hay razón para excluir la segunda prórroga en estos casos en que la duración será mayor por un acuerdo de las partes al pactar una duración inicial del contrato superior al mínimo legal. Sin embargo, también cabe alegar en contra de tal postura que ya se habría alcanzado por pacto de las partes la estabilidad que se busca en estos casos, por lo que no se precisaría la intervención del legislador; además estamos ante unas prórrogas extraordinarias que no cabría extender a supuestos distintos de los previstos legalmente.

No existe unanimidad a la hora de señalar los contratos de arrendamiento de vivienda a los que se aplica este nuevo régimen de prórrogas extraordinarias: solo a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la LDV (26 de mayo de 2023) o también a los celebrados antes, pero que finalicen después de la entrada en vigor de la LDV y que se en-

(19) JUR 2024, 2147.
(20) En este sentido, Fuentes-Lojo Rius, A., *AC*, 2023.

cuentren en las situaciones reguladas en los apartados 2 y 3 del artículo 10 LAU. En favor de la primera postura cabe acudir a la disposición transitoria cuarta de la LDV que en su apartado 1 dispone que «Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación». Para fundamentar la segunda opinión se argumenta que si el legislador hubiese pretendido otorgar el mismo efecto positivo a la aplicación de las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento previstas en la modificación del artículo 10 LAU que el que se ha otorgado a la limitación de las rentas de alquiler en las zonas de mercado residencial tensionado, habría incluido en la disposición final primera de la LDV una nueva disposición transitoria en la LAU para asegurar que, al igual que con la limitación de las rentas en las zonas tensionadas[21], el nuevo régimen de las prórrogas extraordinarias no se aplicase a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual suscritos antes de la entrada en vigor de la modificación. Sin embargo, no lo hizo porque no era necesario, ya que la prórroga no es un elemento esencial del contrato que deba determinarse en el momento de su celebración. Ciertamente, las prórrogas no son elementos esenciales configuradores del contrato de arrendamiento, como sí es la renta, ni se concretan en el momento de contratar, sino que son consecuencia del vencimiento, que es el momento al que debe diferirse el régimen aplicable sobre ellas. No existe en tal caso, se argumenta, una aplicación retroactiva de la norma modificativa, sino una aplicación sin más de la norma vigente en el momento en el que nace el supuesto de hecho que esa norma regula, de modo que, cualquier excepción a esa regla general debe preverse expresamente mediante el establecimiento de un régimen transitorio específico, que no se ha previsto[22].

Esta postura, sin embargo, nos parece que plantea un importante obstáculo en relación con los contratos susceptibles de ser objeto de la segunda prórroga extraordinaria, ya que para ellos cabe que el arrendador se oponga a la prórroga en caso de necesidad, y en este supuesto se exigen los mismos plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU, entre ellos, que se haya previsto en el contrato una cláusula de necesidad personal o familiar. El problema es que en los contratos celebrados antes de la

(21) Dicha disposición transitoria en su apartado 1 dispone: «La regulación establecida en el apartado 7 del artículo 17 se aplicará a los contratos que se formalicen desde la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, y una vez se encuentre aprobado el referido sistema de índices de precios de referencia, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler».

(22) Feu Fontaiña, P., *Revista de Derecho vLex.*

entrada en vigor de la LDV no se haya hecho tal previsión porque en el momento de celebrarse el contrato el arrendador no pudo prever una duración tan larga como la que ahora se impone con la modificación de la LAU, lo que no le ha permitido incluir en el contrato una cláusula de necesidad.

3.4 **Muerte del arrendatario**

En atención a la convivencia en la vivienda familiar arrendada, el artículo 16 LAU recoge el derecho de subrogación en el contrato de ciertas personas en caso de que fallezca el arrendatario antes de finalizar el plazo de duración. Concretamente se reconoce en favor del cónyuge, pareja, descendientes, ascendientes, hermanos y parientes hasta el tercer grado con minusvalía.

El principal problema que ha planteado la interpretación de este precepto se refiere a la necesidad establecida en el artículo 16.3 LAU de que la notificación del hecho del fallecimiento, identidad del subrogado y del cumplimiento de los requisitos legales para subrogarse –acompañado de ciertos documentos– se produzca por escrito.

En la STS, Pleno, de 20 de julio de 2018[(23)], frente a la tesis que había mantenido anteriormente[(24)], nuestro Alto Tribunal sienta doctrina y estima que «por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello». Añade que «no debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe».

(23) RJ 2018, 2834. Reiterada en la STS de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4411) y mantenida en la SAP de Madrid de 23 octubre de 2020 (JUR 2021, 161459).

(24) La STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8352), cuya doctrina ratifica la sentencia de Pleno de 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3495), y confirma la sentencia de 23 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7256), considera que para que tenga lugar la subrogación es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse.

4. RENTA Y LIMITACIÓN DE GARANTÍAS

Según el artículo 17 LAU, la renta será libremente estipulada por las partes. Sin embargo, la LDV ha introducido dos nuevos apartados en dicho precepto con reglas específicas para la determinación de la renta cuando la vivienda esté situada en zonas de mercado residencial tensionado, según el arrendador sea o no gran tenedor (25), y cuyo análisis se afronta en otra parte de este Tratado (26).

Además, la LDV ha modificado el artículo 17.3 LAU para establecer que el pago de la renta habrá de hacerse por medios electrónicos, manteniéndose únicamente de forma excepcional el pago en metálico en la vivienda arrendada cuando alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso a medios electrónicos de pago, en cuyo caso, se podrá efectuar en metálico y en la vivienda arrendada. Con esta norma se pretende luchar contra el mercado negro.

En cuanto a la actualización de la renta, el Instituto Nacional de Estadística (INE) ha publicado el nuevo índice de actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda cumpliendo con la previsión introducida por la LDV, a través de la disposición adicional undécima en la LAU que establecía que «El Instituto Nacional de Estadística definiría antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta ley, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento» (27).

El arrendatario de vivienda debe pagar, al celebrar el contrato, una fianza en metálico equivalente a una mensualidad de la renta (art. 36.1 LAU). Además de la fianza, el artículo 36.5 LAU permite pactar otras garantías adicionales, y tras su redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, prohíbe que excedan de dos mensualidades de renta cuando la duración del contrato no sea superior al mínimo legal, lo que se estudia también en otro lugar de esta obra (28).

---

(25) *Vid*. Fuentes-Lojo Rius, A., *Diario La Ley*, núm. 10470, 2024; Fuentes-Lojo Rius, A. (coord.); Carrasco Perera, A.; Salas Roca, C.; Molina Roig, E., y Cordobés Millán, E., *AC*, núms. 4 y 5, 2024.

(26) *Vid.* en este Tratado Molina Roig, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VII. Apartado b.

(27) *Vid*. en este Tratado Molina Roig, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VII. Apartado b.

(28) *Vid.* en este Tratado Cuena Casas, M., «Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario». Sección 4. Bloque VI. Apartado b y Molina Roig, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VI. Apartado b.

5. GASTOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO Y DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ARRENDATARIO

La forma de conclusión del contrato es libre, pero las partes pueden compelerse a su formalización por escrito (art. 37 LAU, que además señala un contenido mínimo). La LDV ha modificado el sujeto de pago de los gastos de formalización del contrato, que ahora serán de cargo del arrendador en todo caso, y no solo cuando el arrendador sea persona jurídica; esta misma regla se aplica a los gastos de gestión inmobiliaria (art. 20.1.5 LAU).

Por otra parte, el artículo 30 LDV proclama entre los derechos de las personas demandantes y arrendatarias de vivienda el de recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios o instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su arrendamiento; y el artículo 31 LDV ha establecido la información mínima previa a la formalización del contrato que puede exigir la persona interesada en el arrendamiento de una vivienda.

En relación con estos deberes de información es preciso señalar que, entre los sujetos obligados están «las personas propietarias» que no tienen condición de empresarios, para las que, en ocasiones, puede ser materialmente complejo cumplir esta obligación (p.ej. para personas con discapacidad, personas mayores, o con dificultades de comprensión interesados en alquilar una vivienda a un particular) [(29)].

6. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. NOVEDADES PROCESALES INTRODUCIDAS POR LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Con carácter general, el artículo 27.1 LAU autoriza a arrendador y arrendatario, de conformidad con el artículo 1124 CC, cuando hubiesen cumplido sus obligaciones, a optar, ante el incumplimiento de la otra contraparte, entre exigir el cumplimiento o promover la resolución contractual. Y de manera específica, se establecen ciertas causas por las que el arrendador (art. 27.2 LAU) y el arrendatario (art. 27.3 LAU) podrán resol-

(29) Couso Pascual, J. R., *El notario del siglo XXI*, p. 15.

ver de pleno derecho el contrato. Además, son causa de resolución las señaladas en el artículo 28 LAU.

Por su parte, la disposición final quinta LDV modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, e introduce importantes novedades en la regulación de los juicios de desahucio y demás procedimientos declarativos –juicios para la tutela sumaria de la posesión, juicios para la efectividad de los derechos reales inscritos– y ejecutivos –ejecuciones hipotecarias y otro tipo de ejecuciones dinerarias–[30].

Dado que este trabajo no pretende el examen exhaustivo de dicha regulación, nos gustaría destacar la reforma del artículo 439 LEC, en el que se recogen nuevos presupuestos de admisión de las demandas de desahucio (procedimientos del artículo 250. 1. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC). De acuerdo con esta regulación, en todas las demandas de desahucio deberá acreditarse si el inmueble constituye la vivienda habitual de la persona ocupante y si el demandante tiene la condición de gran tenedor.

Por lo tanto, deberá ser el actor quien pruebe si el inmueble constituye vivienda habitual de quien la ocupa. Ahora bien, esta exigencia resulta jurídicamente injustificable pues debemos tener en cuenta que este presupuesto se requiere en todos los juicios de desahucio por falta de pago y expiración del término, incluyendo los que tengan por objeto exclusivamente la reclamación de rentas y demás cantidades derivadas del contrato de arrendamiento; los de precario; los sumarios de recobrar la posesión, y por lo tanto, el especial contra okupas introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio; y los sumarios ejercitados por titulares de derechos inscritos. Y salvo en el caso de una demanda de desahucio arrendaticio de vivienda, en que se deriva de la propia naturaleza del contrato el destino del inmueble a vivienda habitual, en la mayoría de los casos la propiedad ignora la finalidad de la utilización del inmueble del precarista u ocupante[31].

La falta de condición de gran tenedor deberá acreditarse mediante un certificado del Registro de la Propiedad en el que conste la relación de propiedades de las que es titular la parte actora, lo que se ha considerado desafortunado pues no existe en la actualidad un tipo de Certificación registral que permita certificar la totalidad de bienes inmuebles de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros, de que pueda disponer un propietario, dado que el Registro de índices no permite obtener este tipo de certificaciones, limitándose a remitirnos a los Registros de la Propiedad correspondientes en los que el propietario pueda disponer de alguna titu-

(30) *Vid.* Fuentes-Lojo Rius, A., *Práctica de Tribunales*; Achón Bruñén, M. J., *Práctica de los Tribunales*; Lopéz Simó, F., *Diario La Ley*.

(31) Achón Bruñén, M. J., *Práctica de los Tribunales*.

laridad dominical. Además, porque la aportación de dichas certificaciones, tantas como inmuebles disponga el titular, en absoluto garantiza que el demandante no disponga de otros que decide no aportar, por lo que tendría el mismo valor, y resultaría por lo menos más económica, la simple declaración del demandante de que no reúne la condición de gran tenedor, sin perjuicio, de los efectos que pudieran derivarse, incluso penales, de su falsedad. Y finalmente, carece de sentido que se exijan Certificaciones del Registro de la Propiedad, de elevado coste y expedición que puede demorarse en el tiempo, y no Nota Simple que consigue el mismo objetivo y que es documento habitualmente utilizado en el ámbito procesal, salvo cuando específicamente la LEC exige aquella con carácter excepcional[32].

Además, se imponía a los grandes tenedores la obligación de acreditar si el inquilino se encontraba en situación de vulnerabilidad económica o social, pero el Tribunal Constitucional en la sentencia 26/2025 de 29 de enero de 2025, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, declaró la inconstitucionalidad y la nulidad de los apartados 6 c) y 7 del artículo 439, y los apartados 1 y 2 del artículo 655 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducidos por la disposición final quinta de la LDV, por considerar que esta medida no eran razonable ni proporcional, y que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque el legislador perseguía con estas medidas una finalidad legítima –la protección de personas en situación de vulnerabilidad frente a situaciones de desahucio o pérdida de vivienda–, el Tribunal entendió que los medios empleados no respetaban los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, y que, además, limitaban indebidamente el acceso a la justicia de los grandes tenedores, vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española. En definitiva, se elimina la obligación específica para grandes tenedores de acreditar previamente la vulnerabilidad del inquilino.

En los procesos de desahucio, si se trata de vivienda habitual del demandado, se exige informarle en el decreto de admisión a trámite de la demanda de lo que puede hacer para acreditar la situación de vulnerabilidad ante la Administración. Además se comunicará inmediatamente y de oficio por el juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin

(32) Torres López, A., *Otrosí*. En el mismo sentido Fuentes-Lojo Rius, A., *Práctica de los Tribunales*.

de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad, y de existir esta, presentar al juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente (art. 441.5.1 y 2 LEC).

La introducción de estas nuevas exigencias procedimentales obstaculiza y ralentiza la devolución posesoria a quien es el propietario de una vivienda cuyo arrendatario ha incumplido sus obligaciones y cae en causa de resolución contractual, y permite al arrendatario la permanencia en el inmueble sin pagar la renta y obligando al arrendador a soportar los gastos derivados de la prolongación de la devolución posesoria al propietario del inmueble[33]. Por otra parte, si uno de los objetivos de esta reforma es la protección de quienes se hallen en situación de vulnerabilidad social o económica, este fin no justifica la dilación injustificada de los juicios de desahucio que, en definitiva, redunda en inseguridad jurídica, que traerá como consecuencia un retraimiento en la oferta del alquiler de viviendas, contrario al objetivo perseguido por la norma[34].

BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la ley 12/2023, de 24 de mayo», *Práctica de Tribunales*, núm. 163, julio 2023.

Berger, M., «Carácter abusivo de una cláusula en un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados», *La Ley Unión Europea*, núm. 6, 2013.

Bernárdez, M., «Declaradas nulas por abusivas varias cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda», *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 9, 2023, pp. 98-108. Disponible en: https://ojs.perezllorca.com/index.php/revista-juridica-perez-llorca/article/view/declaradas-nulas-por-abusivas-varias-clausulas-de-un-contrato-de/declaradas-nulas-por-abusivas-varias-clausulas-de-un-contrato-de) (Consultado el 15 de enero de 2024).

Callejo Rodríguez, C., «Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente», *RCDI,* núm. 799, 2023, pp. 2681-2728.

Couso Pascual, J. R., «¿Cómo afecta la nueva Ley de vivienda a los propietarios?», *El notario del siglo XXI*, núm. 109, 2023.

Ferrer i Riba, J., «L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal», *Compra-venda, arrendaments i no-*

(33) Como señala Magro Servet, V., *Diario La Ley*, núms. 10295 y 10308, 2023.

(34) Torres López, A., *Otrosí*.

ves modalitats d'ús temporal de béns, Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (Coord.), Documenta Universitaria, Girona, 2021, pp. 287-357. Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21068/DretCivil2021-07-Ferrer_Riba.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 8 de enero de 2024).

Feu Fontaiña, P., «El nuevo régimen de prórrogas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual», *Revista de Derecho vLex*, núm. 239, abril 2024.

Fuentes-Lojo Rius, A., «Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanente», *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns,* Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.), Documenta Universitari, Girona, 2021, pp. 481-502. Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21071/DretCivil2021-10-Fuentes-Lojo_Rius.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 19 de diciembre de 2023).

— «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», *AC*, núm. 6, 2023.

— «Modificaciones en los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias en la Ley por el derecho a la vivienda», *Práctica de Tribunales*, núm. 163, 2023.

— «Cuestiones controvertidas sobre la aplicabilidad de los límites en el pacto de la renta en contratos de arrendamiento ubicados en zonas de mercado residencial tensionado», *Diario La Ley*, núm. 10470, 20 de marzo de 2024.

— «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas», *Diario La Ley*, núm. 10486, 16 de abril de 2024.

Fuentes-Lojo Rius, A. (coord.); Carrasco Perera, A.; Salas Roca, C.; Molina Roig, E., y Cordobés Millán, E., «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado» (I), *AC*, núm. 4, 2024 y (II), *AC*, núm. 5, 2024.

Guilarte Gutierrez, V., «Artículo 10. Prórroga del contrato», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Crespo Allue, F. y Guilarte Gutierrez, V. (dirs.), Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid, 2014.

Lopéz Simó, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario La Ley*, núm. 10383, 8 de noviembre de 2023.

Magro Servet, V., «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *Diario La Ley*, núm. 10295, 26 de mayo de 2023.

— «Remedio ante la Ley 12/2023, de 24 de mayo de vivienda: la constancia en el contrato de arrendamiento de la no vulnerabilidad del arrendatario», *Diario La Ley*, núm. 10308, 15 de junio de 2023.

Marín López, J. J., y Colás Escandón, A., «Artículo 9. Plazo mínimo», en *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Marín López, J. J., y Colás Escandón, A., «Artículo 10. Prórroga del contrato», en *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Molina Roig, E., «La durada del contracte», en *Un nou dret d'arrendaments urbans pera Catalunya per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Simón Moreno, H., Nasarre Aznar, S. y Molina Roig, E. (coords.), Centree d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2018, pp. 67-82.

Nasarre Aznar, S., «El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones», *Hay Derecho*, 2 de mayo de 2024. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento/ (Consultado el 2 de mayo de 2024).

— *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Parra Lucán, M. A., «El contrato de arrendamiento urbano», *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* T. III, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Raluca Stroie, I., «Anulación por abusiva de la cláusula penal contenida en un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados», *CESCO,* núm. 7, 2013, pp. 262-264. Disponible en: https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/372/320 (Consultado el 3 de febrero de 2024).

Rebolledo Varela, A. L., «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22, 2010 (BIB 2010, 271).

Torres López, A., «Novedades en los juicios de desahucio tras la nueva Ley por el Derecho a la Vivienda», *Otrosí*, 5 junio 2023. Disponible en: https://www.otrosi.net/novedades-en-los-juicios-de-desahucio-tras-la-nueva-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/ (Consultado el 15 de marzo de 2024).

B.2 Intervención del mercado del alquiler. Control de rentas y limitación de garantías

Elga Molina Roig
Doctora en Derecho civil
Directora General de Vivienda de Navarra
elgamol@msn.com

Resumen: *Se modifica la LAU introduciendo medidas similares a las existentes en otros países europeos con la finalidad de facilitar la asequibilidad y el acceso al mercado de alquiler para el arrendatario. Por un lado, introduciendo una limitación a los precios del alquiler en las zonas declaradas de mercado tensionado y una limitación en la actualización de las rentas de alquiler por la LDV. Y, por otro lado, en 2019 se limitan las garantías adicionales a dos mensualidades de renta, salvo para los contratos de larga duración.*

Palabras clave:–*asequibilidad, control de renta, vivienda, arrendamiento, garantías.*

Abstract: *The LAU is modified by introducing measures similar to those existing in other European countries with the aim of facilitating affordability and access to the rental market for the tenant. On the one hand, by introducing a limitation on rental prices in areas declared as having a*

stressed market and a limitation on the updating of rental incomes by the LDV. And, on the other hand, in 2019 the additional guarantees are limited to two monthly rents, except for long-term contracts.

Keywords: *affordability, rent control, housing, leasing, guarantees.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Los sistemas de control de rentas. 2.1 Evolución histórica del control de rentas en Europa y España. 2.2 Los efectos del sistema de control de rentas. 2.3 La limitación de los precios del alquiler en los contratos de arrendamiento de vivienda en la LDV. 2.3.1 La declaración de zona de mercado de alquiler tensionado. 2.3.2 El concepto de gran tenedor de vivienda. 2.3.3 Las limitaciones en base a las rentas de los contratos anteriores. 2.3.4 Las limitaciones en base a los índices de referencia de precios de alquiler. 2.3.5 El sistema de actualización de las rentas de alquiler. 3. Propuestas de mejora del sistema de control de rentas previsto. 4. La limitación de garantías en el arrendamiento de vivienda. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

España está a la cola de Europa en cuanto al esfuerzo familiar que deben realizar las familias para pagar la vivienda. Así, en España las familias destinan, de media, el 38,1 % de sus ingresos a pagar el alquiler privado, cuando la media europea está en un 25,1 %.[(1)] Por este motivo, es importante buscar mecanismos que faciliten la asequibilidad de las rentas de alquiler del mercado privado para los arrendatarios, en cumplimiento de la Carta Europea de la Vivienda de 2006, el Informe sobre vivienda social de abril de 2013, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013, la Nueva agenda Urbana Habitat III de octubre 2016, el Informe de la ONU de diciembre de 2019 y la Declaración de Gijón para garantizar el acceso a una vivienda digna y asequible de 2024 firmada por los ministros de Vivienda y Desarrollo Urbano de la UE.

Los países con altas tasas de alquiler y sistemas de contención de rentas también hacen importantes inversiones en política pública de vivienda para facilitar el pago de las rentas de alquiler a los colectivos más vulnerables, a través de ayudas económicas al pago del alquiler y la concesión de viviendas sociales. Ya que, cabe tener en cuenta que, la obligación de satisfacer el

(1) EUROSTAT: Housing cost overburden rate, analysed by tenure status, 2022. Disponible en: Statistics | Eurostat (europa.eu).

derecho a la vivienda es una obligación de los Estados (Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013) (2). Así, mientras en 2019 España destinó a políticas de vivienda 679 millones, Francia invirtió 35.000 millones de euros en 2019 o los 15.990 millones de euros en 2021. Y aunque en España en 2021 se incrementó el presupuesto en un 368 % (2.250 millones de euros) y hasta los 3.472 millones en 2023, (3) esta cifra está muy lejos de las inversiones de la mayoría de países europeos. Además, no se dispone de suficiente vivienda social para cubrir la demanda existente. España actualmente está a la cola de los países europeos en cuanto a vivienda social (3,4 %) muy por debajo de países como Países bajos 30 %, Austria 24 %, Dinamarca 21 % o Francia 17 % (4).

Contra mayor es la brecha entre los ingresos disponibles y las rentas a pagar por las familias, mayor es el número de personas en situación de riesgo de exclusión residencial y más presupuesto es necesario para luchar contra este problema. De forma, que si se consigue mejorar la asequibilidad del mercado privado de alquiler también se contribuirá a facilitar el acceso a una vivienda de los colectivos más vulnerables, realizando un reparto más eficiente de las ayudas económicas de alquiler y las viviendas sociales. Y para ello, es necesario intervenir el mercado privado de alquiler que permita destinar los recursos públicos disponibles a otro tipo de políticas públicas con costes elevados como la creación de un parque público y social de vivienda suficiente o ayudas y subvenciones destinadas a los colectivos más vulnerables y a la rehabilitación de un parque de viviendas envejecido (5).

La mayoría de países europeos en algún momento han establecido en sus regulaciones algún tipo de control sobre las rentas u otro tipo de limitaciones sobre el pago del depósito inicial del arrendamiento, para facilitar la asequibilidad de las familias y su acceso a la vivienda. Ahora bien, mientas en los países con bajas tasas de alquiler del sureste de Europa (España, Portugal, Malta y Grecia) estas limitaciones se han ido eliminando debido a los efectos negativos que han producido en los mercados; en otros países europeos, que se caracterizan por disponer de altas tasas de alquiler (Alemania, Austria, Suiza, Francia), se han mantenido estas limitaciones, de

(2) Así, como las SSTEDH de 9 de octubre de 2007 (JUR 2007\298821, Stankova vs. Eslovaquia), de 24 de abril de 2012 (*Yordonova y otros vs. Bulgaria*, JUR 2012\142849), de 17 de octubre de 2013 (*Winterstein y otros vs. Francia*, JUR 2013\321282) y de 5 de diciembre de 2013 (TEDH 2013\89, Skrtic vs. Croacia). Y en España, por ejemplo, STEDH de 28 de enero de 2014 (TEDH 2014\6, A. M. B. y otros vs. España).

(3) Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

(4) Fuente: Observatorio de la Vivienda y el Suelo MIDMA (*Boletín especial Vivienda Social* 2024).

(5) Por ejemplo, en Cataluña el 60 % del parque de viviendas es anterior a 1980, tal y como se recoge en «Cómo renovar un parque de viviendas envejecido y poco eficiente» de la Vanguardia, 29 de septiembre de 2021. Disponible en: Cómo renovar un parque de viviendas envejecido y poco eficiente (lavanguardia.com).

forma mayoritariamente satisfactoria[6]. Además, cada vez son más países los que han decidido aprobar medidas que permitan limitar los precios de alquiler, ya que se ha visto que no existen otras medidas que, a corto plazo, puedan ser igualmente efectivas para contener los precios. Actualmente, disponen de sistemas de control de rentas países como Austria, Alemania, Suiza, Francia, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Italia, Holanda y Suecia o Estados como Nueva York, California u Oregón.

Además, cada vez existe un mayor consenso sobre que la especulación no puede formar parte del mercado de alquiler de vivienda habitual, pues es la forma de acceso a una vivienda de último recurso que, por ende, debe satisfacer el Derecho a la vivienda (art. 47 CE, artículo 25 DUDH, artículo 11.1 PIDESC, artículo 34.3 CDFUE). De forma que, empieza a ser comúnmente aceptado que el arrendador no puede esperar recibir el máximo beneficio posible de las viviendas arrendadas en este mercado de primera necesidad, sin que por ello deba renunciar a recibir un beneficio razonable[7].

Es un paso adelante hacia una nueva regulación de los precios del alquiler que habilita herramientas para mejorar la asequibilidad del sector. Sin embargo, como veremos son muchas las mejoras que pueden realizarse en la norma para acabar de configurar un sistema adecuado y equilibrado. Pues es necesario que exista un cierto consenso o comodidad entre los diferentes agentes que intervienen en este mercado, para que pueda establecerse un cierto equilibrio entre la demanda y la oferta del mercado de alquiler.

Las principales mejoras que se pueden plantear tratarían de afinar el método de cálculo de la renta y regular algunos conceptos indeterminados o lagunas que pueden generar conflicto y litigiosidad entre las partes del contrato. Además, no cabe olvidar que el contrato de arrendamiento debe asegurar no solo la asequibilidad del arrendatario, sino que hay otros aspectos del contrato que también deberían reformularse para que el alquiler sea una alternativa real al régimen de propiedad.

2. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE RENTAS

2.1 **Evolución histórica del control de rentas en Europa y España**

El control de rentas ha sido uno de los instrumentos más utilizados en las políticas de vivienda del siglo xx tanto en Europa como en Estados

(6) Para más detalle, véase Molina Roig, E., 2018, pp. 333 ss.
(7) En este sentido, se pronuncia el STC alemán de 18 de julio de 2019 (BVL 1\18).

Unidos, especialmente en etapas inflacionistas y en periodos de entreguerras, para evitar la especulación y facilitar la permanencia de los arrendatarios en las viviendas arrendadas.[8]

En la actualidad, la mayoría de los países europeos que pretenden estabilizar las rentas disponen tanto de un sistema libre como regulado de renta (Austria, Bélgica, Republica Checa, Dinamarca, Alemania, Italia, Portugal). Además, estos sistemas pueden referirse tanto a las rentas iniciales como a su actualización. Y aunque son diferentes sistemas los que pueden adoptarse para estabilizar la renta, el *Mietspiegel* alemán, diseñado para la ciudad de Berlín, se ha considerado el sistema más completo y preciso. Este sistema alemán ha funcionado con éxito ya que a pesar de ser voluntario hasta el año 2015, el 90 % de los alquileres en Berlín se han formalizado sujetos a este sistema que viene funcionando desde la década de los setenta[9].

En Alemania se utiliza la «lista experta de rentas de alquiler representativas» *(Qualifizierter Mietspiegel,* § 558d BGB) y su función es fijar los precios de alquiler de acuerdo a las características de la vivienda y su ubicación.

Los sistemas de renta referenciada en Alemania han sido voluntarios hasta 2015, cuando se aprobó el *Mietpreisbremse,* (§ 556d BGB) que aplica el índice con carácter obligatorio en las zonas declaradas de mercado tenso. Ahora bien, parece que el *Mietpreisbremse* no funcionaba adecuadamente, especialmente debido a sus importantes excepciones, de manera que no consiguió contener los precios en ciudades como Múnich y Berlín[10]. Por este motivo, para conseguir realmente contener los precios en Berlín, el gobierno aprobó una congelación de rentas de alquiler que afectaba a 1,6 millones de viviendas a partir de enero de 2020. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por temas competenciales por el Tribunal Constitucional alemán el 25 de marzo de 2021.[11]

En 2014 Francia aprobó la Ley ALUR[12], aplicable actualmente por la Ley ELAN de 2018[13], con el propósito de limitar las rentas iniciales pactadas en los contratos y los incrementos de renta que estos experimentan[14], y con ello evitar la exclusión social de los hogares en ciertas zonas

(8) Trilla Bellart, C., 2001, p. 114.

(9) Scanlon, K.; Fernandez, M., y Whitehead, C., «Get Living London», p. 10.

(10) Noack, B.,2017, pp. 77 ss.

(11) Disponible en: https://elpais.com/economia/2019/06/18/actualidad/1560878482_152610.html.

(12) Ley núm. 366/2014 de 24 de marzo 2014 por el acceso a la planificación de viviendas y la renovación (NOR: ETLX1313501L).

(13) Ley 2018/1021 sobre la evolución de la vivienda, la planificación y la comunicación digital. (*Loi 2018/1021 portant evolution du logement, de l'aménagement et du numerique*).

(14) Véase Molina Roig, E., y Xerri, K., Ceflegal, p. 59-62.

debido a unos costes de vivienda inasumibles[15]. Para ello, establece una renta máxima permitida, que no puede superar un 20 % de la renta media establecida, y una renta mínima permitida, que no puede ser inferior a un 30 % de la renta media establecida. Aunque en 2012, con el Decreto Dufflot[16] ya se establecía que las rentas residenciales, en las zonas con aglomeración, solo podían incrementarse anualmente de acuerdo al IRL (que equivale al IPC del INE), excepto que el arrendador hubiera efectuado mejoras en la vivienda arrendada.

El desequilibrio natural que existe entre la posición de las partes en el contrato de arrendamiento, de acuerdo a la divergencia en sus intereses y a la posición de debilidad del arrendatario, ha reclamado un intervencionismo por parte del Estado español para paliar el régimen liberal recogido en el Código civil 1889 (en adelante CC). Es por ello, que la LAU se ha modificado sucesivamente a lo largo de la historia (1964, 1985, 1994, 2013, 2015, 2019, 2023), con un efecto pendular[17], de forma que cuando se protege en exceso al arrendatario en detrimento del arrendador, posteriormente se reajusta ofreciendo beneficios a favor del arrendador para paliar la merma del derecho de propiedad y los efectos que ha causado en el mercado de alquiler. La duración del contrato, las causas de resolución y la fijación de la renta son los elementos que se han modificado sucesivamente y de forma pendular porque son determinantes para poder garantizar la estabilidad del arrendatario, y la satisfacción de su necesidad de vivienda. No obstante, estos elementos, dada su importancia, influyen sensiblemente en la oferta y demanda del mercado de vivienda, de forma que un excesivo intervencionismo influye negativamente en disponer de un parque de viviendas suficiente, y a su vez, el liberalismo puede colocar al arrendatario en una situación de precariedad y ver insatisfecho su derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE, como ha reflejado la evolución histórica de la regulación del arrendamiento urbano.

En España desde los años veinte se instauró un sistema de congelación de rentas y prórroga forzosa, que se mantuvo con la entrada en vigor de la LAU 1964, hasta la aprobación del RD 1985. Esto desincentivo la oferta de viviendas de alquiler en el mercado, ya que los propietarios preferían vender sus propiedades que arrendarlas. Esto sucedió porque a pesar de que el artículo 96 establecida un régimen de revalorización de rentas para los contratos anteriores a 30 de junio de 1964, éste resul-

(15) Duflot, C., 2014. Transcripción disponible en: http://www.senat.fr/seances/s201402/s20140220/s20140220_mono.html.

(16) Decreto núm. 2012/894 de 20 de julio 2012 en relación con la evolución de los arriendos, hecha conforme al artículo 18 de la Ley Núm. 89-462 de 6 de julio, de 1989 (Decreto Dufflot, Francia, JORF n°0168 de 21 de julio 2012 p. 11956 texto núm. 8).

(17) Nasarre Aznar, S.; Garcia, M. O., y Xerri, K., *Revista Teoría y Derecho*, pp. 194.

to ineficiente para adecuar las rentas a la realidad del mercado, ya que se aplicaba sobre rentas muy devaluadas por la inflación, ya que llevaban congeladas prácticamente cuarenta años. Además, el Gobierno nunca aplicó el artículo 100 LAU 1964, que establecía la obligación de revisar y adaptar cada dos años las rentas de los contratos posteriores a la entrada en vigor de la LAU 1964, sin que ello supusiera un incumplimiento de mandato.[18]

No es hasta el año 2019 que se vuelven a limitar las rentas iniciales de los contratos de alquiler con la aprobación del RDL 9/2019 en Catalunya, aunque éste no llegó a convalidarse por el Parlamento catalán. Fue la Ley 11/2020, la que por primera vez permite la aplicación de un sistema que limita las rentas iniciales del contrato de arrendamiento de vivienda habitual y permanente en Catalunya, basado básicamente mediante dos sistemas diferentes. Por un lado, el mantenimiento de los precios en base a las rentas de los contratos anteriores, permitiéndose su actualización. Y, por otro lado, en base a un índice de referencia de precios de alquiler similar al *Mietspiegel* alemán. Y distinguiendo también entre los arrendadores que eran grandes tenedores de vivienda y los que no. Este régimen estuvo vigente 18 meses, puesto que se declaró inconstitucional,[19] por motivos competenciales considerando que la regulación del precio del alquiler afecta a la «planificación general de la actividad económica» que se reconoce como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.13 CE), y que cualquier régimen autonómico debe respetar las bases de las obligaciones contractuales fijadas por el Estado (art. 149.1.8 CE).

Es por este motivo, tras el acuerdo de gobierno de 2019, se aprueba la LVD que sienta las bases legales sobre las que debe sustentarse cualquier sistema de control de precios que las comunidades autónomas quieran adoptar tras su entrada en vigor el 26 de mayo de 2023.

2.2 **Los efectos del sistema de control de rentas**

El control de renta se ha utilizado como medida de política económica en las legislaciones de numerosos países de economía de mercado y ha perseguido objetivos que van más allá de los fines específicos que puedan conseguirse en aras de la política de vivienda, ya que produce importantes efectos tanto en el ámbito de la asignación de recursos como en la distribución

(18) SSTS de 6 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5758) y de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000\6551).
(19) STC 38/2022, de 11 de marzo de 2024 (*BOE* de 8 de abril de 2022 número 84).

del bienestar[20]. Los efectos que puedan producirse afectan directamente a la economía del país, y de forma sustancial al mercado de alquiler.

Para poder determinar el régimen jurídico que regule un sistema de control de rentas en la legislación arrendaticia de un determinado país es necesario conocer los posibles efectos que ésta puede generar en el mercado. A la vez, servirá para conocer las distintas políticas que deben adoptarse para contrarrestar los efectos adversos que pueden darse en el mercado al adoptar una política intervencionista de este tipo.

En la Tabla 1 recogemos los aspectos positivos y negativos que la doctrina ha predicado de los sistemas de control de rentas y que deberían servir para orientar las políticas de vivienda a adoptar por las comunidades autónomas en los planes de medidas, que deben acompañar a las declaraciones de zonas de mercado residencial tensionado que dicten, para contrarrestar los posibles efectos adversos de esta política intervencionista del mercado.

Tabla 1. Posibles efectos sobre el control de renta

Efectos positivos	Efectos negativos
Transparencia en el mercado: mejora la información sobre los precios del mercado de alquiler para las instituciones y las partes del contrato.	La disposición de una vivienda con renta controlada reducen la movilidad del arrendatario hacia sistemas con rentas más elevadas (para mantener la vivienda pueden rechazarse ofertas laborales que impliquen desplazamiento geográfico).
No implica un desembolso presupuestario por parte del Estado, ni un coste elevado para el propietario.	Disminución de la calidad de las viviendas.
Evitar la explotación del poder de mercado del propietario[21].	Los límites a la renta pueden reducir la rentabilidad para el propietario y las inversiones en la vivienda, si no pueden repercutirse al arrendatario.
Mejora la distribución de la renta (transferencia de ingresos de arrendadores a arrendatarios)[22].	Desafección del alquiler hacia la propiedad.

(20) Pareja Eastaway, M., y Sánchez Martínez, M. T., *Revista Galega de Economía*, p. 8.

(21) El propietario puede disfrutar de un poder monopolístico frente al arrendatario cuando no existe un control sobre la renta. Por ejemplo, si el arrendatario tiene un apego a la vivienda, aquél podrá aumentar el precio de la vivienda considerablemente y éste normalmente lo satisfará si está dentro de sus posibilidades para poder mantenerse en la vivienda arrendada, aunque el precio sea excesivo de acuerdo a los precios de mercado. Así lo recoge Haffner, M; Elsinga, M., y Hoekstra, J., *European Journal of Housing Policy,* p. 4.

(22) Véase Pareja Eastaway, M., y Sánchez Martínez, M. T., *Revista Galega de Economía,* p. 8, reconoce los elementos esenciales en los que revierte el control de renta, tanto positivos (distribución de renta, estabilidad de los precios, seguridad en la tenencia) como negativos (rentabilidad, calidad, selección inquilinos, operadores inmobiliarios).

Efectos positivos	Efectos negativos
Favorece la asequibilidad y el acceso al mercado de alquiler privado de los inquilinos.	Reducción del volumen de oferta y construcción de vivienda en alquiler.
Aumenta la estabilidad en los precios.	Puede conducir a una selección de los inquilinos y una reducción del plazo de duración de los contratos de alquiler (23).
Aumenta la seguridad en la tenencia de los inquilinos.	Disminución de los operadores especializados en vivienda.
Aumenta la demanda del mercado de alquiler privado.	Desequilibrio del mercado: exceso de demanda de inquilinos, por encima de la oferta.
Mejora de la imagen y popularidad del mercado de alquiler, que puede tener efectos positivos para el propietario (24).	Favorece la aparición de mercado negro si hay inquilinos que están dispuestos a pagar más de lo estipulado.
Si desaparece el control de rentas y los precios aumentan, aumenta el riesgo de impago y la prima de riesgo para recuperar la vivienda (25).	Puede producirse una infrautilización del espacio construido.

2.3 La limitación de los precios del alquiler en los contratos de arrendamiento de vivienda en la LDV

La Disposición final primera de la LDV modifica la LAU para regular las rentas iniciales de los contratos de alquiler de vivienda habitual y permanente en las zonas declaradas de mercado residencial tensionado por las administraciones competentes, según el artículo 18 de la LDV. Esta regulación distingue fundamentalmente entre si la vivienda se ha arrendado o no en los últimos cinco años y si el arrendador es considerado un gran tenedor de vivienda o no.

Cabe tener en cuenta que esta regulación es aplicable a los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, sometidos al Título II de la LAU que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la declaración de mercado residencial tensionado.

(23) *Ibid.* Normalmente el arrendador obtiene más beneficios durante los primeros años de contrato que en el resto, por lo que es probable que busque arrendatarios que, por sus características demográficas e ingresos disponibles, permanezcan menos tiempo en la vivienda.

(24) Haffner, M.; Elsinga, M., y Hoekstra, J., *ENHR* 2007, p. 15.

(25) Tal y como recoge López García, M. A., *Revista de Economia Aplicada* Número 3, p. 67, contra más alto es el precio que debe pagarse para recuperar la vivienda, mayores serán las primas al riesgo que se incorporarán a las tasas de rendimiento sobre el capital invertido en vivienda de alquiler. El encarecimiento de la recuperación de la vivienda también acaba repercutiendo en el precio final del alquiler de la misma.

Para poder explicar el régimen que regula las limitaciones de las rentas de los contratos de arrendamiento de vivienda en la LAU, primero es necesario hacer referencia a la declaración de zona de mercado residencial tensionado y al concepto de gran tenedor de vivienda.

2.3.1 *La declaración de zona de mercado de alquiler tensionado*

El artículo 18 LDV regula la posibilidad de que las Administraciones competentes en materia de vivienda puedan declarar zonas de mercado residencial tensionado para orientar y establecer políticas de vivienda y, en concreto poder aplicar las medidas que se regulan en la Disposición final primera de la norma. Por lo tanto, esta declaración de zona de mercado tensionado se prevé como una potestad de las comunidades autónomas que ostentan la competencia exclusiva en materia de vivienda según el artículo 148.1.13 CE. Para poder formular esta declaración, que tendrá una vigencia inicial de tres años prorrogables (art. 18.2.d), deberá realizarse un procedimiento preparatorio dirigido a la obtención de la información que justifique la situación de mercado residencial tensionado, un trámite de información pública, la redacción de una memoria fundamentada con datos objetivos y un plan específico que proponga las medidas para la corrección de los desequilibrios evidenciados en la declaración con un calendario de desarrollo para los tres años. Además, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda urbana podrá desarrollar un programa específico para estimular la oferta de vivienda asequible en colaboración con las comunidades autónomas, adoptar medidas de financiación para favorecer la contención o reducción de los precios y establecer ayudas u otras medidas adicionales.

La declaración de zona de mercado residencial tensionado podrá declararse en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, que conllevan que el acceso a la vivienda sea inasequible. Para ello, deberá justificarse que la zona declarada cumple los siguientes dos requisitos: «a) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares. Y b) que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos cinco puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente».

En este sentido, considero adecuado que las medidas que recoge la LDV para contener las rentas del mercado privado de alquiler sean tem-

porales y excepcionales, y se circunscriban a la realidad social y económica de cada municipio, de forma que sea necesario declarar previamente las zonas de mercado residencial tensionado en función de los incrementos que experimenten los precios del alquiler. Dado que no en todos los municipios se ha experimentado el mismo crecimiento de los precios de alquiler ni existe un problema de oferta de vivienda asequible. Sin embargo, como la competencia recae sobre la Comunidad autónoma, puede suceder que, por falta de voluntad de la misma, no se formalice la declaración en los municipios donde realmente existe un problema de oferta de viviendas de alquiler a precios asequibles y el mercado se encuentra fuertemente tensionado por el crecimiento de estos precios.

Actualmente la limitación de precios está vigente en Cataluña, a partir del 16 de marzo de 2024 en 141 municipios declarados zona de mercado residencial tensionado y otros 131 municipios a partir del 10 de octubre de 2024. Y en el País Vasco, el municipio de Errenteria des del 31 de enero de 2025 y Irun, Barakaldo, Zumaia y Lasarte-Oria des del 1 de mayo de 2025[26]. Actualmente, Navarra ha iniciado el proceso de declaración de 21 municipios que abarcan más del 68% de la población, y se prevé que se dicte la orden foral de declaración durante el mes de mayo de 2025.

2.3.2 *El concepto de gran tenedor de vivienda*

El gran tenedor, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3 LVD, es la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Sorprende, que en este caso no se excepciona a los propietarios de viviendas sociales, como sí se reconoce en Cataluña, medida que me parece más acertada y proporcional. Así, el artículo 5.9.b de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética excepciona de considerarse gran tenedor a los promotores sociales, a las personas jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificada como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler y a las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.[27]

(26) Las zonas de mercado residencial tensionado declaradas pueden consultarse actualizadas en https://www.mivau.gob.es/vivienda/alquila-bien-es-tu-derecho/serpavi/consultar-zonas-de-mercado-residencial-tensionado.

(27) Molina Roig, E., AC., p. 8.

Ahora bien, el artículo 19 permite incorporar criterios adicionales a la definición de grandes tenedores en la declaración de zona de mercado tensionado, acorde a la realidad y características de la zona. Así, esta norma permite reducir el número de propiedades que deber tener un gran tenedor de vivienda a cinco titularidades, aunque se circunscribe al ámbito de la declaración. Aunque la norma no establece el ámbito territorial concreto que debe comprender la declaración, cuando se reguló en Cataluña se estableció por municipios, pero el ámbito de la declaración se ha extendido a todo el territorio declarado en Cataluña. En este caso, aunque esta norma parece que endurece el concepto de gran tenedor, esto solo será así para aquellos que concentren este patrimonio inmobiliario en el ámbito al que se circunscriba tal declaración. Por ejemplo, en Cataluña, al igual que Navarra, la declaración de zona de mercado residencial tensionado establece que será gran tenedor de vivienda el titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en la zona declarada de mercado residencial tensionado, en este caso la memoria justificativa ya específica, que esta declaración comprende los 140 municipios declarados como tensionados. Además, en Cataluña se excepciona la aplicación de esta norma a los promotores sociales regulados en el artículo 51.2 a y b Ley 18/2007. Esta regulación comprende al Instituto Catalán del Suelo, los ayuntamientos, las sociedades y patronatos municipales de viviendas, las cooperativas de viviendas y las entidades urbanísticas especiales. Y a los promotores privados de viviendas y las entidades sin ánimo de lucro dedicadas a la promoción de viviendas que tengan por objeto social y como objeto de su actividad efectiva la promoción de viviendas de protección oficial destinadas a alquiler, la gestión y explotación de dicho tipo de viviendas en casos de constitución de derecho de superficie o de concesión administrativa o la promoción de viviendas de protección oficial destinadas, en régimen de venta, a los beneficiarios con ingresos más bajos.

En definitiva, cabe tener en cuenta que cada comunidad autónoma podrá decidir si amplia la definición de gran tenedor en cuanto a la regulación de las limitaciones de precios de alquiler, y en todo caso, será complementaria de la regulación estatal. De forma que, en el caso de Cataluña se considera gran tenedor de vivienda al que cumple cualquiera de los requisitos anteriormente explicados.

Uno de los principales problemas que presentan estas definiciones son las numerosas lagunas legales que han quedado sin resolver como, por ejemplo, si computa la titularidad de una cuota indivisa o si afecta a una comunidad de bienes o si computan los derechos reales.[28] En este sentido, se han pronunciado los jueces de primera instancia de Barcelona

(28) Fuentes Lojo Rius, A., Diario LA LEY.

estableciendo unos criterios orientadores[29] que, aunque no son vinculantes para el resto de juzgados, pretender dar una respuesta a alguna de las lagunas existentes. A modo de resumen, podemos decir que en su opinión computan los derechos reales con facultad de uso y disfrute, que permiten realizar actos de disposición, como es el caso del usufructo. Además, computaran las fincas identificadas en el Registro de la Propiedad, según criterios registrales y no catastrales o físicos. Y si no existe división horizontal, computa como una finca. En caso de titularidades compartidas, se incluyen en el cómputo las propiedades, de una parte alícuota superior al 50 %. Ahora bien, para el cómputo de los 1.500 metros cuadrados, se incluye cualquier cuota de participación sobre una finca. Además, consideran que para acreditar esta condición es suficiente con una nota del Servicio de Índices del Registro de la Propiedad.

En este sentido, para dar seguridad jurídica al mercado, Navarra ha incluido estas particularidades en la memoria justificativa de la declaración.

2.3.3 *Las limitaciones en base a las rentas de los contratos anteriores*

Los límites de precio que se aplican a los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas arrendadas en los últimos cinco años están regulados en el artículo 17.6 LAU. Así, se establece que el precio de estos contratos no podrá superar «la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior». Además, se permite incrementar un 10 % sobre la última renta en determinados supuestos, en los que se hayan realizado obras de rehabilitación, accesibilidad, mejora en la eficiencia energética durante los dos últimos años o los contrato duren diez o más años, incluidas las prórrogas. Y, en todo caso, se permite que la renta pactada pueda seguir actualizándose anualmente en los términos fijados en el artículo 18 LAU, si así se pactó en el contrato.

Respecto a las obras de rehabilitación que el arrendador debe llevar a cabo para poder incrementar la renta hasta un 10 %, la norma se remite al artículo 41.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se

(29) Disponibles en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Los-juzgados-de-Primera-Instancia-de-Barcelona-establecen-criterios-en-la-aplicacion-de-las-recientes-normas-procesales-en-materia-de-vivienda.

aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.[30] De forma que es necesario que estas obras se correspondan con las actuaciones subvencionadas que se regulan en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016[31] o «que tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por ciento del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo».

En mi opinión, la redacción del artículo 17.6 LAU no es acertada, pues esta regulación plantea serias dudas sobre su aplicación, que dificulta que las partes del contrato puedan conocer fácilmente cual es la renta a aplicar.

Por un lado, existen discrepancias jurídicas[32] sobre si hay que tomar como referencia la renta pactada en el contrato anterior o bien la última renta exigible en el momento de extinción de dicho contrato y si la actualización a aplicar es la que se haya pactado en el contrato o hay que estar a las limitaciones en la actualización de la renta previstas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022. En este sentido, considero que el artículo 17.6 LAU se está refiriendo a la última renta exigible, de acuerdo a una interpretación literal, pues la palabra «última» se refiere al contrato, sistemática y acorde con la voluntad del legislador y la finalidad de la norma, dado que permite que la renta no quede desactualizada, incluso si en el contrato anterior no se ha previsto la actualización de la renta. Lo mismo sucede respecto a cómo debe actualizarse la renta inicial del contrato. Actualización a la que, en mi opinión, deben aplicarse los términos establecidos en el contrato, y no los limites contemplados en el artículo 46 del RDL 6/2022 y articulo 18 LAU, en este último caso, siempre que dicha cláusula contractual no pueda declararse nula por ser contraria a dicho precepto.

Por otro lado, también se plantea la duda de que sucede con los contratos si la limitación en el pacto de la renta, prevista en el artículo 17.6 de la LAU, opera cuando el contrato de arrendamiento de vivienda habitual que

(30) *BOE* núm. 78, de 31/03/2007.
(31) *BOE* núm. 86, de 10 de abril de 2013.
(32) Sala Roca, C.; Carrasco Perea, A.; Cordobés Millán, E., y Molina Roig, E., AC, pp. 4 ss.

hubiese estado vigente durante los últimos cinco años es un contrato de renta antigua, sujeto al Decreto Ley Boyer de 1985 o la LAU 1964, un contrato de alquiler social de la Ley 24/2015 catalana, o un contrato que hubiera estado sujeto a un régimen de protección oficial pero hubiera perdido vigencia dicha protección, pues la letra de la norma no establece excepciones. Y aunque en Cataluña la memoria justificativa de la Resolución TER/2940/2023, declaró que este límite no era de aplicación en estos casos, siendo aplicable en su lugar el límite del artículo 17.7 de la LAU, esta previsión se eliminó en la nueva memoria de la Resolución TER/800/2024, que modificó y dejó sin efecto la Resolución anterior. En este sentido, parece que existe un mayor consenso doctrinal al considerar que los regímenes anteriores regulados en las Disposiciones transitorias de la LAU no deben someterse a esta regulación. Sin embargo, en mi opinión no sucede lo mismo con el resto de contratos mencionados, siempre y cuando el contrato anterior hubiera estado sometido al Título II de la LAU.[33]

Respecto a los gastos a repercutir al arrendatario parte de la doctrina[34] considera que cuando la Ley hace referencia a las «cuotas y gastos» no se incluyen los tributos, y por lo tanto, podrían repercutirse con independencia de que no esté pactado así en el contrato anterior. En mi opinión, esto no es posible pues no parece que fuera la voluntad del legislador, quien, al establecer esta precisión de forma tan genérica, refiriéndose a gastos, lo que pretendía era incluir cualquier coste no individualizable (comunidad, IBI, seguros). Y así, dar cumplimiento a la finalidad de la norma, que es favorecer la asequibilidad del alquiler y evitar la subida abusiva que el coste de la vivienda representa para el arrendatario.

Además, cuando se afecta exclusivamente a los nuevos contratos de arrendamiento, se plantea que sucede con los contratos sometidos a tácita reconducción o que se prorrogan mediante acuerdos voluntarios que comportan incrementos de renta.

En este caso, considero que los contratos de arrendamiento de vivienda que se renueven por tácita reconducción (art. 1566 y 1581 CC), a partir de la entrada en vigor de la LDV deberían quedar sometidos a sus normas pues, de acuerdo, a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo[35] nace un nuevo contrato. Lo mismo sucede cuando se prórroga el contrato existente por un pacto entre las partes que comporta un incremento de renta acusado, es decir, desproporcionado respecto al aumento de los costes de la vida desde que se firmó el contrato de arrendamiento y, que esta variación del precio se pueda justificar objetivamente. En este

(33) Para más detalle véase, Sala Roca, C.; Carrasco Perea, A.; Cordobés Millán, E., y Molina Roig, E., AC., pp. 4 ss.

(34) *Ibid.*

(35) SSTS de 14 de junio de 1984, de 21 de febrero de 1985 y de 26 de septiembre de 2018.

caso, existe *animus novandi,* pues estamos ante un cambio sustancial del objeto del contrato, totalmente incompatible con la obligación inicial, lo que dará lugar a la extinción del contrato anterior y al nacimiento de un nuevo contrato, al que debe aplicarse la nueva normativa sobre arrendamientos urbanos vigente en el momento en que se produce el incremento de renta. Sin embargo, sería conveniente que se incluyera esta precisión en la norma, para evitar conflictos entre las partes en su aplicación, como realizaba la Disposición transitoria de la Ley 11/2020 en Cataluña al establecer que «en caso de novación del contrato con posterioridad a la declaración del área como área con mercado de vivienda tenso, siempre que suponga una ampliación de la duración del contrato o una modificación de la renta, se aplicará lo establecido en la presente ley». Además, sería conveniente que la norma hiciera mención expresa también a la tácita reconducción y así incluir la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.3.4 *Las limitaciones en base a los índices de referencia de precios de alquiler*

El artículo 17.7 LAU establece que la renta pactada al inicio del nuevo contrato de arrendamiento de vivienda habitual y permanente no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique. Sin embargo, teniendo en cuenta que este artículo establece que este régimen se aplicara sin perjuicio del artículo 17.6 LAU. En el caso que el arrendador sea un gran tenedor y la vivienda se haya arrendado en los últimos cinco años, la renta inicial del contrato estará sujeta a dos límites. Por un lado, la renta del último contrato suscrito en la vivienda a arrendar en los términos explicados en el apartado anterior y, por otro lado, el índice de precios de referencia establecido para la vivienda arrendada de acuerdo a sus características y ubicación. En consecuencia, la renta inicial máxima que podrá pactarse en el nuevo contrato de arrendamiento será el precio más bajo que resulte de entre estos dos límites establecidos.

En cambio, cuando la vivienda se arriende por primera vez en el mercado de arrendamiento habrá que distinguir nuevamente si estamos ante un arrendador gran tenedor o no. En el caso que sea un gran tenedor de vivienda, este contrato de arrendamiento estará limitado únicamente por el índice de referencia de precios de alquiler establecido para dicha vivienda. En el caso, que el arrendador no sea gran tenedor la LVD no establece ninguna limitación a la renta inicial del contrato. Sin embargo, permite a la comunidad autónoma limitar la renta en base a este índice de precios de referencia de

alquiler en la declaración de zona de mercado residencial tensionado. Así, lo han hecho Cataluña y Navarra en la memoria justificativa de su declaración. Por lo tanto, también operará este límite para los contratos suscritos por arrendadores que no son considerados grandes tenedores de vivienda.

El índice estatal de precios de referencia de alquiler, puesto en marcha desde el 27 de febrero de 2024, es una herramienta que opera a nivel estatal y permite conocer y, en su caso, controlar los precios del mercado de alquiler. En todo caso, esta nueva aplicación tiene el objeto de ofrecer más transparencia y conocimiento del mercado del alquiler de vivienda y servir de base para favorecer el incremento de la oferta de vivienda a precios asequibles, aportando asimismo seguridad jurídica para facilitar la aplicación de las políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda en alquiler a precios asequibles.

Este índice es homogéneo para el conjunto del país, ya que operará para todo el Estado y, por lo tanto, servirá para cualquier CCAA. La nueva aplicación del sistema estatal está basada en una detallada metodología que permite establecer un rango de valores de referencia del precio del alquiler de viviendas, fijando una horquilla conformada por un valor inferior y uno superior, en la que se entiende que debe situarse de manera orientativa. Así, permite conocer el rango de valores de alquiler de vivienda, como referencia a título orientativo, para la fijación de la renta en los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda. La nueva aplicación del Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Vivienda es accesible a través del portal del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana en el enlace https://serpavi.mivau.gob.es/.

Cabe tener en cuenta que a las viviendas que no se encuentran en zonas de mercado residencial tensionado no se les aplican las medidas de contención de precios introducidas por la LDV y, en consecuencia, el rango de valores de referencia obtenido mediante esta nueva aplicación del sistema estatal tendrá únicamente carácter informativo, por lo que la renta en los nuevos contratos será la que libremente estipulada las partes. Para que los límites de precio de alquiler entren en funcionamiento es necesario que la CCAA primero, declaré las zonas de mercado residencial tensionado y, en segundo lugar, se publique la Resolución ministerial con la relación de declaraciones de zonas de mercado residencial tensionado en el *BOE*.

En el caso de Cataluña, en la primera Resolución TER/2940/2023 que realizaba la declaración de zona de mercado residencial tensionado pretendía evitar la aplicación del límite regulado en el artículo 17.6 LAU en base a la renta del contrato anterior, en aquellos casos en los que estas rentas anteriores eran bastante inferiores a las de mercado. Así, sometía

los nuevos contratos exclusivamente a la aplicación del índice de precios de referencia de alquiler en los siguientes supuestos:

– Cuando y el nuevo contrato de alquiler de la vivienda ubicada en una de estas zonas tensionadas, no hayan sido arrendado en los últimos cinco años, aunque el arrendador no sea un gran tenedor de vivienda.

– Para los nuevos contratos de alquiler de viviendas habituales, las cuales han sido arrendadas en los últimos cinco años, la memoria elaborada por la Generalitat de Catalunya, establece que se aplicara el índice de referencia de precios de alquiler, en los siguientes supuestos:

- En los contratos formalizados antes del 1 de enero de 1995.
- Cuando el contrato anterior se hubiera suscrito con finalidades sociales. Por ejemplo, programas públicos o viviendas del Fondo de alquiler social o análogos.
- Cuando el contrato anterior al finalizar tenga una renta mensual un 25% inferior a la establecida en base al índice.
- Las viviendas de protección oficial, que pierden su calificación antes de la firma del nuevo contrato.

Sin embargo, para que pudiera entrar en vigor la normativa mediante la Resolución trimestral emitida por el MIDMA, la Generalitat de Cataluña tuvo que eliminar estas limitaciones en la Resolución TER/800/2024. De forma, que actualmente solo las viviendas unifamiliares y las de obra nueva o totalmente rehabilitadas son las que disponen de renta libremente pactada por las partes, durante los cinco primeros años desde la obtención de la licencia de primera ocupación, ya que así lo establece su metodología. Ahora bien, en el caso que se formalice un segundo contrato de arrendamiento durante este período, la renta pactada en este nuevo contrato sí se encontrara limitada en base al precio pactado en el contrato anterior en los términos explicados en el apartado anterior, porque en este caso, la vivienda se considera arrendada en los últimos cinco años. En mi opinión, la eliminación de estas exclusiones que había regulado la Generalitat de Cataluña eran acertadas, dado que estas viviendas se tendrán que arrendar a precios muy inferiores a los de mercado, excepto los contratos de arrendamiento de vivienda habitual anteriores a 1995 y, por lo tanto, seguramente sus titulares decidirán no arrendarlos en el mercado de alquiler tradicional, pues no les resultara rentable. Lo que comporta efectos negativos para el mercado de alquiler reduciendo su oferta. Y como ya hemos mencionado, es necesario buscar incentivos para contrarrestar este tipo de efectos negativos, sucediendo con esta medida total-

mente lo contrario a lo que hubiera sido deseable para un mejor funcionamiento del sistema de control de precios.[36]

2.3.5 *El sistema de actualización de las rentas de alquiler*

Con la aprobación de la Disposición adicional sexta de la LDV se extiende la aplicación durante todo el 2024 de la limitación extraordinaria en la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda regulados en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Esta medida se amplió hasta el 31 de diciembre de 2023 por el Real Decreto Ley 20/2022, de 27 de diciembre: medidas sobre el alquiler de viviendas y suspensión de desahucios.

Así se estableció que, hasta el 31 de diciembre de 2023, a falta de acuerdo entre las partes, o con carácter obligatorio para los grandes tenedores, la actualización de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda no podía superar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad (IGC), que como máximo será del 2 %.

La Ley mantuvo este mismo sistema para las actualizaciones que se produjeron entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024 estableciéndose como máximo un incremento anual del 3 % sobre la renta vigente.

A partir de 2025, la renta se actualizará según el Índice de Referencia de Arrendamientos de Vivienda (IRAV), tal y como recoge la Disposición adicional undécima de la LDV. Este nuevo índice de referencia se crea con la vocación de evitar incrementos desproporcionados en las actualizaciones anuales de las rentas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, que se hayan firmado a partir del 26 de mayo de 2023, fecha en que entra en vigor la LVD. Este nuevo índice se define como el valor mínimo entre la tasa de variación anual del IPC, la tasa de variación anual de la inflación subyacente y la tasa de variación anual media ajustada.

3. PROPUESTAS DE MEJORA DEL SISTEMA DE CONTROL DE RENTAS PREVISTO

La problemática que se plantea respecto a la eficacia del sistema de control de precios para favorecer el mercado de alquiler no reside en limi-

(36) Para más detalle, véase Molina Roig, E., *Diario La Ley.*

tar las rentas iniciales, sino más bien en la inseguridad jurídica que genera su aplicación ante las lagunas legales existentes y en la falta de consenso que existe en el sector respecto a la fijación del sistema de índices de referencia de precios de alquiler estatal adoptado. Por este motivo, a partir de aquí es necesario utilizar este periodo de tres años, de vigencia de la normativa, para analizar la viabilidad del sistema e introducir las mejoras que permitan consolidar un sistema efectivo para favorecer la asequibilidad, estabilidad y seguridad del mercado de alquiler. En mi opinión, debería garantizarse como mínimo las siguientes medidas:

El sistema de contención previsto en la norma debería modificarse para regular los siguientes aspectos indeterminados, los cuales generan dudas respecto a su aplicación y pueden dar lugar a litigiosidad respecto a la medida:

a) Deberían proporcionarse criterios claros sobre el concepto de gran tenedor, pues en su definición hay aspectos que no se prevén. Como, por ejemplo, si computa la vivienda habitual, cómo computa la titularidad de una cuota indivisa, una comunidad de bienes, los derechos reales o si debemos seguir un criterio registral, físico o catastral para la identificación de los inmuebles, etc.

b) Debería preverse un régimen de exclusión específico como realizaba la Ley 11/2020, sobre contención de rentas en Cataluña, que permitiera someter exclusivamente al índice y no a la renta anterior, aquellas viviendas que por determinadas circunstancias tenían rentas inferiores a los precios de mercado (viviendas que provienen de programas sociales, HPO, sometidas a contratos de renta antigua, etc.).

c) Determinar si es aplicable a los contratos en tácita reconducción, es decir, aquellos contratos en los cuales se ha acabado la duración pactada o mínima legal y se van renovando automáticamente según la duración pactada de la renta, mensual o anual, mientras las partes no se pronuncien.

d) Respecto al cálculo de la renta debería aclararse si la renta que aplica es la última fijada en el contrato de alquiler o bien, la última que estuviera pagando el arrendatario. Respecto a la repercusión de los gastos como IBI, comunidad debería establecerse si también limitan cuando se aplica el índice, por ser más bajo que la última renta, en los contratos formalizados por los grandes tenedores de vivienda.

Respecto al sistema de índice de referencia de los precios del alquiler, aprobado por el Ministerio de vivienda y Agenda urbana, también hay varios aspectos que deberían mejorarse [37]:

a) Usar los metros cuadrados útiles y no los construidos.

b) Definir los conceptos indeterminados como vivienda amueblada o vistas especiales.

c) Valorar las características de la vivienda realizando unas tablas de precios que ponderen sobre el índice inicial, acordadas entre las asociaciones de propietarios, inquilinos y la administración pública, para dar legitimidad democrática, transparencia y objetividad al sistema, como se hace en Alemania [38].

Para la eficacia del sistema que establece un límite a los precios del alquiler previsto en la Ley 12/2023 se propone la adopción de las siguientes medidas complementarias:

a) Un sistema de inspección y sanción para penalizar el incumplimiento de estas medidas en la LVD. Cataluña ha aprobado su propio régimen de inspección y sanción en el Decreto ley 1/2025, de 28 de enero, de medidas urgentes en materia de contención de rentas. Navarra también ha previsto como infracción la falta de esta información en la publicidad, las ofertas y los contratos de arrendamiento, que actualmente esta en tramitación parlamentaria y que se prevé pueda aprobarse en junio de 2025.

b) Un proceso judicial ágil para reclamar su cumplimiento por vía de juicio verbal, independientemente de la cuantía reclamada.

c) Un proceso extrajudicial previo, gratuito y ágil para evitar la vía judicial, a través de la mediación o conciliación.

Además, no cabe olvidar que para mejorar el mercado de alquiler es necesario la adopción de otro tipo de políticas de vivienda como:

a) Aumentar la inversión pública para incentivar la promoción y la rehabilitación de vivienda social y asequible, y la disposición de este tipo de viviendas para los colectivos más vulnerables. Para ello, es necesario fomentar la colaboración público-privada con las entidades sin ánimo de lucro y de lucro limitado, estableciendo un marco regulatorio favorable y facilitar la financiación de las operaciones.

(37) Véase Molina Roig, E., *Diario La Ley.*

(38) Para más detalle, Molina Roig, E., AC., pp. 5 ss.

b) Establecer controles adecuados para perseguir y luchar contra el mercado negro de alquiler, que ascendía al 40,8 % en 2021 [39].

c) Establecer medidas de fomento del alquiler para incentivar la oferta, como la construcción y rehabilitación de viviendas. Así como la movilización de vivienda vacía, con incentivos positivos como subvenciones y beneficios fiscales. Es fundamental que se incentiven estas medidas incluyéndose en el Plan de medidas que debe acompañar a la memoria justificativa de la declaración de zona de mercado residencial tensionado, para paliar la falta de oferta suficiente de vivienda a precios asequibles para atender la demanda existente en las zonas declaradas tensionadas.

d) Regular otros aspectos del contrato de alquiler que incentiven además de la asequibilidad, la estabilidad y flexibilidad para el arrendatario. Y, por otro lado, la seguridad, un beneficio razonable y una recuperación ágil de la vivienda para el arrendador [40].

e) Regular los contratos de arrendamiento de uso distinto por temporada (Título III LAU), los contratos de habitaciones regulados en el código civil y establecer limitaciones a los contratos de arrendamiento de las viviendas de uso turístico para evitar que se pueda realizar un uso fraudulento y/o excesivo en perjuicio del mercado de alquiler de residencia habitual y permanente [41].

4. LA LIMITACIÓN DE GARANTÍAS EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Una de las principales preocupaciones del arrendador es el mal uso que pueda realizar el arrendatario de la vivienda arrendada, y el incumplimiento de sus obligaciones durante la vigencia del contrato de arrendamiento. Por este motivo, la LAU establece como obligatorio el pago de una mensualidad de fianza para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente (art. 36 LAU), y hasta el 2019, permitía al arrendador exigir las garantías adicionales que considerará necesarias.

La fianza sirve para garantizar el cumplimiento de las dos obligaciones principales del arrendatario: pagar la renta y conservar la cosa. Concretamente, el arrendador podrá utilizar la fianza para la satisfacción de las si-

(39) GESTHA, 2022.
(40) Para mayor abundamiento, Molina Roig, E., 2018, pp. 355 ss.
(41) Según lo que ya apunto en Molina Roig, E., AC, pp. 9 ss.

guientes obligaciones, cuando finalizado el contrato de arrendamiento éstas no se hubieran cumplido por el arrendatario:

– La obligación de pago de la renta y de aquellas cantidades cuyo pago asumió o le corresponden al arrendatario (arts. 1555.1 CC y 17 y 20 LAU 1994), como puede ser el agua, la luz o el gas, si fueron contratados por el propio arrendador, o de la cuota comunitaria o del IBI si así se pactó.

– La obligación de indemnizar al arrendador por los daños o menoscabos producidos en la finca arrendada, ya sea por uso inadecuado o indiligente de la finca (art. 1555.2 CC), o por no haber actuado con la diligencia debida en la apreciación de hechos o daños que exigían una reparación urgente o una comunicación inmediata al arrendador (arts. 20 LAU 1994 y 1559 y 1563 CC), ya sean imputables a la propia conducta del arrendatario o de otras personas de las que deba responder (arts. 21 LAU 1994 y 1564 CC).

– La indemnización que proceda por el incumplimiento de la obligación de restituir la posesión de la finca al terminar el contrato (art. 1561 CC).

Sin embargo, la exigencia de garantías ilimitadas podía generar un problema de asequibilidad para el arrendatario, quien podía verse impedido a acceder a una vivienda de alquiler por no disponer de capital suficiente o los avales exigidos. Por este motivo, con la reforma de la LAU, para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente firmados a partir del 6 de marzo de 2019 se limita esta posibilidad, excepto para los de larga duración. Así, de acuerdo al artículo 36.5 LAU «en el caso del arrendamiento de vivienda, en contratos de hasta cinco años de duración, o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta».

En consecuencia, cualquier pacto que pretenda establecer un depósito superior a tres mensualidades (uno de fianza y dos de garantías adicionales) será nulo, y aunque el artículo 36 LAU se regula en el Titulo IV y, por lo tanto, no se le aplica la limitación del artículo 6 LAU, el artículo 4.1 LAU establece que las normas del Título IV son de carácter imperativo. Además, tampoco es posible solicitar un aval bancario por un importe que exceda de las dos mensualidades, excepto en los contratos de larga duración (superiores a cinco o siete años de duración, según si el arrendador es persona física o jurídica) pues, aunque el artículo 36 no lo señala, así lo recoge expresamente la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo. Existen discrepancias doctrinales sobre si esta limitación

sería extensible a otro tipo de garantías de protección del derecho de crédito, como la fianza personal a favor de personas físicas, o de otras personas jurídicas distintas a las entidades bancarias. Además, cabe tener en cuenta que el contrato de fianza de nuestro Código Civil es un contrato autónomo e independiente del contrato de arrendamiento, y que la obligación legal del artículo 36.5 de la LAU afecta a la relación jurídica entre arrendador y arrendatario, y no al fiador, que no es parte en el contrato de arrendamiento. Además, cabe recordar que el contrato de fianza puede pactarse con carácter solidario respecto del deudor o carácter subsidiario, operando el beneficio de excusión del artículo 1830 del Código Civil[42].

Por lo tanto, atendiendo a una interpretación teleológica y acorde con la finalidad de la norma tampoco será posible pactar otro tipo de garantías adicionales, como por ejemplo el pago por el arrendatario de pólizas de seguros como, por ejemplo, los que pretendan cubrir impagos de rentas o cantidades asimiladas, desperfectos o actos de vandalismo en la vivienda o de responsabilidad civil, etc., siempre que su importe sea superior a dos mensualidades de renta. En este caso, hay que tener en cuenta que, si un seguro de este tipo implica, por ejemplo, el coste de una mensualidad de renta no podrá exigirse su contratación por un periodo superior a dos años.

Esta modificación que limita las garantías del arrendamiento pretende asimilar nuestra legislación a la de otros países de Europa en los que el límite del depósito inicial a satisfacer por el arrendatario no puede superar tampoco las tres mensualidades de renta. Como, por ejemplo, en Italia (art. 11 Ley 392/1978), Alemania (§ 551 (I) BGB) y Suiza (art. 257e COS). Además, estos países también buscan fórmulas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda del arrendatario con menos recursos económicos permitiendo fraccionar el pago del depósito. Por ejemplo, en Alemania, se reconoce el derecho legal a prorratear la fianza en tres cuotas –§ 551 (II) BGB– o en Suiza se facilita la posibilidad de contratar un seguro de depósito, que se puede ir pagando mensualmente. De esta forma, se facilita la asequibilidad del alquiler y su acceso a las personas con menos recursos, sin desatender la finalidad de la norma (servir de garantía en caso de incumplimiento) ni los intereses del arrendador, ya que este a los tres meses en caso de fraccionamiento, o desde el inicio, en caso de contratación de un seguro, dispondrá de la cantidad total de la garantía. Y cabe tener en cuenta que el depósito o garantía no tiene la finalidad de ser usado inmediatamente, sino que es posible que no se use nunca o con toda probabilidad hasta

(42) Para más detalle, véase Cuena Casas, M.; Molina Rojo, E.; Garcia Ceniceros, R., y Navarro Selfa, A., AC., p. 5.

la resolución del contrato de alquiler, por lo tanto, el fraccionamiento de este pago no tiene porque perjudicar los intereses del arrendador. (43)

5. CONCLUSIONES

La intervención en el mercado de alquiler privado de alquiler, estableciendo limitaciones en cuanto a los desembolsos económicos que el arrendatario debe hacer para disponer de una vivienda que satisfaga su necesidad de residencia habitual y permanente es necesaria para requilibrar un mercado de alquiler que se ha mostrado incapaz, de regularse por sí mismo. Ello se ha llevado a cabo, a través de dos modificaciones de la LAU, que pretenden adoptar sistemas ya utilizados o muy similares a los que, desde hace años, ya funcionan en otros países europeos. Por un lado, la que introduce la LDV, que regula un límite de precio a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en las zonas declaradas de mercado residencial tensionado que, de momento, solo se aplica en Cataluña y el País Vasco. Aunque hay otras comunidades autónomas que ya han iniciado el proceso para realizar dicha declaración, como Navarra, y así intentar frenar la escalada de precios de alquiler de los últimos cinco años. Y, por otro lado, la que se realizó en 2019 para limitar las garantías adicionales que se pueden pactar en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, a tres mensualidades, incluida la fianza. La finalidad de la norma es la misma, facilitar la asequibilidad y así el acceso a la vivienda de alquiler de los arrendatarios, ya que ésta es la forma de acceso de último recurso para las personas que no pueden o quieren acceder al mercado a través del régimen de propiedad. El esfuerzo económico que deben hacer las familias en España es muy superior a la media europea, colocándose a la cola de los países europeos. Ello ha comportado que el mercado del alquiler sea inasequible para el ciudadano medio y, sobre todo para las familias más vulnerables económicamente, afectando gravemente a su derecho a la vivienda. Con una baja inversión en políticas de vivienda y un parque de vivienda social muy escaso, son necesarias medidas que incidan en el mercado privado de alquiler que, a corto plazo, puedan ayudar a frenar la subida abusiva de las rentas y acortar la brecha existente entre los ingresos disponibles y las rentas a pagar por las familias. Sin olvidar, que es necesario asegurar un beneficio razonable para el arrendador y otorgarle seguridad en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, para

(43) Véase Molina Roig, E., 2018, pp. 335 ss.

garantizar su derecho a la propiedad y que esta medida no afecte gravemente a la oferta de viviendas en alquiler.

En el caso de los sistemas de control de renta, la norma española no pretende que se produzca una congelación de las rentas como sucedió a partir de los años veinte en España. Esta norma limita los precios de los nuevos contratos de arrendamiento de acuerdo al índice de referencia de precios de alquiler, que es un índice que se construye a partir de las rentas declaradas por los arrendadores en el modelo 100 de IRPF. Y aunque, además, se pretende estabilizar los precios de los contratos de alquiler preexistentes de acuerdo a las rentas pactadas, se permite actualizarlas. Además, la norma es de aplicación temporal y excepcional con una duración de tres años. Y, solo afecta a las zonas declaradas de mercado residencial tensionado, es decir, aquellas donde existe un problema de oferta y asequibilidad real del mercado. Además, la regulación prevé que tanto la declaración de estas zonas como el contenido de la memoria se revise, anule, reduzca o amplíe periódicamente y que puedan adaptarse a las necesidades y circunstancias del mercado.

A modo de resumen, adjuntamos un esquema de la normativa que hemos explicado anteriormente:

Tabla 2. La regulación de limitación de rentas en la LDV

Tipo de propietario	Vivienda arrendada o no anteriormente	Cálculo de la renta
Pequeños tenedores de vivienda	Vivienda arrendada últimos cinco años.	Renta del último contrato vigente + actualización del último contrato.
		No pueden repercutirse cuotas o gastos si no se reflejaba en el contrato anterior.
		Excepcionalmente, puede incrementarse la renta hasta un 10 % cuando se den los supuestos de: Rehabilitación. Mejora energética 30 % (últimos dos años). Mejora accesibilidad (últimos dos años). Contratos o prórrogas de diez o más años.
	Nuevo contrato de alquiler.	Libertad de pacto, excepto que la CCAA establezca que se regula a través del índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.

Tipo de propietario	Vivienda arrendada o no anteriormente	Cálculo de la renta
Grandes tenedores de vivienda.	Vivienda arrendada últimos cinco años (se aplican ambos límites).	Renta del último contrato vigente + actualización del último contrato. Y posibles incrementos hasta el 10 %. Imposibilidad de repercutir gastos.
		Índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.
	Nuevo contrato de alquiler.	Índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.

Durante estos tres primeros años de aplicación deberá analizarse las medidas previstas, principalmente para decidir sobre su renovación y también para, acordarse mejoras que permitan resolver las lagunas legales existentes, facilitar la inspección y sanción de la norma, una reclamación ágil que garantice su cumplimiento y evitar la fuga de contratos hacia el mercado de vivienda temporal, turística o de habitaciones.

Además, es necesario adoptar políticas de vivienda que permitan aumentar el presupuesto público, contrarrestar los posibles efectos adversos de esta medida y, además suplir, las carencias existentes del mercado de vivienda, con medidas a largo plazo, que permitan aumentar la oferta de vivienda existente y su calidad y mantenimiento. A través, fundamentalmente de disponer de más vivienda social y asequible, políticas de rehabilitación y movilización del parque existente, control y afloramiento del mercado negro y una regulación adecuada del mercado de alquiler. Para ello, uno de los elementos más importantes de la declaración de mercado residencial tensionado es que debe acompañarse de un plan de medidas que tenga como objetivo revertir esta situación de desequilibrio entre oferta y demanda.

BIBLIOGRAFÍA

Cuena Casas, M.; Molina Roig, E.; Garcia Ceniceros, R., y Navarro Selfa, A., «La limitación de las garantías complementarias en los contratos de arrendamiento de vivienda» coordinado por A. Fuentes-Lojo Ríos en *Revista Actualidad Civil,* núm. 6, Wolters Kluwer, junio 2019.

Duflot, C., (Minister for Housing), Senate Debate of 20 February 2014.

EUROSTAT, «Housing cost overburden rate, analysed by tenure status», 2022.
FUENTES LOJO RIUS, A., «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas (1)», en *Diario La Ley*, núm. 10486, Sección Tribuna, 16 de abril de 2024.
GESTHA, *Estudio sobre Evolución sobre los Alquileres Sumergidos en España, del colectivo de los Técnicos de Hacienda,* según los datos IRPF 2021, 2022.
HAFFNER, M.; ELSINGA, M., y HOEKSTRA, J., «Balance between landlord and tenant? A comparison of the rent regulation in the private rental sector in five countries», ENHR 2007 *International Conference on 'Sustainable Urban Areas.*
LÓPEZ GARCÍA, M. A., «Imposición, subsidios a la vivienda y control de alquileres: análisis de algunas políticas de vivienda en España» en *Revista de Economía Aplicada,* núm. 3 (vol. I), 1993.
MOLINA ROIG, E., *Una nueva regulación para los arrendamientos urbanos de vivienda en un contexto europeo,* ed. Tirant lo Blanch, 2018.
— «Análisis de la Ley 11/2020 sobre contención de rentas en Cataluña» en *Actualidad Civil,* núm. 12, diciembre 2020, núm. 12, Editorial Wolters Kluwer, 1 de diciembre de 2020.
— «Los límites a las viviendas de uso turístico para incentivar el alquiler de vivienda habitual», *Revista Actualidad Civil,* núm. 4, Wolters Kluwer, abril de 2024.
— «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», en *Actualidad civil,* núm. 5, Wolters Kluwer, 2023.
— «El nuevo sistema estatal de referencia de precios del alquiler de vivienda ¿y ahora que?», en *Diario La Ley,* núm. 10469, 2024.
NASARRE AZNAR, S.; GARCIA, M. O., y XERRI, K., «¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta», en *Revista Teoría y Derecho,* núm. 16, 2014, pp. 194.
PAREJA EASTAWAY, M., y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., «La política de vivienda en España: lecciones aprendidas y retos de futuro», en *Revista Galega de Economía*, vol. 21, núm. 2, diciembre 2012.
SALA ROCA, C.; CARRASCO PEREA, A; CORDOBÉS MILLÁN, E., y MOLINA ROIG, E., «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *Revista Actualidad Civil,* núm. 4, Wolters Kluwer, 2024.
— «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *Revista Actualidad Civil,* núm. 5, Wolters Kluwer, 2024.
SCANLON, K.: FERNANDEZ, M., y WHITEHEAD, C., «A lifestyle choice for families: Private renting in London, New York, Berlin and the Randstad», Londres, Get Living London, 2014.
TRILLA BELLART, C., *La política de vivienda en una perspectiva europea comparada*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2001.

Xerri, K., y Molina Roig, E., «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», en *Revista CEFLEGAL*. CEF., núm. 179, 2015.

B.3 Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario*

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuena@telefonica.net

Resumen: *Se analiza en el presente trabajo las dificultades con las que se encuentran los propietarios para evaluar la solvencia de los potenciales arrendatarios y el impacto que ello tiene en el precio del alquiler.*

Palabras clave: *Datos de solvencia. Ficheros negativos y ficheros positivos de solvencia patrimonial. Informe de la Central de Información de riesgos del Banco de España. Evaluación de la solvencia.*

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

Abstract: *This paper analyses the difficulties encountered by owners in assessing the creditworthiness of potential tenants and the impact this has on the rental price.*

Keywords: *Solvency data. Negative files and positive solvency files. Report from the Bank of Spain's Central Credit Register. Solvency assessment.*

Sumario: 1. La importancia para el arrendador de una adecuada evaluación de la solvencia de potenciales arrendatarios: la limitación de garantías exigibles. 2. Las dificultades del arrendador para evaluar el riesgo: la ausencia de un eficiente sistema de información sobre datos de solvencia patrimonial. 2.1 La importancia de un sistema de información de solvencia para generar confianza en el mercado del alquiler. 2.2 Intercambio de información negativa y positiva de solvencia patrimonial: consecuencias para el arrendador. 2.3 Los registros públicos y privados de solvencia patrimonial. 2.4 El modelo español de sistema de información crediticia. 3. ¿Cómo actúan actualmente los arrendadores para evaluar la solvencia de los potenciales arrendatarios? 4. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

1. LA IMPORTANCIA PARA EL ARRENDADOR DE UNA ADECUADA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DE POTENCIALES ARRENDATARIOS: LA LIMITACIÓN DE GARANTÍAS EXIGIBLES

Uno de los problemas más graves a los que se enfrenta la sociedad española es el de la escasez de vivienda en alquiler. Los factores que han conducido a esta situación son muy variados y complejos por lo que la solución a los mismos requiere un enfoque global. No basta tocar una pieza del sistema para solucionar el problema, sino que son muy distintas las causas concomitantes que conducen a una dramática escasez de oferta de vivienda en alquiler muy acusada en algunas grandes ciudades. De ahí la razón de ser del presente tratado cuya finalidad no es otra que evidenciar todos y cada uno de los aspectos jurídicos que afectan a esta temática y que conforman un auténtico rompecabezas normativo.

Uno de los factores que, a mi juicio, también debe valorarse al analizar la escasa oferta del alquiler es la posición del arrendador en un aspecto clave: la evaluación de la solvencia del potencial inquilino. Teniendo en cuenta la regulación vigente respecto a las limitaciones a los desalojos de

colectivos vulnerables[1] es evidente que el «miedo» a poner un inmueble en el mercado de alquiler se disiparía en gran medida[2] si el propietario puede tener cierta seguridad sobre la solvencia del arrendatario. Hay que decir que ello no resuelve totalmente el problema pues el impago puede ser por circunstancias sobrevenidas (paro, enfermedad, por ejemplo) respecto de las cuales el arrendador – al igual que cualquier acreedor– no puede blindarse. Es el puro riesgo de crédito. Para eso están las garantías personales, pero no se olvide que la posición del arrendador respecto de la solicitud de garantías adicionales se ve limitada tras la reforma de la Ley de Arrendamientos urbanos (en adelante, LAU) operada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler[3]. Dicha norma reformó el artículo 36 de la LAU dedicado a la fianza arrendaticia y a las garantías que puede solicitar el arrendador.

El arrendador puede exigir en concepto de fianza[4] una mensualidad de renta en arrendamientos de vivienda[5]. Su finalidad es asegurar el

(1) La suspensión de desalojos para colectivos vulnerables establecida en el artículo 1 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ha sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024 por virtud del *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.* La suspensión del desalojo es tratada en apartado XII, Sección 5 de este tratado.

(2) El tema está de máxima actualidad. La prensa informa de la petición que se está haciendo desde la Federación Nacional de Asociaciones inmobiliarias (FAI). Esta organización propone «extender los avales ICO al mercado del alquiler, lo que dotaría de seguridad a los pequeños propietarios frente al impago de renta y ante la actual demora en los procesos judiciales de desahucio. "La implementación de un aval público exprés para alquileres proporcionaría cobertura y seguridad tanto a propietarios como a inquilinos, complementando o sustituyendo las pólizas de alquiler existentes". Se entiende que estos avales ayudarían a eliminar las barreras económicas para las personas que tienen más dificultades a la hora de obtener avales privados, un requisito cada vez más extendido a la hora de formalizar un contrato». https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12978217/09/24/las-inmobiliarias-piden-a-sanchez-que-extienda-los-avales-ico-al-alquiler.html Con un buen sistema de información crediticia que permitiera una adecuada evaluación solvencia, con la eliminación de restricciones a la solicitud de garantías, con el impulso a medidas que faciliten y no entorpezcan el desalojo, sería suficiente sin necesidad de que el Estado tenga que emplear dinero público en la contratación privada. Las ayudas públicas deben ir dirigidas a mejorar el beneficio fiscal de los arrendadores.

(3) Traté esta cuestión en mi post sobre «La desmesurada desprotección del arrendador de vivienda ante el riesgo de impago del arrendatario en la reciente reforma de la LAU». 23 de abril de 2019. https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/.

(4) A pesar del término utilizado por el legislador, ni es fianza ni depósito. Más bien su naturaleza se acerca a la prenda irregular. Al respecto, *Cfr.* Ataz López, 2013, p. 2010.

(5) Según la Disposición adicional tercera de la LAU, *las comunidades autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato*. Hasta la fecha, todas las comunidades autónomas exigen este depósito a excepción de Navarra y Asturias. El depósito de la fianza es una velada forma de control

cumplimiento del contrato y, particularmente, cubrir los daños y perjuicios causados en la vivienda a la finalización del contrato. Caso de que no se haya producido ningún incidente, la fianza deberá ser restituida al arrendatario al finalizar el arriendo (art. 36.4 LAU). La fianza es obligatoria y su incumplimiento permite la resolución del contrato (art. 27.2. b) LAU). La cantidad es muy limitada por lo que no es de extrañar que el arrendador exija garantías adicionales. De ahí que el artículo 36.5 LAU en su redacción original dispusiera que «las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico».

Pues bien, el RDL 7/2019 ha restringido esta posibilidad del arrendador de exigir al arrendatario garantías adicionales en arrendamientos de vivienda de duración hasta cinco años o hasta siete años si el arrendador es persona jurídica. Se pueden pactar garantías, pero la ley limita la obligación garantizada: dos mensualidades de renta. Así, después de establecer que las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico, el párrafo segundo del artículo 36.5 LAU dispone que «en el caso de arrendamiento de vivienda en contratos de hasta cinco años de duración o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta».

El problema es determinar qué se entiende por garantía adicional puesto que el precepto no lo especifica. Teóricamente, donde la ley no distingue, el intérprete tampoco debe hacerlo y ello supondría que esta limitación respecto de la obligación garantizada afecta a cualquier garantía adicional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la Exposición de motivos del RDL 7/2019 se dispone expresamente que «se fija en dos mensualidades de renta la cuantía máxima de las garantías adicionales a la fianza que pueden exigirse al arrendatario, ya sea a través de depósito o de aval bancario, salvo que se trate de contratos de larga duración». Se especifica que tal limitación parece afectar exclusivamente a las garantías de depósito o aval bancario. De esta forma, no habría obstáculo a que el arrendador exija otras garantías distintas, por ejemplo, que se aporte un fiador solidario que garantice una cantidad superior a dos mensualidades de renta.

A mi juicio, procede hacer una interpretación restrictiva de esta limitación pues, de lo contrario, se produce una desprotección masiva del arrendador que se volverá en contra de la finalidad que el legislador

fiscal del arrendamiento. Para que el arrendatario pueda aplicarse la deducción fiscal del alquiler es importante que se hayan depositado la fianza en la Comunidad autónoma correspondiente.

pretende con esta reforma. Si el arrendatario deja de abonar más de dos mensualidades el arrendador estaría «legalmente» indefenso y contaría solo con la limitada responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC. Este riesgo invitará a los potenciales arrendadores a no alquilar (disminuyendo la oferta) o si lo hacen, aumentarán el precio del alquiler para asegurarse inquilinos de alto nivel. Por ello la limitación de las dos mensualidades de renta se debe ceñir a las garantías consistentes en un depósito o aval bancario.

Sea como fuere, la reforma apuntada pone límites a las garantías que normalmente suelen solicitar los arrendadores y que favorecen la ejecución de su derecho de crédito como son el aval bancario y el depósito. Esta circunstancia hace si cabe más relevante la tarea de la evaluación de la solvencia por parte del arrendador, pues su blindaje frente al impago es menor por la falta de garantías adicionales eficientes (6).

Estas limitadas garantías adicionales han hecho crecer el mercado del seguro de impagos que dan una cobertura de 6, 9 ó 12 meses de renta, según elija el arrendador. El coste (entre 300 y 600 euros anuales, según la cobertura) (7) que asume el arrendador normalmente se repercute en la renta del inquilino, por lo que la limitación de garantías la acaba pagando finalmente el arrendatario y es un factor inflacionista del coste de vivienda. Tampoco se ha acogido en España una medida que sí está presente en otros ordenamientos como es una suerte de derecho de prenda del arrendador sobre todos los bienes que el arrendatario introduce en el inmueble arrendado. El riesgo de pérdida para el arrendatario actúa como elemento disuasorio. Este sistema se mantiene en algunos ordenamientos como Alemania (§ 562 del BGB) (8).

Estas medidas no serían tan necesarias si el arrendador tuviera una mayor seguridad a la hora de elegir un arrendatario solvente. Veamos las dificultades que encuentra.

---

(6) De hecho, según un estudio, un 72% de los propietarios defiende aceptar medidas intervencionistas si a cambio se pudieran aumentar las garantías que se exigen a los inquilinos. Este porcentaje se divide en un 27% que estaría totalmente dispuesto y un 45% que estaría bastante dispuesto a apoyar las medidas. Por contra, un 6% estaría poco dispuesto y un 5% no estaría en absoluto dispuesto a apoyarlas. El 17% manifiesta que no está ni de acuerdo ni en desacuerdo. Estos datos evidencian la importancia que para el arrendador tiene la exigencia de garantías. Fotocasa y Agencia Negociadora del Alquiler, «Radiografía del arrendador en España ¿Cómo afectarían las medidas intervencionistas en el mercado de alquiler? https://s36027.pcdn.co/wp-content/uploads/2021/04/Informe-RADIOGRAFIA-ARRENDADOR-ESPANA-1.pdf.

(7) Estos seguros pueden contratarse individualmente o en una única póliza con todas las coberturas que se denomina «seguro de protección de alquileres». El interés del arrendador puede ser solo la cobertura de rentas de alquiler impagadas, o también los gastos judiciales y extrajudiciales y asistencia jurídica del arrendador en caso de impago. A ello hay que añadir la cobertura propia del seguro del hogar. Más extensamente, Molina Roig, E., 2018, p. 633, Colina Garea R., 2014, p. 425.

(8) Sobre esta medida, *Cfr*: Nasarre Aznar, S.,2015, p. 216.

2. LAS DIFICULTADES DEL ARRENDADOR PARA EVALUAR EL RIESGO: LA AUSENCIA DE UN EFICIENTE SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE DATOS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL

2.1 **La importancia de un sistema de información de solvencia para generar confianza en el mercado del alquiler**

Procede analizar qué instrumentos tiene el arrendador a su disposición para verificar la solvencia de su potencial inquilino. Está claro que deberá solicitar una serie de datos que voluntariamente el contratante deberá aportar, pero es factible que se mienta sobre su situación patrimonial y por ello es importante saber hasta qué punto el arrendador puede contrastar la información aportada. Se trata de evitar que sea engañado, se produzcan impagos y el arrendador se encuentre con la vivienda bloqueada tanto por la suspensión de los desahucios vigentes como por el tiempo que debe emplear en desalojar al inquilino, tiempo que se ha aumentado tras las novedades introducidas por la Ley Vivienda que ha modificado los requisitos de procedibilidad para los desalojos del inquilino incumplidor[(9)].

Los arrendadores padecen al igual que el resto de los operadores del mercado los fallos de nuestro sistema de información crediticia. Efectivamente, en el contrato de arrendamiento como sucede también con el de préstamo, es importante tener acceso de datos de solvencia patrimonial del potencial contratante. Por ello el arrendador también se ve afectado por el diseño de un sistema de información crediticia, por más que esté pensado para prestamistas.

El arrendador también se enfrenta a los problemas derivados de la información asimétrica en el mercado de crédito agravados por tratarse de un contrato de larga duración en el que pueden producirse muchos cambios en la situación económica del deudor. El arrendatario lógicamente tiene un mayor conocimiento que el arrendador respecto de su situación financiera. Ello genera riesgo de selección adversa, es decir, que el arrendador tiene dificultades para elegir entre buenos y malos pagadores con el peligro de escoger arrendatarios de peor calidad.

(9) *Cfr.* Disposición final quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda que modifica la Ley de Enjuiciamiento civil estableciendo una serie de limitaciones procesales para el propietario que quiere instar el desalojo del inquilino que no abona la renta y del ocupante ilegal. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional en sentencia 26/2025, de 29 de enero de 2025 resuelve la incompatibilidad con la Constitución de estos preceptos reformados por la Ley 12/2023 que imponen requisitos de procedibilidad al propietario de un inmueble ocupado ilegalmente por considerarse que pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 de la Constitución.

Ante esta situación el arrendador puede hacer dos cosas: o bien decide no destinar el inmueble a alquiler por el riesgo que conlleva o bien aumenta el precio con el objeto de llegar a potenciales arrendatarios con mayor capacidad económica. Esta deficiencia del sistema provoca un aumento de precios que ya estamos viviendo en el mercado del alquiler, así como la disminución de la oferta[10]. Aunque son muchos los factores que producen estos perniciosos efectos en el mercado, esta dificultad derivada de los riesgos de selección adversa es sin duda uno de gran relevancia.

Por otro lado, se produce otro efecto perverso para el sistema y es que, desde el punto de vista del deudor-potencial arrendatario, la opacidad de la información crea problemas de *riesgo moral*: el deudor utiliza la mayor información que posee sobre su situación patrimonial para comportarse de forma inadecuada. Arrendatarios que dejan de pagar voluntariamente conscientes de que esa información no trasciende a otros arrendadores. Cuando no se comparte información de solvencia se incentiva el incumplimiento oportunista[11]. Si a ello le unimos las dificultades y el tiempo que tarda el arrendador en desahuciar al arrendatario moroso, tenemos la «tormenta perfecta». Es imprescindible que la información de solvencia se comparta para evitar esta situación de riesgo moral que puede dinamitar el mercado arrendaticio. Y para ello están los sistemas de información crediticia.

Efectivamente un sistema de información crediticia (en adelante, SIC) es una herramienta que trata de paliar los efectos del riesgo de selección adversa. Se trata de un conjunto de ficheros y bases de datos que suministran información acerca de la solvencia de personas físicas o jurídicas[12]. Se trata de un «sistema» en el que están involucrados una pluralidad de sujetos encargados del intercambio organizado de información a través de tecnologías avanzadas conforme a unos procedimientos previamente acordados, con el propósito de recopilar, elaborar, compartir y/o suministrar información sobre solvencia de particulares y empresarios. En un SIC interviene la entidad gestora que puede ser pública (es el caso de la central de información de riesgos del Banco de España, CIRBE) o privada (los denominados bureaus de crédito, como Experian (Badescug) o Equifax que son los principales que operan en España), los aportantes de datos y los consultantes.

La clave de la eficiencia de un SIC radica, como no puede ser de otra manera, en la calidad del dato que albergan y la información que proporcionan. Para evaluar la solvencia del potencial arrendatario es preciso

(10) En grandes ciudades como Madrid y Barcelona la disminución de la oferta en alquiler es especialmente llamativa habiéndose reducido desde 2019 un 65% en Barcelona y un 76% en Madrid.

(11) Montes, F., (2014), p. 245.

(12) Pascual Huerta, P., 2015, p. 122.

tener en cuenta la capacidad de pago y la voluntad de pago. Ambas son imprescindibles para generar la confianza en el arrendador. La capacidad de pago se mide teniendo en cuenta el patrimonio del deudor, sus ingresos y gastos. A ello hay que sumar su ratio de endeudamiento. De nada vale tener ingresos altos si ya están comprometidos con un pasivo ya asumido. La voluntad de pago se mide teniendo en cuenta el comportamiento crediticio, el historial de crédito. Bien es sabido que hay personas con patrimonio que tienen mal comportamiento crediticio. Ambas variables son decisivas para el arrendador.

Pues bien, teóricamente un SIC eficiente debería aportar información sobre ambas variables (capacidad de pago y voluntad de pago) y ello depende de la cantidad y calidad de los datos pertinentes que compile. Así, los SIC se clasifican en sistemas de intercambio de información negativa o ficheros negativos o de morosos o sistemas de intercambio de información positiva. Veamos las diferencias para poder entender las consecuencias que puede tener para el arrendador que exista una modalidad u otra.

2.2 **Intercambio de información negativa y positiva de solvencia patrimonial: consecuencias para el arrendador**

Los *ficheros negativos o de morosos (black list),* que solo contienen datos de impagos o incumplimientos del deudor, procesos judiciales iniciados, insolvencias, pagos tardíos. Los ficheros negativos suponen mediatamente una sanción al deudor moroso quien no podrá contratar con otro prestamista.

Con un SIC en el que solo se comparta información negativa, el único dato que recibe el que lo consulta es que ha habido un impago que puede obedecer a múltiples causas. Los ficheros negativos no informan del nivel de endeudamiento del potencial cliente.

Cuando el prestamista que padece las consecuencias del incumplimiento del deudor comparte con otros prestamistas el dato negativo, son éstos los principales beneficiados y no tanto el que comparte la información. De ahí que un SIC con datos negativos opera de manera voluntaria y según criterios de reciprocidad. Los sujetos que comparten datos negativos pueden acceder a su vez a los datos negativos de otros clientes.

Cuando se habla de un *fichero positivo (white list),* además de incluir información negativa, se incluyen datos adicionales que tienen como virtud alertar del nivel de endeudamiento del potencial cliente. Cubren el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. Se incluyen saldos de cuenta, número de consultas, las ratios

de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipo de cuenta, tipo de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes detallados sobre los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructura, el calendario de amortización, los registros de empleo, etc.

Un fichero positivo informa de las deudas asumidas y correctamente pagadas, aporta un patrón de comportamiento, una reputación financiera que para un arrendador es sumamente relevante.

Es preciso aclarar desde el principio que *un fichero positivo no da información sobre el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo*. Tan solo se informa del nivel de endeudamiento. Este aspecto es relevante a los efectos de los posibles conflictos con la privacidad. Así como en los ficheros negativos solo se comparte información del deudor que ha incumplido, en los ficheros positivos se comparte información de todos los deudores con independencia de que hayan incumplido o no sus obligaciones. En un fichero negativo entran solo los deudores morosos. En un fichero positivo entran todos los clientes que tienen pasivo asumido.

Dado que al arrendador le importa conocer la solvencia de su potencial inquilino, es claro que obtendrá más información con un fichero positivo que incluye datos negativos y positivos. Conocer los ingresos del deudor es importante pero también lo es conocer su ratio de endeudamiento y esta información solo se la da un fichero positivo.

2.3 **Los registros públicos y privados de solvencia patrimonial**

Los datos de solvencia patrimonial son datos personales y de ahí que su regulación, como veremos, está supeditada al cumplimiento de esta normativa que tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales[13].

La entidad que recibe tal información y compila en un fichero, como ya se ha adelantado, puede ser una entidad privada también denominada *credit bureau* que elaboran con la información que reciben un informe de crédito que vende a los usuarios del sistema. El arrendador es claramente un usuario del sistema tanto como aportante de datos como demandante de informes.

(13) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). artículo 20 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.

Un SIC privado se caracteriza por la *voluntariedad*. Su objetivo es recolectar, organizar y consolidar la información recibida por los prestamistas y que vende a los solicitantes autorizados que, como he dicho, son los prestamistas que a su vez aportan información y están asociados al bureau. Se nutren de información proporcionada por los acreedores (arrendadores, entidades de crédito u otros prestamistas, tarjetas de crédito o incluso de otras empresas, por ejemplo, de telecomunicaciones (*utilities*) o de fuentes accesibles al público (boletines oficiales, sentencias judiciales…) y datos hechos públicos por su titular.

Como sucede en España, los registros privados coexisten con uno público gestionado por el Banco de España y que se denomina Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)[14]. Su principal función es supervisar al sector financiero, aunque también opera como mecanismo para proveer de información sobre la solvencia de los clientes a las entidades financieras. Esta doble funcionalidad justifica que *la información que recibe el Registro público con finalidad de supervisión es distinta de la información que comparte con otras entidades*. La CIRBE informa a entidades declarantes de operaciones cuyo riesgo acumulado es superior a 1000 euros[15]. Informa de datos negativos y positivos, con esta limitación cuantitativa.

Característica fundamental de los sistemas públicos de información crediticia es la *obligatoriedad* de las entidades financieras de aportar datos al Registro. La provisión de información es compulsiva. Ofrecen una cobertura total del sistema bancario, pero en muchos casos quedan fuera los datos aportados por otras entidades no financieras y de ahí su compatibilidad con los bureaus privados. Muchos datos de solvencia quedan fuera de la CIRBE el arrendador no puede ni reportar datos a la CIRBE porque no es entidad declarante ni tampoco puede consultarla. Por lo tanto, si el arrendador quiere saber datos de morosidad arrendaticia no podrá obtenerlos de la CIRBE. Sin embargo, es recomendable solicitar al futuro arrendatario que aporte el informe CIRBE con objeto de conocer la ratio de endeudamiento con entidades financieras. Con todo, hay que tener en cuenta que también quedan fuera de la CIRBE los datos de endeudamiento que proceden de las plataformas de financiación participativa dedica-

(14) Su regulación se contiene en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. Santillán, R., 2014, pp. 407 ss.

(15) Antes era 9.000 euros y por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modifica, entre otras la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos se redujo a 1.000 euros. Ello es una prueba de la conciencia del problema de las asimetrías de información y de la necesidad de incrementar la información positiva.

das a la mediación de préstamos (*crowdlending*). Estos «agujeros» de información hacen ineficiente a la CIRBE como modelo de registro público. Sigue quedando mucha información fuera del sistema.

2.4 **El modelo español de sistema de información crediticia**

España sigue un sistema mixto en el que coexiste un Registro público de crédito que es la Central de información de Riesgos del Banco de España con los bureaus privados. Como ya se ha adelantado, la CIRBE recoge información negativa y positiva. Las oficinas privadas de información crediticia o bureaus privados albergan información negativa, que es la única que se puede incluir sin el consentimiento del afectado. Pueden incluir información positiva con el consentimiento del afectado, circunstancia poco frecuente.

Efectivamente, el título de legitimación para el procesamiento de los datos positivos de solvencia por parte de los bureaus privados, se ha defendido y así lo sigue haciendo la Agencia de Protección de datos[16] que se requiere el consentimiento del afectado. Y ello a diferencia de los ficheros negativos en los que tal consentimiento no se exige, presumiéndose lícito su tratamiento (art. 20 LOPDy GDD)[17].

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos[18] a nivel europeo no existe una normativa específica para regular el sistema de información crediticia en el ámbito del Reglamento General de Protección de datos[19] (en adelante, RGPD). Solo el artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de derechos digitales[20] (en adelante, LOPD y GDD) se refiere a este tema, abordando una regulación de los ficheros de solvencia negativos.

El arrendador en tanto acreedor puede reportar datos a un bureau de crédito privado. Debe tratarse de deuda cierta, vencida y exigible que no haya sido impugnada por el deudo mediante reclamación administrativa o judicial o por medio de procedimiento alternativo de resolución de dispu-

(16) Agencia de Protección de Datos, Informe 028891/2019. https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf (Consultado el 10 de enero de 2021).

(17) Una crítica al sistema español, Cuena Casas, M., 2017, Mas Badía, M.ª D., (2017).

(18) Así sucede en EEUU, en donde se aborda el problema desde una regulación sectorial (Ley de crédito justo o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 26 de octubre de 1970).

(19) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

(20) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.

tas vinculante entre las partes. Especialmente relevante desde el punto de vista de la protección de datos es que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe.

Un importante límite a la eficacia de estos ficheros negativos es que los datos se mantienen en el sistema mientras persiste el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito. Transcurrido dicho plazo, el dato negativo desaparece del sistema. Parece que se parte de que la deuda ha prescrito (art. 1964 CC) obviándose la circunstancias de que la prescripción puede haberse interrumpido.

En suma, el sistema de información crediticia español permite al arrendador acceder a datos negativos de solvencia patrimonial siempre que se hayan reportado porque el sistema es voluntario. Los acreedores no tienen obligación de informar sobre la morosidad por lo que esos datos negativos pueden ser incompletos. Los registros privados de información crediticia no informan de la ratio de endeudamiento del potencial inquilino porque no recogen información positiva. Sí recoge este tipo de información la CIRBE, pero a ella no puede acceder el arrendador quien puede como mucho solicitar el informe al potencial arrendataria. Como he dicho, esa información positiva tampoco será completa porque no todos los acreedores reportan a CIRBE.

El panorama es desolador porque ningún registro en España aporta información completa. Pero además en la práctica tampoco los particulares pueden acceder a los grandes bureaus de crédito que se rigen internamente por el criterio de reciprocidad, es decir, solo reportan datos a los acreedores que los aportan. Por lo tanto, una persona que quiere alquilar el inmueble y quiere conocer si su potencial inquilino es un moroso, no puede realmente acceder a los grandes bureaus de crédito porque no es aportante de datos. Deberá requerir al futuro inquilino a que ejercite su derecho de acceso[21].

Este déficit de acceso a datos ha tratado de ser paliado por otras empresas[22] como es el caso de la empresa Idealista que ha creado la base de

(21) https://www.aepd.es/documento/formulario-derecho-de-acceso.pdf El acceso se realiza a través de la web de la Agencia de Protección de datos.

(22) En 2015 se creó el fichero de morosidad ICIRED (acrónimo de Inversiones Colectivas en Red) al que pueden acceder e incorporar datos particulares y empresas. Lo importante es que no opera con la regla interna de la reciprocidad y cualquier persona con interés legítimo que reúna los requisitos de acceso del artículo 20 LOPD y GDD puede acceder a los datos. Hay también que destacar el Registro de impagados judiciales (RIJ) creada por el Consejo General de la Abogacía que es una plataforma que alberga datos de morosidad judicial. Se aportan deudas ciertas, vencidas, exigibles, no inferiores a 50 €, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o

datos de inquilinos morosos (BDMI). Permite al futuro arrendador consultar si el futuro inquilino es o no moroso y también puede el inquilino obtener un certificado de «inquilino no moroso». Se recomienda la inclusión en el contrato de una cláusula que informe al inquilino que si no paga será incluido en el fichero[23]. El informe incluye consultas a otras bases de datos[24]. Con todo, para que el sistema sea eficiente, el registro privado debe tener la mayor información posible y exacta. Los grandes bureaus de crédito no están pensados para los particulares y los arrendadores en la práctica no pueden acceder a ellos si no es a través de una entidad que tenga permitido el acceso como agencias inmobiliarias o empresas de «alquiler seguro»[25] que surgen precisamente por las dificultades que encuentran los particulares para evaluar la solvencia. Lo importante es tener en cuenta que, dados los fallos de nuestro sistema de información crediticia, tampoco estas empresas pueden hacer una correcta evaluación de la solvencia a pesar de que es «lo que venden»[26] porque chocan con un problema estructural que es la falta de flujo de datos de solvencia patrimonial.

A pesar de estas iniciativas como he señalado, los datos de solvencia negativos son insuficientes para hacer una «foto» completa sobre la solvencia del futuro inquilino dado que no que reflejan la ratio de endeudamiento real del mismo ni su comportamiento crediticio. El Derecho español pone límites al flujo de datos positivos de solvencia y ello tiene perniciosas consecuencias para el correcto funcionamiento del mercado arrendaticio. Se presume el interés legítimo en el tratamiento de datos negativos de solvencia y no en los positivos en los que de facto se exige el consentimiento del afectado[27], lo que hace mucha más compleja su gestión dadas las exigencias impuestas por la legislación de protección de datos. Es perfectamente compatible con la legislación europea en materia de

---

judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes. Solo los abogados son los que aportan datos en nombre propio (jura de cuentas) o en nombre de sus clientes como puede ser el impago de rentas de alquiler. Cualquier persona con interés legítimo con base en la LOPD y GDD puede consultar este fichero. Un futuro arrendador puede acceder a este fichero que goza de las mismas limitaciones que todo fichero negativo, con la ventaja que no opera con criterio de reciprocidad.

(23) https://st1.idealista.com/base-datos-inquilinos-morosos/clausula-contrato-alquiler-morosos/agencias-inmobiliarias.

(24) https://www.idealista.com/base-datos-inquilinos-morosos/.

(25) https://www.alquilerseguro.es/blog/como-funciona-alquiler-seguro-te-lo-explicamos.

(26) La falta de transparencia y de flujo de datos de solvencia genera un nicho de mercado para estas empresas de alquiler seguro que cobran una mensualidad de renta y el 5% de la renta mensual. Nada de esto sería preciso con un buen sistema de información crediticia.

(27) No es este el lugar para abordar todos y cada uno de los problemas que plantean los ficheros positivos de solvencia desde el punto de vista de la regulación de datos personales. *Cfr.* Cuena Casas, M., 2017, pp. 281-416.

protección de datos que el interés legítimo sea el título de legitimación del procesamiento de datos positivos de solvencia[28]

En países como Estados Unidos, Reino Unido o Australia en los que los acreedores comparten datos de solvencia positivos, basta que el inquilino aporte un informe de crédito en el que aparece su historial crediticio positivo y negativo que refleja su reputación financiera. No todos los datos tienen el mismo peso para generar el *score*[29]. El sistema genera confianza e incentivos al buen comportamiento crediticio porque un impago daña el historial y dificulta sobremanera el endeudamiento futuro del deudor. Nada que ver con lo que sucede en España donde el dato del inquilino que no paga apenas se comparte con los grandes bureaus de crédito. Y aunque se haga, los datos claves de solvencia patrimonial quedan en manos del futuro inquilino que puede fácilmente mentir sobre su situación patrimonial.

3. ¿CÓMO ACTÚAN ACTUALMENTE LOS ARRENDADORES PARA EVALUAR LA SOLVENCIA DE LOS POTENCIALES ARRENDATARIOS?

La dificultad de acceder a datos de solvencia fiables de los potenciales arrendatarios tiene externalidades que contribuyen a encarecer el mercado del alquiler y haciéndolo menos rentable para el propietario.

Como ya se ha señalado, el propietario puede contratar una empresa de «alquiler seguro» que se ocupe de valorar la solvencia del inquilino, empresa que se va a encontrar con las mismas dificultades que el particular para acceder a los datos de solvencia. Aunque se pudiera acceder a los ficheros de morosidad, cualquiera que sea será incompleto porque los arrendadores no reportan datos y los negativos no alertan de la ratio de endeudamiento. Volvemos a la casilla de salida: necesitamos información positiva y por las razones apuntadas la CIRBE es insuficiente.

(28) Alonso Martínez, C., 2014, pp. 477-503.

(29) Así, por ejemplo, en EEUU la deuda pendiente tiene un peso de un 35%, el historial de pago un 30%, 15% la antigüedad del historial de crédito (a mayor antigüedad mejor score y de ahí el uso frecuente de las tarjetas de crédito en USA), un 10% tipo de crédito utilizado y 10% tipos de crédito usado https://connectamericas.com/es/content/lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-credit-scoring.

La fianza solicitada es insuficiente para cubrir el riesgo de impago en tanto que solo cubre una mensualidad de renta en arrendamientos de vivienda. El arrendador debe exigir garantías adicionales y como he dicho, según la interpretación propuesta, el aval bancario y el depósito vienen legalmente limitados a dos mensualidades. Se hace necesario acordar un fiador solidario para el pago de la renta. Aportar este fiador no siempre es fácil para el arrendatario. Por lo tanto, la falta de flujo de datos de solvencia fiable tiene como «efecto rebote» para el arrendatario, la dificultad de acceso a la vivienda en alquiler.

Sí es recomendable que el arrendador solicite al futuro contratante que aporte el informe CIRBE en tanto que aporta información positiva, aunque como hemos visto incompleta.

Aunque formalmente los arrendadores pueden consultar ficheros de morosidad, no todos son hábiles para particulares por cuanto se rigen por criterios de reciprocidad: solo si se aportan datos, se puede consultar el fichero. El coste de los grandes ficheros es excesivo para un arrendador. Por ello en la práctica se solicita al arrendatario que aporte certificado de ausencia de morosidad[30] que ya expiden algunos portales como Idealista. Tal certificado acredita que el futuro inquilino no se encuentra en algunas bases de datos de morosidad como la base de datos de inquilinos morosos de Idealista (BDMI), Registro de impagados judiciales (RIJ), ICIRED (morosidad declarada en banca, telcos y otras entidades), ficheros de aseguradoras, ficheros de terrorismo y blanqueo de capitales[31].

Como se puede comprobar, en ninguna de estas bases se comparte información positiva y el arrendador no tiene forma de conocer la ratio de endeudamiento real si no es a través del propio inquilino que puede mentir sin que el arrendador pueda contrastar dicha información.

Otra práctica habitual de los arrendadores para asegurarse de la solvencia del arrendatario es solicitar al arrendatario que aporte certificado expedido por su entidad financiera en el que señale que es un cliente de confianza y que tiene saldo en cuenta.

Como se puede apreciar, la situación del arrendador en España es desesperada por la ausencia de un sistema de información crediticia efectivo. Se ve obligado a contratar servicios a empresas[32] que elaboren perfiles de riesgo con escasa fiabilidad, tiene que contratar un seguro de impagos

(30) https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/04/19/805119-nace-el-certificado-de-inquilino-no-moroso-el-documento-que-acredita-que-eres.

(31) https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/04/19/805119-nace-el-certificado-de-inquilino-no-moroso-el-documento-que-acredita-que-eres.

(32) Algunas se atreven a «certificar» la solvencia aun a sabiendas de las asimetrías de información existentes en España. https://garantify.com.

con el coste que ello conlleva y que acaba encareciendo la operación o disminuyendo la rentabilidad.

En países como EEUU basta que el inquilino aporte un informe de crédito expedido por las agencias privadas de información crediticia para que el arrendador tenga un profundo conocimiento de su futuro arrendatario.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La información asimétrica existente en España expone al arrendador a los riesgos de selección adversa de potenciales inquilinos. En un contexto jurídico de suspensión de desahucios, limitación a la actualización de la renta arrendaticia y con una administración de justicia lenta que retrasa sobremanera el desalojo, convierte el alquiler de vivienda en una actividad sumamente arriesgada para el propietario.

Esta circunstancia sin duda influye en la decisión de sacar viviendas al mercado de alquiler y es uno de los factores que está propiciando la disminución de oferta de vivienda y su consiguiente encarecimiento.

Un mercado poco transparente es un mercado ineficiente. España tiene que dar un paso al frente y permitir el intercambio de información positiva con base en el interés legítimo del responsable del tratamiento. Hay un interés público de primer orden de favorecer el mercado arrendaticio. No es razonable que el propietario tenga que alquilar «a ciegas» y caso de que yerre en su elección se vea abocado a un proceso largo y tedioso que le impide hacer uso de su vivienda.

Detrás de las restricciones al intercambio de información positiva no hay un problema de privacidad y protección de datos, sino un problema de competencia de entidades financieras que no quieren compartir datos positivos de cumplimiento de sus buenos clientes por riesgo a que sean captados por el competidor. Un fichero negativo no informa de la ratio de endeudamiento del potencial arrendatario y carecemos de ficheros negativos con información completa del arrendatario. Los grandes bureaus de crédito ponen muchos obstáculos a la transparencia del mercado por la norma interna de la reciprocidad. Sujetos que no aportan datos deberían poder consultar los grandes bureaus de crédito (Equifax y Badescug Experian). La norma interna de la reciprocidad produce efectos perniciosos en el sistema.

La sociedad debe tener conocimiento de las ventajas que tiene compartir información y deben incluirse en los contratos de arrendamiento la cláusula que informa al arrendatario de que su eventual incumplimiento será reportado a ficheros de solvencia patrimonial.

España necesita una regulación específica de datos de solvencia patrimonial que proteja el derecho fundamental a la protección de datos y a su vez permita introducir transparencia en el mercado. La seguridad jurídica es clave para que el mercado arrendaticio funcione. No deben limitarse las garantías que puede solicitar el arrendador y debe suprimirse la suspensión de desahucios, asumiendo el Estado el importante reto de satisfacer la necesidad de vivienda a los colectivos vulnerables.

La realidad es que un error en la evaluación de la solvencia puede provocar la pérdida del derecho de crédito del arrendador si el arrendatario se declara en concurso de acreedores y solicita la exoneración del pasivo insatisfecho. Si el arrendatario es vulnerable, además el propietario tendrá serias dificultades para recuperar la posesión del inmueble.

Los riesgos son demasiado altos y el mercado se corrige solo: se reduce drásticamente la oferta con el consiguiente aumento de precio o, caso de sacar al mercado la vivienda, el arrendador subirá el precio para llegar a colectivos pudientes. El que más lo necesita no va a acceder a la vivienda y esto es un auténtico drama. Necesitamos transparencia en el flujo de datos de solvencia patrimonial si queremos que aumente la oferta y bajen los precios. Esta es la conclusión principal de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Martínez, C., *Propuesta de reglamento europeo de protección de datos personales y ficheros de solvencia,* en Cuena Casas, M., y Prats Albentosa, L., (Coord.) Thomson Aranzadi, 2014, pp. 477-502.

Ataz López, «Comentario al artículo 35 LAU. La fianza», en *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos dirigidos por R. Bercovitz,* 2013.

Colina Garea R., «Los seguros de protección de alquileres o de alquileres de viviendas: perspectiva desde la reforma» en Rafael Colina Garea (Dir.), 2014, pp. 425-551.

Cuena Casas, M., «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret* 3.2017.

— «Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito», en Cuena Casas (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, pp. 281-416.

Mas Badía, M.ª D., «Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley de protección de datos de carácter personal ¿Un avance o una oportunidad perdida?», *Revista Actualidad Civil,* núm. 11, 2017, pp. 90 ss.

Molina Roig, E., *La nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en contexto europeo,* Tirant lo blanch, Valencia 2018, p. 634 ss.

Montes, F., «Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional», en «Préstamo responsable y ficheros de solvencia», coordinado por Cuena Casas, M y Prats Albentosa, Cizur Menor, 2014, pp. 245-308.

Nasarre Aznar, S., «La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 747, 2015, pp. 205-249.

Pascual Huerta, P., «Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea», en Cuena Casas, M., *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Thomson Aranzadi, 2017, pp. 121-252.

Santillán, R., Reglas de funcionamiento de la central de información de riesgos del Banco de España (CIRBE), Cuena Casas, M., y Prats Albentosa (Coord.), Préstamo responsable y ficheros de solvencia, 2014, pp. 407-476.

B.4 Examen crítico de las últimas reformas legales sobre la regulación de arrendamientos de vivienda*

Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña
Profesor de la Universitat Oberta de Catalunya
Abogado
a.fuenteslojo@fuenteslojo.com

Resumen: *Análisis crítico de las últimas reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler y por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, relativas a la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda.*

Palabras clave: *prórroga legal, renta legal, arrendamiento de vivienda, gran tenedor de viviendas, publicidad legal, estabilidad, desahucios, derecho de propiedad, conflicto de normas, arrendamientos urbanos, zona de*

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», PID2021-124953NB-I000 de Universidad Complutense de Madrid.

mercado residencial tensionado, ocupante ilegal, parque de vivienda, derecho de vivienda.

Abstract: *Critical analysis of the latest amendments to the Urban Lease Law by the Royal Decree-Law 7/2019, of 1 March, adopting urgent measures on the subject of housing and lease, and by the Law 12/2023, of 24 May, for the Right to Housing, relative to the regulation of Housing Lease Agreements.*

Keywords: *legally determined lease extension, legally determined rent, housing lease, great housing proprietor, legal publicity, stability, evictions, right to property, conflict of rules, urban leases, stressed residential market zone, illegal occupant, housing stock, right to housing.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La duración del contrato de arrendamiento de vivienda y la estabilidad del arrendatario. 3. La introducción de un sistema de renta legal. 4. La figura del gran tenedor de viviendas. 5. La limitación de las garantías de cobro: fianza y las garantías adicionales. 6. La suspensión de los desahucios. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos sufrido una alarmante inflación legislativa en materia de arrendamientos urbanos, especialmente por lo que respecta a los arrendamientos de vivienda.

Tras la liberalizadora reforma de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se han sucedido dos relevantes reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos muy próximas en el tiempo, ambas marcadas por un gran proteccionismo del arrendatario.

La primera de ellas data del año 2019, con motivo de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (si bien la mayoría de las medidas ya fueron aprobadas en 2018 con motivo de la aprobación del derogado RDLey 21/2018)[(1)].

La reforma más reciente y de mayor calado jurídico data de 2023 y tiene lugar con motivo de la aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda.

(1) Fuentes-Lojo Rius, A. (2019), *Diario La Ley* (1 feb.), *passim*.

La Ley 12/2023 contiene una batería de medidas de protección del arrendatario de vivienda habitual, que han incrementado el régimen tuitivo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, más allá de la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Como veremos a continuación, con estas últimas reformas, el legislador ha cometido los mismos errores del pasado en materia de arrendamientos urbanos, perpetuando así el indeseable carácter «pendular» de la LAU.

Debe iniciarse una sosegada y meditada reforma integral de la LAU que garantice un adecuado equilibrio entre los intereses de arrendador y arrendatario que sirva para maximizar la reducida tasa de alquiler de vivienda en España, y que no venga acuciada por las necesidades coyunturales de nuestro país y, por tanto, que tenga vocación de permanencia y perdurabilidad en el tiempo.

2. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y LA ESTABILIDAD DEL ARRENDATARIO

A nuestro juicio, la voluntad inicial del legislador de la reforma del RDLey 7/2019 era loable, pues consistía en desmantelar la reforma de la Ley 4/2013 en aras de dotar de una mayor estabilidad al arrendatario de vivienda. No debemos olvidar que, a pesar de los pomposos términos utilizados en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, dicha reforma legal facilitó que las entidades bancarias pudieran vender los activos inmobiliarios acumulados por la crisis hipotecaria española de forma ágil y evitando las pérdidas de valor inherentes a la venta de un activo inmobiliario con ocupante. Para ello, se previó en su artículo 7.2 de la LAU el principio de oponibilidad registral del artículo 32 de la LH, de tal forma que si el arrendatario no tenía su título inscrito en el Registro de la Propiedad el contrato de arrendamiento se extinguía *ope legis* en caso de enajenación voluntaria (compraventa) o forzosa (ejecución hipotecaria), aunque si bien siendo matizado, aunque de forma un tanto confusa, por el nuevo redactado del artículo 14 de la LAU en cuanto a las enajenaciones voluntarias [(2)]. La reforma de 2013 no sirvió para alcanzar la finalidad pretendida de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, tal como algunos ya avanzaron [Quicios Molina, S. (3)], no generando un incremento de la oferta

(2) Colás Escandón, A. M.ª, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013), p. 511.
(3) Quicios Molina, S. (2012), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, *passim*.

arrendaticia de vivienda –en 2013, el mercado del alquiler de vivienda en España representaba el 22,3 %, y en 2016, el 22,2 %; mientras que la media europea del año 2016 estaba en el 30,7 % (4)–. Por el contrario, dicha reforma sirvió para precarizar el mercado arrendaticio de viviendas, mediante la estandarización de contratos de una duración insuficiente para dotar al domicilio familiar de la mínima estabilidad necesaria para garantizar un adecuado acceso a la vivienda por la tenencia arrendaticia, provocando efectos inflacionarios en el mercado de alquiler residencial e imposibilitando el acceso del ciudadano a la vivienda –el precio del alquiler de vivienda aumentó en España en 2017 un 8,9 % (5), mientras que el salario medio anual por persona creció solo un 0,4 %–.

La reforma del RDLey 7/2019 eliminó el artículo 7.2 de la LAU, que establecía el sistema de publicidad registral (art. 32 de la LH) en materia de arrendamientos urbanos, y que friccionaba con la redacción de los artículos 13 y 14 de la misma norma que, por el contrario, aludían al tercero hipotecario de buena fe (art. 34 de la LH).

Mediante la aprobación del RDLey 7/2019, se modificó también la redacción de los artículos 13 y 14 de la LAU, para volver al sistema de publicidad anterior a la reforma de la Ley 4/2013 durante el plazo de la prórroga legal del contrato del artículo 9 de la LAU (que pasó a ser de cinco años para el arrendador persona física y de siete años para el arrendador persona jurídica).

Si bien hubo un consenso entre los expertos que participamos en la redacción de este nuevo texto legal respecto de la importancia de terminar de forma definitiva con la aplicación del principio de venta quita renta (art. 1.571 del CC) en los arrendamientos de vivienda, finalmente los intereses corporativos ajenos a los del ciudadano no lo hicieron posible. El principio de publicidad legal no ha terminado extendiéndose a toda la duración del contrato, como hubiera sido deseable. Así pues, si bien tras la reforma de 2019 ya no es necesario inscribir el contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros por sus primeros cinco años de duración, o siete si el arrendador es persona jurídica, sí que es necesario inscribirlo para que tenga eficacia por el resto de la duración pactada.

Esta es una de las pocas medidas positivas de la reforma de 2019 de la LAU.

La ampliación del período de prórroga legal más allá de cinco o siete años del artículo 9 de la LAU es una medida que ha sido reclamada por gran parte de la doctrina científica [Nasarre Aznar, S.; Molina Roig, E., y

(4) Datos de *Eurostat*.
(5) Informe elaborado por www.fotocasa.es.

Simón Moreno, H. (6)] para garantizar una mayor estabilidad en esta forma de tenencia. Eso sí, es muy relevante que dicha medida se compense con la previsión de un *numerus clausus* de causas de resolución del contrato, similar al que recogía el TRLAU de 1964, para dotar de flexibilidad a la regulación en favor del arrendador.

La Ley 12/2023 mantiene la duración de las prórrogas legales de los artículo 9 y 10 de la LAU en los términos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y añade en los recién creados apartados 2 y 3 del artículo 10 dos nuevas prórrogas extraordinarias con la finalidad de ampliar la duración mínima de los contratos de arrendamiento de vivienda en determinadas circunstancias: cuando el arrendatario sea una persona vulnerable, cuando el arrendador sea un gran tenedor de viviendas, y cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Al margen del defecto de ubicación sistemática de la regulación de estas nuevas prórrogas legales extraordinarias obligatorias para el arrendador que se incardinan erróneamente en el precepto legal que regula la prórroga legal tácita (art. 10 de la LAU), debemos manifestar que la dicción de la norma genera confusión sobre su aplicabilidad. Esta declara que el arrendatario podrá solicitar la aplicación de estas nuevas prórrogas «[e]n los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente Ley en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1», de tal forma que no se contempla su aplicación cuando no operen las prórrogas legales por haberse pactado una duración contractual igual o superior a dichos plazos legales.

A nuestro juicio, se trata de una exclusión involuntaria del legislador, ya que la interpretación literal de la norma resulta contraria a su espíritu, consistente en dar mayor estabilidad a los arrendatarios más necesitados de protección, con independencia de cuál haya sido el plazo contractual pactado. Por tanto, a nuestro parecer, hay que entender que estas nuevas prórrogas también podrán invocarse antes del vencimiento de contratos que estén en plazo de duración contractual (no legal).

También induce a confusión al operador jurídico que se haga referencia a que estas nuevas prórrogas puedan invocarse tanto antes de la finalización de las prórrogas legales obligatorias (art. 9 de la LAU) como antes de las prórrogas legales tácitas (art. 10.1 de la LAU), pues en cuanto que, de conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 12/2023, solo operan para contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de tal ley, no tiene sentido que se contemple su operativa tras la

(6) Nasarre Aznar, S.; Molina Roig, E., y Simón Moreno, H., (2018), pp. 78 ss.

prórroga legal tácita si ya se pudo hacer valer por el arrendatario antes del vencimiento de las prórrogas legales obligatorias. No parece que la voluntad del legislador sea dar una segunda oportunidad al arrendatario «despistado» que olvidó invocar las nuevas prórrogas legales a tiempo, sino más bien un defecto de técnica legislativa por falta de conocimiento sobre la compleja operatividad de las prórrogas legales de la LAU de 1994 (7).

3. LA INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA DE RENTA LEGAL

La Ley 12/2023 faculta a las Comunidades Autónomas para introducir un sistema de renta de carácter legal en zonas de mercado residencial tensionado, habilitándolas para definir, de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia de precios de alquiler.

Esta es la medida más controvertida de la Ley 12/2023.

Conviene traer a colación que las políticas de control de rentas en materia arrendaticia se aplicaron en España durante la primera mitad del siglo XX (Decretos de 29 de diciembre de 1931, de 21 de enero de 1936, de 31 de diciembre de 1946 y de 13 de abril de 1956), hasta la entrada en vigor del conocido TRLAU de 1964 que estableció la libertad de pacto de rentas (8). Ni siquiera la proteccionista Ley del 64 contempló un sistema de renta de carácter legal, rigiéndose dicha normativa especial de arrendamientos urbanos por la libertad contractual. Lo que sucedió en su día con los denominados contratos de renta antigua es que el Gobierno incumplió el mandato legal de actualizar la renta para adaptarla al incremento del coste de la vida. En la práctica, ello comportó la «congelación» de los alquileres pactados en muchos contratos durante treinta años, quebrando así la conmutatividad de las prestaciones del negocio jurídico. El resultado de dicha política proteccionista de vivienda fue la retracción de la oferta de viviendas para el arriendo, desplomándose el parque de vivienda en alquiler en España del 51,3 % en 1950 al 11,5 % en 2001, y dejándonos un mercado arrendaticio en estado casi ruinoso por falta de incentivos para realizar obras de conservación y mejora.

Similares externalidades negativas presagiamos fruto de esta política excesivamente intervencionista en materia de vivienda.

La incorporación de un sistema de renta legal en el mercado de alquiler de residencia constituye una medida excesivamente invasiva de la

(7) Fuentes-Lojo Rius, A. (2023), *Revista Actualidad Civil*, núm. 6 (jun.), *passim*.
(8) Fuentes-Lojo Rius, A. (2019), *Revista Actualidad Civil*, núm. 2 (feb.), *passim*.

autonomía privada en un sector muy sensible, perjudicando la oferta del parque de vivienda en arrendamiento.

En su lugar, una medida fundamental que debería adoptarse de manera urgente es fomentar el parque social de vivienda, que actualmente representa un escaso y vergonzoso 1 a 2,5 % del total del parque de vivienda, siendo uno de los más bajos de Europa.

Hay que ser muy cautos y quirúrgicos para garantizar el justo y sensible equilibrio entre dos bienes jurídicos de protección reforzada en liza –el derecho de propiedad y el derecho de vivienda–, pues la implementación de medidas legales de esta naturaleza entraña el riesgo de hacer irreconocible el derecho de propiedad privada.

En ningún caso, la traducción institucional de tales exigencias colectivas puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad (STC 89/1994, de 17 de marzo, Voto Particular).

Hasta la fecha, este sistema de control de rentas tan solo se aplica en Cataluña. El día 15 de marzo de 2024 se publicó en el BOE la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se determina el sistema de índices de precios de referencia a los efectos de lo establecido en el artículo 17.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, juntamente con la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se publica la relación de zonas de mercado residencial tensionado que han sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en el artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en el primer trimestre de 2024. Se cumplimentaron así los trámites administrativos que estaban pendientes para que entraran en vigor las nuevas limitaciones en el pacto de la renta previstas en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU para arrendamientos de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que introdujo la reforma de la Ley 12/2023 (9). Si bien el *Departament de Territori de la Generalitat de Catalunya* ya dictó en su día la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, por la que se declaran como zonas de mercado residencial tensionado varios municipios de su ámbito territorial (DOGC núm. 8984), que fue modificada por Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, (DOGC núm. 9122), estaba pendiente que se dictaran las correspondientes Resoluciones ministeriales que recogieran la relación de zonas de mercado residencial tensionado declaradas en la Comunidad Autónoma de Cataluña, trámite exigible previsto en el artículo 18.2.c) de la Ley 12/2023.

(9) Fuentes-Lojo Rius, A. (feb. 2024), *Revista de Derecho Inmobiliario*, *passim*.

A la vista de todo lo anterior, debemos tener en cuenta que los nuevos límites en el pacto de la renta de los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU solamente son de aplicación a aquellos contratos de arrendamiento de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que hayan nacido con posterioridad al 16 de marzo de 2023, fecha en que entraron en vigor las resoluciones ministeriales de aprobación de la zona de mercado tensionado de 140 municipios de Cataluña y de aprobación del índice de precios de alquiler de vivienda.

La deficiente técnica legislativa de la Ley 12/2023 ha generado varios interrogantes interpretativos sobre la aplicabilidad de los nuevos límites en el pacto de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que pueden generar dudas al operador jurídico sobre cuál es el límite de renta en estos nuevos contratos; o, incluso, si operan dichos límites en determinados casos.

A modo ilustrativo, se suscita la cuestión de si la limitación en el pacto de la renta prevista en el artículo 17.6 de la LAU opera cuando el contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente durante últimos cinco años sea un contrato de renta antigua, sujeto al llamado Decreto Boyer –de fecha anterior a 1 de enero de 1995–, un contrato de alquiler social de la Ley 24/2015, o un contrato que hubiera estado sujeto a un régimen de protección oficial pero hubiera perdido vigencia dicha protección, pues la letra de la norma no hace distinción alguna: formula solo una referencia genérica al «contrato de arrendamiento de vivienda habitual».

Si bien la memoria justificativa de la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, por la que se declaran como zonas de mercado residencial tensionado varios municipios de su ámbito territorial (DOGC núm. 8984), declaró que este límite no era de aplicación en estos casos, y que era aplicable en su lugar el límite del artículo 17.7 de la LAU, esta previsión se eliminó en la nueva memoria de la Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo (DOGC núm. 9122), que modificó y dejó sin efecto la Resolución anterior. Aun cuando dicha Memoria no tenía valor normativo, constituía un criterio hermenéutico sobre la norma legal que debía tenerse en cuenta.

A nuestro juicio, y haciendo una interpretación teleológica de la norma, no tendría sentido interpretar que en estos casos hay que estar a la renta «congelada» o irrisoria del contrato anterior para fijar el límite de la renta del nuevo contrato, pues ello comportaría en la práctica perpetuar aquellos contratos que tienen una renta muy por debajo de mercado, en beneficio incluso de terceros distintos a los arrendatarios de dichos contratos antiguos, así como desincentivar a la propiedad de la puesta en el mercado de alquiler de estos activos.

Conforme a los principios exegéticos de nuestro Código Civil, no procede hacer una interpretación gramatical o taxativa de la norma que sea contraria a su espíritu. A mayor abundamiento, y atendiendo a la ubicación sistemática del precepto, debemos tener en cuenta que se trata de una reforma legal de la LAU de 1994; en particular, de su artículo 17.6. Por ello, no es de extrañar que la norma no haya especificado que los contratos anteriores deben ser arrendamientos sujetos a la LAU del 94, en la medida en que se trata de una ley especial que regula estos contratos de arrendamientos de vivienda, que no los celebrados con anterioridad a 1 de enero de 1995 y demás sujetos a otras normativas legales.

De tal forma, en estos casos, y en la línea de interpretación de la Memoria de la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, es como si no hubiera existido contrato de arrendamiento anterior y, por tanto, rige el límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia. Tampoco tendría sentido interpretar que estos nuevos contratos de alquiler quedaran en una suerte de limbo legal y no tuvieran que sujetarse a límite alguno –tampoco al del artículo 17.7 de la LAU–, pues se trata de viviendas ubicadas en zonas de mercado residencial tensionado, y ello generaría un efecto perturbador y arbitrario en el parque de viviendas en alquiler indeseado por el legislador.

Otra cuestión interpretativa dudosa que hay que tener en cuenta es la relativa a la forma de calcular el límite en el pacto de la renta que establece el artículo 17.6 de la LAU, que declara literalmente que «la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior».

La primera cuestión que se suscita es si hay que estar a la renta pactada en el contrato anterior o a la última exigible en el momento de extinción de dicho contrato. En otras palabras, si se deben tener en cuenta las actualizaciones se hayan aplicado durante la vigencia del contrato a la renta pactada inicialmente. En segundo lugar, y ligada a la cuestión anterior, si la actualización debe hacerse sobre la renta inicial del contrato o sobre la última renta exigible. Y por último, si la actualización por aplicar es la que se haya pactado en el contrato o se ha de estar a las limitaciones en la actualización de la renta previstas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

A nuestro parecer, hay que estar a la última renta exigible del contrato anterior, ya que la norma se refiere de forma expresa a la «última renta» y, cuando se actualizan los alquileres, la actualización aplicada se consolida

en el importe de la renta, por lo que es más renta a todos los efectos. Sobre el importe de la última renta exigible se deberán aplicar las actualizaciones pactadas en dicho contrato para el cálculo del límite de la renta hasta la fecha del nuevo contrato, como si se tratara de una prórroga del contrato anterior, en vez de haberse pactado un nuevo contrato.

Esta interpretación es la que mejor se adecúa al espíritu de la norma, pues la finalidad de este límite en el pacto de la renta es evitar que se produzcan incrementos en el precio de alquiler de estas viviendas, pero sin desincentivar al arrendador. Se le permite así obtener la rentabilidad que ya venía percibiendo con anterioridad, y evitando que las rentas queden «congeladas» por el efecto de la inflación.

Por lo que respecta al cálculo de dichas actualizaciones, hay que estar exclusivamente a lo pactado en el contrato anterior, no siendo de aplicación las limitaciones extraordinarias previstas en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, pues la norma no establece que para el cálculo de este límite en el pacto de las nuevas rentas haya que aplicar estas limitaciones extraordinarias de actualización. A estos efectos, no debe confundirse una norma prevista para limitar la actualización de una renta con una norma prevista para fijar el límite de la renta, pues es distinto el ámbito objetivo de estas normas legales.

4. LA FIGURA DEL GRAN TENEDOR DE VIVIENDAS

Durante los últimos años, el legislador español ha acuñado una nueva figura jurídica en la regulación sobre arrendamientos urbanos, con la que todo operador jurídico que lidie con asuntos de esta especialidad debe estar sobradamente familiarizado: el gran tenedor de viviendas.

Si bien el RDLey 7/2019 ya modificó la Ley de Arrendamientos Urbanos para introducir un tratamiento jurídico diferenciado del arrendador en función de si es persona física o jurídica –penalizando de esta forma al arrendador persona jurídica con la obligación de soportar una prórroga legal del contrato de mayor duración, de siete años en vez de cinco– (art. 9), no fue hasta que irrumpió la pandemia de la COVID-19 en nuestro país que se introdujo la figura del gran tenedor de viviendas.

La batería de medidas previstas en los Reales Decretos-leyes 11/2020 y 15/2020, consistentes en moratorias en el pago de la renta de arrendamientos de vivienda y de locales de negocio golpeados por la crisis sanitaria, y en la suspensión temporal de procesos desahucio de familias en situación de vulnerabilidad económica, contemplaron esta novedosa figura jurídica. En concreto, en esta normativa de carácter coyuntural, se definió

el concepto de gran tenedor de viviendas en los siguientes términos: «persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m^2».

Nótese que el concepto de gran tenedor contenido en dicha normativa es idéntico al de la definición legal plasmada en el artículo 3.k) de la Ley 12/2023; pero el hecho de que se recoja en una normativa de carácter estructural o marco como es la Ley estatal por el Derecho a la Vivienda confirma la voluntad del legislador de otorgar un gran protagonismo a esta figura jurídica en nuestro derecho privado, dejando de tener el carácter accesorio que inicialmente tuvo en tiempos de pandemia.

Hasta aquí, la controversia jurídica giraba alrededor de los matices de la definición legal de gran tenedor de viviendas prevista en la Ley 12/2023, dada su excesiva parquedad e imprecisión. Se generó así un intenso debate jurídico sobre cuestiones de interés práctico como si tienen la condición de gran tenedor las comunidades de bienes (10), si deben computarse las cuotas de copropiedad sobre una vivienda, si debe contarse el derecho de usufructo o la nuda propiedad, si deben incluirse conjuntamente las viviendas que son titularidad de varias sociedades que forman parte de un grupo empresarial, etc. (11)

La verdadera problemática interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas se produce cuando se debe cohonestar la definición legal dada por la Ley 12/2023 con la normativa autonómica correspondiente en materia de vivienda, dando pie a un conflicto de normas.

Al respecto conviene recordar que, en materia de vivienda, se produce una situación de concurrencia de competencias estatales y autonómicas. Si bien esta materia es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.ª de la CE), el Estado tiene reservados los títulos competenciales relativos a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª de la CE) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª de la CE), concurriendo o insertándose estas competencias transversales u horizontales en el ámbito material de la vivienda (SSTC 65/2020, FJ 7; 188/2001, FJ 6; y 111/2012, FJ 5) (12).

Comporta así la aprobación de Ley 12/2023 un límite a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos en materia de vivienda. El legislador estatal, consciente de esta concurrencia

(10) Fuentes-Lojo Rius, A. (Coord.) (2023), *Revista Actualidad Civil* núm. 7 (jul.).
(11) Fuentes-Lojo Rius, A. (2023), *Práctica de Tribunales*, núm. 163 (jul.), *passim*.
(12) Fuentes-Lojo Rius, A. (2022), *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 3, *passim*.

competencial, dispuso en el apartado primero del artículo 3 de la Ley 12/2023 que las definiciones legales contenidas lo son «[a] los efectos de lo dispuesto en esta ley, y en tanto no entre en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas».

En particular, respecto de la definición de gran tenedor de viviendas, dispuso que «podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa». En este sentido, declara en el preámbulo de la Ley, que

> [*e*]*n este contexto, se entiende la definición de carácter general del concepto de «gran tenedor», como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m², en los términos ya recogidos en el* Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo*, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, acotándose en el texto de la ley a aquellos inmuebles y superficie que sea de uso residencial. Si bien, se especifica que tal definición general podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, pudiendo alcanzar a titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial que estén ubicados en dichos entornos. En todo caso, las definiciones recogidas en la ley se establecen a los efectos de lo dispuesto en la propia ley, respetando en todo caso las definiciones existentes o las que pudieran adoptarse en el marco de las legislaciones de las comunidades autónomas sobre esta materia.*

Como decíamos, el ejercicio autonómico de la competencia en materia de vivienda puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre dicho campo material (STC núm. 143/2012, FJ 3). Eso sí, estas habilitaciones del legislador estatal deben interpretarse restrictivamente, so riesgo de vaciar de contenido la competencia material autonómica [SSTC núm. 143/2012, FJ 3, y núm. 154/2013, FJ 5 b)].

El legislador catalán ha regulado su propia figura de gran tenedor en múltiples normativas en materia de vivienda, la primera de las cuales data de 2015, anudando año tras año nuevas cargas jurídicas a los propietarios de esta condición que limitan su derecho de propiedad (Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el

ámbito de la vivienda y la pobreza energética; Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; Ley 1/2023, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, y del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en relación con la adopción de medidas urgentes para afrontar la inactividad de los propietarios en los casos de ocupación ilegal de viviendas con alteración de la convivencia vecinal; y la Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, por la cual se modifica la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto, por la cual se declaran zona de mercado residencial tensionado diversos municipios, de conformidad con la Ley estatal 12/2023, de 14 de mayo, por el derecho a la vivienda).

El concepto de gran tenedor contenido en el artículo 5.9 de la Ley catalana 24/2015, el cual versa sobre la obligación de ofrecimiento de alquiler social a ocupantes de vivienda en situación de vulnerabilidad económica difiere del estatal en tanto que excepciona de dicha condición a (i) los promotores sociales; (ii) las personas físicas o jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler; y (iii) las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial. Y, no menos importante, respecto de las personas físicas, establece que para tener la condición de gran tenedor debe uno ser titular de más de quince viviendas, y no de más de diez viviendas como declara la norma estatal. Reitero: solamente respecto de las personas físicas es más magnánimo el legislador catalán.

Por lo que respecta al concepto de gran tenedor contemplado en la Resolución catalana de declaración de zona de mercado residencial tensionado de 140 municipios, se remite de forma expresa al artículo 3.k) de la Ley 12/2023, pero matizando que también se considerará gran tenedor de viviendas a «la persona física o jurídica que sea titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados dentro de la zona de mercado residencial tensionado».

A pesar de los esfuerzos del legislador estatal por tratar de resolver este conflicto de normas declarando que debe prevalecer en todo caso la regulación autonómica, esta disparidad normativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas está generando un grave confusionismo e incipiente litigiosidad en los tribunales. En aras de mitigar la litigiosidad sobre la materia, a 9 de febrero de 2024 se dictó un Acuerdo de Unificación de Criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, considerando que el Instituto Catalán del Suelo y la Agencia Catalana de Vivienda no tienen la condición de grandes tenedores de vivienda

en aplicación del concepto de gran tenedor contenido en el artículo 5.9 de la Ley catalana 24/2015, no estando pues obligadas a realizar los trámites del artículo 439.6 y 7 de la LEC con carácter previo a la interposición de una demanda de desahucio o de recuperación posesoria.

Si bien los Acuerdos de Unificación de Criterios no tienen carácter vinculante (art. 264.3 de la LOPJ), constituyen medidas imprescindibles para garantizar la seguridad jurídica del sistema y la tutela judicial efectiva, además de ser un instrumento eficaz para evitar la litigiosidad.

Más recientemente, ha recaído el primer precedente jurisprudencial sobre la materia, el Auto núm. 40/2024, de 29 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, que declara que la Agencia Catalana de Vivienda no tiene la condición de gran tenedor. Dicho Auto estima el recurso de apelación contra el que había inadmitido la demanda de desahucio por falta de pago por no haberse cumplido los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 439.6 y 7 de la LEC, dejándolo sin efecto, y obligando al Juzgado de Primera Instancia a resolver de nuevo sobre la admisión de la demanda, teniendo en cuenta lo resuelto en la alzada.

El citado Auto sigue la tesis del Acuerdo de Unificación y considera que es de aplicación el concepto de gran tenedor previsto en la Ley catalana 24/2015, sin que sea óbice para ello que el artículo 5.9 defina dicho concepto «a los efectos de esta ley», ni que el artículo 439 de la LEC se remita a la definición contenida en la Ley 12/2023, pues tanto la ley autonómica como la estatal se destinan a procurar la satisfacción del derecho a acceder y disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y en tanto que en Cataluña la legislación autonómica excluye a los promotores sociales de vivienda la condición de gran tenedor. Declara el Auto que, si el legislador catalán ha establecido una definición de gran tenedor de vivienda que matiza o difiere de la contemplada por el legislador estatal, ha de prevalecer la definición autonómica sobre la estatal.

En síntesis, y de conformidad con la tesis jurisprudencial expuesta, para determinar si un propietario tiene la condición de gran tenedor habrá que estar a la definición prevista por la normativa autonómica correspondiente en materia de vivienda y, en su defecto, por el artículo 3.k) de la Ley 12/2023. A día de hoy, solamente Cataluña ha desarrollado el concepto de gran tenedor de viviendas, por lo que en el resto de las Comunidades Autónomas se aplicará la definición de gran tenedor prevista en la normativa estatal. Y en Cataluña, las particularidades por tener en cuenta se pueden resumir de la siguiente forma: (i) es gran tenedor la persona jurídica que sea titular de cinco o más viviendas ubicadas en los 140 municipios catalanes declarados como zona de mercado residencial tensionado, o más de diez viviendas en todo el territorio español; (ii) es gran

tenedor la persona física que sea titular de cinco o más viviendas ubicadas en los 140 municipios catalanes declarados como zona de mercado residencial tensionado, o más de quince viviendas en todo el territorio español; y (iii) en ningún caso tienen la condición de gran tenedor los promotores sociales, las personas físicas o jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler, y las entidades privadas sin ánimo de lucro que provean de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.

5. LA LIMITACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE COBRO: FIANZA Y LAS GARANTÍAS ADICIONALES

El legislador de 2019 (RDLey 7/2019) introdujo en el artículo 36.5 de la LAU una limitación legal respecto de las garantías que puede exigir el arrendador persona jurídica al arrendatario de vivienda para el caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales cuando el plazo pactado no supere el de la prórroga legal.

Se mantiene el importe de la fianza equivalente a una mensualidad de renta del artículo 36 de la LAU para los contratos de arrendamiento de vivienda, pero se limitan las garantías complementarias o adicionales que el arrendador puede exigir hasta una cuantía máxima equivalente a dos mensualidades de renta, salvo que se haya pactado un contrato de larga duración.

Esta medida legal busca garantizar el principio de asequibilidad del arrendatario de vivienda, de tal forma que el arrendamiento sea una alternativa asequible para el ciudadano de acceso a la vivienda, así como potenciar los contratos de arrendamiento de larga duración en los que se modula la tutela legal del arrendatario, dando una mayor flexibilidad a las partes contractuales.

No obstante, a mi juicio, debería haberse ampliado el importe de las garantías máximas a exigir al arrendatario si atendemos a la duración media actual de un proceso de desahucio por impago de rentas –la duración media de un proceso de desahucio en España se situó en el intervalo 2016-2024 entre tres y seis meses, pudiendo llegar en ocasiones hasta el plazo de un año [13]– para poder cubrir al menos el periodo temporal de duración de un proceso de desahucio por falta de pago. En este sentido, y alzando la vista más allá de nuestras fronteras, conviene tener en

(13) Disponible en: www.abogadosparatodos.net/duracion-desahucio-ciudad/.

cuenta que en los países europeos con una mayor tasa de alquiler también se aplica una limitación de las garantías para el arrendador en atención al principio de asequibilidad del derecho a la vivienda, pero este límite es de un importe superior para poder hacer frente a situaciones de morosidad del inquilino. Así pues, se establece en un importe equivalente a tres mensualidades en el caso de Alemania y Suiza, y de hasta seis mensualidades de renta en el caso de Austria[14]. Más aun cuando, tal y como denuncia Cuena Casas[15], el arrendador no tiene forma de asegurarse de la solvencia del arrendatario ya que, en España, a diferencia de otros países, no existe un sistema privado de información de solvencia al que puedan acceder los particulares. No hay un bureau privado con información positiva de solvencia que informe de los datos de morosidad y del nivel de endeudamiento de los particulares. A la Central de Información de riesgos del Banco de España (CIRBE) solo pueden acceder las entidades declarantes, y los ficheros privados (Asnef-Equifax/ Experian) solo comparten información de solvencia con sujetos que a su vez reportan datos (criterio de reciprocidad).

Así pues, estamos ante una medida legal excesivamente proteccionista del arrendatario que provoca un notable desequilibrio entre los derechos de arrendatario y arrendador, en perjuicio de este último, obligándole en la práctica a contratar pólizas de seguro por impago de alquiler, asumiendo de este modo un riesgo que no le corresponde.

6. LA SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS

La Ley 12/2023 reconoce un auténtico derecho a la suspensión temporal de los desahucios y de otros procesos de recuperación posesoria de la vivienda de hasta cuatro meses a los ocupantes –con o sin título posesorio– que estén en riesgo de exclusión residencial, desplazando así ilegítimamente sobre el propietario los costes de una determinada política social mediante el sacrificio de su derecho de propiedad.

Esta medida legal constituye una auténtica expropiación temporal del derecho del propietario sin que el mismo perciba la correspondiente indemnización, tal y como señala el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 33 de la CE (STC 89/1994, de 17 de marzo, Voto Particular).

(14) Molina Roig, E. (2018), p. 692.

(15) Cuena Casas, M. (2019), Hay Derecho. Disponible en:

https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/.

Nótese que, incluso cuando dicha medida se implementó por el legislador de forma excepcional –con motivo de la crisis sanitara causada por la pandemia– en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se reconoció el pertinente derecho de compensación económica a favor del titular del derecho de propiedad perjudicado por dicha paralización en el legítimo proceso de recuperación de la vivienda de su titularidad (Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes).

Y ahora que dicha medida legal se incorporará a la LEC con carácter estructural, ni siquiera va acompañada del reconocimiento al derecho indemnizatorio del perjudicado, lo cual a mi juicio vulnera de forma palmaria el derecho constitucional a la propiedad privada.

Sorprende que este incidente de suspensión también se aplique cuando el demandado es un ocupante sin título jurídico para mantense en la posesión de la vivienda, protegiendo así la norma al ocupante ilegal. La Administración debe procurar fomentar el acceso a la vivienda por distintas vías de tenencia, como el arrendamiento o la compraventa, pero jamás debe hacerse por la vía de la ocupación ilegal o sin título jurídico que la ampare. Esta última no es ni debe ser una vía de acceso válida a una vivienda digna. Justamente todo lo contrario, lo que fomenta una política de vivienda que ampara la ocupación ilegal es el sinhogarismo. En otras palabras, atenta contra la salud del parque de vivienda de nuestro país. Una política absolutamente errática. La evidencia más ilustrativa la encontramos en la impotencia que sufren algunos municipios al presenciar como la exigua vivienda pública de la que se disponen está siendo ocupada ilegalmente, impidiendo así que pueda ser habitada por las familias vulnerables a las que va destinado dicho parque público de vivienda protegida. Es evidente que el acceso a la vivienda por esta vía es totalmente inadecuado y lo único que provoca es el acceso a la infravivienda y no a una vivienda digna, como reza nuestra Carta Magna. Es pues totalmente falaz invocar el derecho a la vivienda para proteger (o no condenar) dichas conductas antijurídicas de despojo de la posesión.

La Ley 12/2023 vacía de contenido el derecho de propiedad privada y fomenta el acceso a la vivienda por la vía de la ocupación ilegal, destruyendo el mercado inmobiliario y, no menos importante, perjudicando gravemente a quienes supuestamente debe beneficiar esta futura normativa, a las familias vulnerables que no disponen de medios suficientes para acceder a una vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

Colás Escandón, A. M.ª, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.ª Edición, Ed. Aranzadi, 2013, p. 511.

Cuena Casas, M. (23 de abril de 2019), *La desmesurada desprotección del arrendador de vivienda ante el riesgo de impago del arrendatario en la reciente reforma de la LAU*. Hay Derecho. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/.

Fuentes-Lojo Rius, A., «El derecho a la actualización de la renta», *Revista Actualidad Civil*, núm. 2, febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.

— «La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro», *Diario La Ley*, 1 de febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.

— «Más sombras que luces en la futura ley estatal de vivienda», en «La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler», *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núm. 3/2022.

— «Modificaciones en los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias en la Ley por el derecho a la vivienda», *Práctica de Tribunales* núm. 163, julio de 2023, Ed. La Ley.

— (Coord.), «¿Puede una comunidad de bienes ser considerada gran tenedor?», *Actualidad Civil* núm. 7, Julio 2023.

— «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», *Actualidad Civil*, núm. 6, junio de 2023, Ed. La Ley.

— «La Ley por el Derecho a la Vivienda: la inminente aplicación de las limitaciones en el pacto de la renta», *Revista de Derecho Inmobiliario*, Ed. Francis Lefebvre, febrero de 2024.

Molina Roig, E., *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

Nasarre Aznar, S.; Molina Roig, E., y Simón Moreno, H., *Un nou dret d'arrendaments urbans per afavorir l'accés a l'habitatge*, Ed. Atelier, 2018.

Quicios Molina, S., «La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2012, Ed. Aranzadi.

C. Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie

Josep M.ª Espinet Asensio
Abogado
jmespinet@espinetadvocats.cat

Resumen: *La grave situación que atraviesa la vivienda en España, que se agudiza especialmente en las capas de la población más desfavorecidas y en los jóvenes en particular, que no vislumbran en su horizonte vital la posibilidad de independizarse de sus progenitores o familiares más cercanos con los que conviven en una misma vivienda, al no disponer de los suficientes recursos económicos ni de la capacidad de endeudamiento que les permita acceder a una vivienda digna y adecuada a sus necesidades, a lo que se añade la insoportable evolución al alza del precio de la vivienda, sobre todo en las grandes ciudades, requiere de nuestros legisladores la adopción con urgencia de propuestas, medidas e instrumentos legislativos que alivien en buena parte este acuciante problema. Se hace necesario introducir, promover y fomentar nuevos modelos de tenencia de vivienda que superen la secular dicotomía propiedad/arrendamiento, tan fuertemente anclada en nuestro país. Se ha de evolucionar hacia nuevos modelos de vivienda, algunos de ellos fuertemente arraigados en países de nuestro entorno como la propiedad compartida y la propiedad temporal, sin desdeñar otros modelos de tenencia de vivienda cuya configuración descansa en figuras legales ya incorporadas en el ordenamiento legal de nuestro país,*

como son la comunidad ordinaria indivisa, los derechos reales de usufructo y de habitación y el derecho real de superficie. El análisis legal de estas figuras y de las ventajas y desventajas que representan, constituyen el objeto de este trabajo.

Palabras clave: *Modelos de vivienda; tenencias intermedias, propiedad temporal, propiedad compartida, comunidad ordinaria, uso y disfrute.*

Abstract: *The serious housing situation in Spain, which is particularly acute in the most disadvantaged sectors of the population and in young people in particular, who do not foresee on their life horizon the possibility of becoming independent from their parents or closest relatives with whom they live in the same dwelling, not having sufficient economic resources or the debt capacity to enable them to have access to decent housing adequate to their needs, in addition to the unbearable upward trend in housing prices, especially in large cities, requires our legislators to urgently adopt proposals, measures and legislative instruments to alleviate this pressing problem to a large extent. It is necessary to introduce, promote and encourage new housing tenure models that overcome the secular dichotomy of ownership/rental, so strongly anchored in our country. It is necessary to evolve towards new housing models, some of which are deeply rooted in our neighboring countries, such as shared ownership and leasehold, without disregarding other housing tenure models whose configuration is based on legal figures already incorporated in the legal system of our country, such as the ordinary undivided community, the real rights of usufruct and habitation and the real right of surface. The legal analysis of these figures and the advantages and disadvantages they represent constitute the object of this work.*

Keywords: *Housing models; intermediate tenures, leasehold, shared ownership, ordinary community, use and enjoyment.*

Sumario: 1. Vivienda compartida y temporal. 1.1 Tenencia compartida en régimen de comunidad ordinaria indivisa. 1.1.1 Régimen legal. 1.1.2 Ventajas e inconvenientes. 1.2 La denominada «propiedad compartida» (la *shared ownership*). 1.2.1 Régimen legal en el derecho civil catalán. 1.2.2 Ventajas e inconvenientes. 1.3 La denominada «propiedad temporal» (la *leasehold*). 1.3.1 Régimen legal en el derecho catalán. 1.3.2 Ventajas e inconvenientes. 2. El derecho de usufructo. 2.1. Derechos y obligaciones del usufructuario. 2.2 El derecho real de habitación. 2.3. Ventajas e inconvenientes. 3. El derecho de superficie. 3.1 Régimen legal. 3.2 Ventajas e inconvenientes. Bibliografía.

1. VIVIENDA COMPARTIDA Y TEMPORAL

Conviene decirlo bien claro, que la política de vivienda en España durante los últimos 20 años ha sido un auténtico dislate; errática sería el calificativo más acertado[1].

La tarea que tiene ante sí el legislador para arreglar todo este desaguisado no resulta obviamente sencilla, todo y erigirse el derecho a una vivienda digna como uno de los objetivos programáticos de nuestra Carta Magna que los poderes públicos deben promover y desarrollar. Desde hace años se encuentra instalada la percepción social, y también legal, de que los temas relacionados con la vivienda constituyen un «problema» de la sociedad de muy difícil solución, una crisis o preocupación de enorme y trascendente alcance social; un problema que, como ha apuntado recientemente Vendrell Ferrer (2), viene de lejos y se mantiene como una constante histórica, con variables temporales que llegan hasta el día de hoy, primer tercio del siglo XXI.

En relación con este «problema», se añaden voces que pronostican que buena parte de su mitigación pasaría por superar viejos moldes y ataduras, introduciendo en las capas sociales más vulnerables modelos de tenencia de vivienda que superen la secular dicotomía propiedad/arrendamiento que parece irremediablemente anclada en nuestro país.

Cobran así protagonismo otros modelos de tenencia de vivienda; modelos alternativos cuyo encaje en el ordenamiento jurídico encuentran cierto acomodo en una amplia zona intermedia a caballo entre la propiedad y el arrendamiento. Son modelos que se han dado en llamar «tenencias intermedias», algunos de los cuales están basados en modelos fuertemente arraigados en países de tradición jurídica anglosajona, como la *shared ownership* o «propiedad compartida», y la *leasehold* o «propiedad temporal»; y otros, en figuras y categorías seculares de nuestro ordenamiento jurídico patrio como el de la comunidad ordinaria indivisa, el usufructo (o su variante menor, el derecho de habitación), y el derecho real de superficie.

Son las referidas otras formas de tenencia de vivienda que conviven entre el derecho de propiedad plena y el arrendamiento urbano sometido a legislación especial. El desarrollo de estas figuras intermedias puede

(1) García Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., *RCDI*, p. 183, señalan al respecto que «[…] tras haber potenciado un mercado hipotecario cada vez menos garantista (1992-2007) y tras una primera etapa poscrisis en la que no se tomó medida alguna para solventar la problemática del acceso y la pérdida de la vivienda (2007-2010), los legisladores estatal y autonómico, influenciados por movimientos sociales y una parte de la judicatura, ha venido aprobando una serie de medidas que no solo no han ayudado a mitigarla, sino que, en ocasiones, la han empeorado».

(2) Vendrell Ferrer, E., *RJC*, núm. 1-2024, p. 90.

resultar útil para paliar en cierta medida la lacra de la escasez de vivienda que se encuentra anclada en nuestro país, el «problema» de la vivienda, lo que ya de por sí las hace tributarias de un tratamiento y análisis separado en esta obra.

1.1 Tenencia compartida en régimen de comunidad ordinaria indivisa

Cuando el objeto es una vivienda, ésta puede pertenecer a una sola persona o a varias a la vez y de forma conjunta, en cuyo caso diremos que son cotitulares de la misma. Por otra parte, la cotitularidad puede recaer sobre cualquier clase de derechos que, como es el caso de nuestro análisis, tengan por objeto la vivienda, sean de crédito (como ocurre con el derecho de arrendamiento en el que los cotitulares son los coarrendatarios) o de naturaleza real (por ejemplo, son cotitulares del derecho de propiedad los copropietarios, del usufructo los cousufructuarios, o de un derecho de superficie los cosuperficiarios).

El artículo 392, 1.º CC resume de alguna manera la idea que acabamos de señalar: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas»; si bien, como acertadamente señala la mejor doctrina en relación con la dicción del precepto, en vez de la propiedad de un derecho a la que alude éste, más correcto sería decir la titularidad de un derecho, pues no se es propietario de los derechos, sino titular de los mismos, aunque se llame propietario al titular del derecho de propiedad.[3]

Cuando el derecho de propiedad recae sobre un bien y este derecho pertenece no a una sola persona, sino a varias conjuntamente, estamos hablando de condominio o copropiedad, siendo sus titulares los condueños o copropietarios. La propiedad de las cosas en general puede pertenecer a los condueños de manera diversa. No obstante, y a fin de acotar este trabajo, nos centraremos en aquella en la que cada cotitular del derecho de propiedad, condueño o copropietario dispone de una parte del bien en cuestión, una parte no concreta físicamente, sino abstracta, llamada cuota indivisa. En esta copropiedad, cada copropietario o comunero puede operar separadamente de los otros con su derecho o cuota indivisa, aunque debe hacerlo en cambio en común en una serie de cuestiones. En palabras de Diez-Picazo (4), existe una concurrencia de varios derechos sobre todo el bien, pero no se trata de que un único derecho esté dividido en partes

(3) Albaladejo García, M., 1983, p. 379.
(4) Díez-Picazo, L., 1995, p. 910.

materiales o ideales, sino que cada uno de los comuneros tiene un derecho pleno en cuanto a su extensión y cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo, si bien con la particularidad de que cada uno de estos derechos está limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia de los derechos de los demás. La cuota significaría, de esta manera, la proporción o medida de la concurrencia de los derechos. En esta modalidad de comunidad y salvo pacto o previsión en contrario, cada comunero puede solicitar en cualquier momento y sin necesidad de justificación la disolución de la comunidad existente. Estamos hablando de la «comunidad por cuotas», también «comunidad romana» o «comunidad ordinaria indivisa».

Este tipo de copropiedad se rige, en primer lugar, por lo establecido por los interesados (los propios copropietarios cuando la constitución de la copropiedad tiene origen convencional, o el testador cuando tiene su origen en disposiciones testamentarias), sin otro límite o límites que los que resultan de la autonomía privada (art. 1255 CC); en su defecto, por las disposiciones especiales aplicables a la copropiedad en cuestión y, por último, a falta de regulación en negocio jurídico y/o disposiciones especiales aplicables, por las prescripciones del Título III del Libro II del CC.

Dicho lo anterior, cuando el objeto sobre el que recae la copropiedad es una vivienda tal y como la misma es percibida por el imaginario colectivo, parece que la modalidad de copropiedad más adecuada para mantener una tenencia compartida de la misma es la de la comunidad ordinaria indivisa.

Veamos seguidamente el régimen legal que dispensa el Código Civil español a esta modalidad de copropiedad.

1.1.1 *Régimen legal*

El régimen legal aplicable se encuentra contenido en los artículos 392 y concordantes del CC[5] y en la jurisprudencia que los interpreta. Detengámonos, no obstante, en los aspectos más destacados del régimen de la comunidad ordinaria indivisa.

En relación con la cuota de participación, también participación indivisa, el artículo 393, 2.º CC nos indica que en toda comunidad ordinaria indivisa, salvo prueba en contrario, se presume que las cuotas de los copropietarios son iguales. No obstante, y en caso de que quede acreditado que un copropietario tiene una cuota determinada, un 30 % por ejemplo,

(5) Cuentan también con un régimen legal completo y propio en esta materia, el Código Civil de Cataluña (CCCat) en los artículos 552-1 a 552-12 de su libro Quinto, y, acaso no tan completo como el catalán, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo en las Leyes 372 a 375.

la presunción paritaria se extiende a la cuota restante, el 70 %, presumiéndose respecto de ésta, salvo prueba en contrario, que el resto de los comuneros participan en iguales partes. La determinación de la cuota no es preciso que conste por escrito o en determinada forma, de modo que puede constar o no documentalmente, en términos porcentuales o en partes indivisas, sin necesidad de que se exprese necesariamente en unidades, decenas, centésimas o milésimas, o en cualquier otra razón aritmética, salvo que la ley disponga al respecto alguna forma concreta o determinada para referirse a ellas, como ocurre para el caso de su inscripción el Registro de la Propiedad[6].

Las cuotas de participación –cuya función, entre otras, es servir de módulo en la atribución entre los comuneros de los beneficios y cargas de la comunidad (art. 393.1 CC)–, no sufren en cambio alteración o modificación por los gastos que acaso uno de los copropietarios haga de más que lo que le corresponda en la cosa común, sea por conservación y mantenimiento, sea por mejoras que introduzca. En tales casos, ostentará el crédito que sea contra el resto de los comuneros, si bien las cuotas de participación se mantendrán inalterables, salvo que la unanimidad de comuneros alcanzase un acuerdo diferente.

En cuanto a las facultades de los comuneros, hay que distinguir según se trate de facultades o poderes en orden a la totalidad del bien en común y los relativos a sus respectivas cuotas.

A) En lo que concierne a las facultades de uso del bien común, el artículo 394 CC[7] indica que «[c]ada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los partícipes utilizarlas según su derecho».

Este precepto se ha interpretado en el sentido de que la ley permite que cada copropietario use o utilice el bien común por entero mientras no lo usen actualmente los demás. Pero también admite, en tanto que la ley no impide que los particulares puedan regular por pacto el régimen de la comunidad ordinaria indivisa, que se convenga entre ellos que el uso total del bien lo ostente cada copropietario por un determinado periodo de tiempo y que, durante este periodo, no pueda utilizarlo otro comunero, aunque tampoco lo use el facultado para hacerlo. Si, no existiendo ninguna clase de acuerdo entre ellos, todos los comuneros tienen interés en

(6) Véase el artículo 54.1 RH cuando señala que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

(7) En cuanto a doctrina jurisprudencial del artículo 394 CC, ver por todas la STS 93/2016, de 19 de febrero de 2016 (ECLI: ES: TS:2016:533).

usar el bien y pretenden hacerlo simultáneamente, el artículo 393 CC dispone que ese uso deberá ser proporcional a la cuota de cada uno y, si aun así, por razón de la naturaleza o características del bien, no es posible el uso simultáneo, se habrá de estar entonces a lo que convengan los copropietarios por mayoría de cuotas (no de personas), siempre que los acuerdos adoptados al respecto no sean gravemente perjudiciales para el copropietario o copropietarios minoritarios impugnantes, en cuyo caso, para resolver sobre ello, deberán acudir ante la autoridad judicial en el proceso judicial correspondiente a fin de que se declare la nulidad del acuerdo mayoritario y, en su caso, las medidas cautelares procedentes que se hubieran interesado (art. 398 CC).

En cualquier caso, conviene que los copropietarios tengan presente que cualquiera de ellos puede pedir, en cualquier momento, la disolución de la comunidad ordinaria sea cual sea la cuota de participación que cada uno de ellos ostente y siempre y cuando esta facultad no estuviera excluida en los términos que la ley lo determina. Harán bien los comuneros, no solo los mayoritarios en la adopción de un acuerdo determinado sobre el uso de la cosa común, sino todos ellos ante la adopción de futuros acuerdos de cualquier tipo, en ser mesurados y contenidos a la hora de plantearse imponer acuerdos contando con la simple mayoría de cuotas, pues tal acuerdo no solo queda sin efecto por uno posterior en contra, o al concluir el plazo por el que se acordó y, en general, por las causas de extinción de los contratos, sino también al producirse la división de la cosa común a instancias de cualquier condueño, sin necesidad de expresar el motivo de ello. Por tanto, podríamos afirmar que los acuerdos adoptados por los copropietarios en el seno de una comunidad ordinaria indivisa son efímeros, claudicantes por la mera voluntad divisoria de cualquiera de los comuneros.

B) En lo que al disfrute de la cosa común se refiere, al igual que en el uso, también es proporcional a las respectivas cuotas y susceptible de ser modulado mediante pactos o acuerdos entre los copropietarios. Salvo otra disposición legal para determinado supuesto, o que la naturaleza de la cosa común lo implique, o que haya mediado un acuerdo distinto entre los copropietarios, se puede afirmar que los frutos que desprenda la cosa común pasan a ser también copropiedad de los comuneros en proporción a sus cuotas, sin que corresponda a cada uno parte concreta de los mismos, por lo que no son enajenables (ni en todo ni en parte) si no es con el consentimiento unánime de los copropietarios. No obstante, quien de ellos tenga el derecho a usar y disfrutar por sí solo y de forma exclusiva la cosa común, la vivienda por ejemplo, durante un determinado periodo de tiempo, si la arrienda durante ese tiempo, las rentas le corresponden a él solo y no a la comunidad, porque lo que en realidad ha ocurrido en este

caso es que el objeto del contrato de arrendamiento no era en realidad la vivienda, sino la cuota o participación indivisa misma, siendo los sujetos del arrendamiento el arrendatario por una parte y el copropietario (y no la comunidad) como parte arrendadora.

C) Respecto a las cargas y gastos del bien común, rige en este punto el principio de su reparto entre los comuneros en proporción con las cuotas (art. 393 CC), esto es, cada copropietario se hará cargo del importe de las cargas y/o de los gastos que genera el bien en común en la proporción determinada por su cuota de participación. Esta regla, aplicada a la tenencia de una vivienda en comunidad ordinaria indivisa se traduce en que, salvo pacto diferente, los gastos de suministros y servicios de la vivienda (luz, agua, gas, fibra óptica, AC, etc.), las cuotas de la comunidad de propietarios, tanto ordinarias como extraordinarias, el IBI del Ayuntamiento y cualesquiera otros tributos análogos que acaso puedan recaer sobre la vivienda en común, serán sufragados por todos los copropietarios en proporción a la cuota respectiva, ni más ni menos. No obstante, cuando el uso del bien, en nuestro caso la vivienda, se hace por uno solo de los copropietarios, no por pacto, sino por el derecho que todos tienen a usarla por entero mientras no se objete por cualquiera de los otros comuneros, no sin buena parte de razón se puede sostener que las cargas y los gastos correspondientes a ese periodo sean a cargo del comunero único que la usa y no a cargo de todos, y ello con base en la equidad y en que de lo contrario se daría un enriquecimiento injusto[8].

D) En lo que concierne a actos de administración y disposición sobre la cosa común, el régimen de la mayoría de las cuotas (mayoría económica) es el que impera para la adopción de los acuerdos de administración, con los límites fundamentales del artículo 394 y el más específico previsto en el artículo 398, 3.º CC, al que nos hemos referido antes al tratar sobre el uso del bien común. Mientras que para la validez de los acuerdos de disposición (enajenación, gravamen y renuncia de la cosa común) se requiere la unanimidad de los copropietarios, no bastando con la simple mayoría.[9]

---

(8) Así lo sostuvo la STS 307/2015, 11 de junio de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:3187), entre otras.

(9) En la regulación del CCCat, el artículo 552-7 también contempla la unanimidad para los actos de disposición de la cosa común. Mas, al referirse a los de administración, todo y seguir el régimen del CC al requerir la mayoría simple de cuotas, distingue de entre los actos de administración los de «administración extraordinaria» (como podría ser, por ejemplo, mejoras que aumenten la productividad o aprovechamiento de la cosa común), para cuya validez respecto de éstos últimos se requiere una mayoría cualificada de las tres cuartas partes de las cuotas. La SAP de Barcelona (Sec. 13.ª) de 1 de junio de 2016 (ECLI: ES: APB:2016:6247) señaló al respecto que «en Cataluña, es acto de administración extraordinaria el otorgamiento de un arrendamiento por más de quince años, siendo para este acto de administración extraordinaria para el que debe entenderse que los comuneros requieren la mayoría de tres cuartas partes de las cuotas, exigida por el artículo 552-7.3 del CCCat. Por el contrario, no es acto de administración extraordinaria, por no estar legal ni doctrinalmente previsto como

E) En lo que respecta a poderes de los comuneros en relación con su cuota, destacar al respecto lo que establece el artículo 399 CC en el sentido de que cada condueño tiene la propiedad de su «parte» (indivisa), así como la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo, además, enajenarla, cederla o hipotecarla, e incluso renunciarla según dispone el artículo 395, siempre y cuando el renunciante de la cuota carezca de obligaciones de que librarse o eximirse[10]. También disponen del derecho de retracto de comuneros en los términos del artículo 1522 CC, consistente en un derecho de adquisición preferente que opera cuando se enajena una cuota indivisa a un no copropietario, lo cual constituye un aliciente para los copropietarios en el ámbito de la vivienda, que pone de relieve la versatilidad del poder jurídico representado en la cuota del comunero, que le permite aspirar con el tiempo a hacerse con la totalidad de la vivienda. El ejercicio de este derecho de retracto se encuentra sometido al plazo de caducidad de 9 días, contados desde la inscripción en el Registro correspondiente, o desde que el comunero retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta y de sus condiciones esenciales (art. 1524 CC). Se trata de un plazo ciertamente breve e insuficiente para el adecuado ejercicio del derecho de retracto, motivo por el cual ha sido objeto de ampliación en la regulación de los derechos forales con competencia en esta materia[11].

F) Una última cuestión a considerar, no menor, alude a la facultad de división de la comunidad ordinaria indivisa. Nos referimos al derecho que tiene cada copropietario de un bien común a instar la división o disolución de la comunidad, es decir, a separar su parte del resto de deberes comunes; es el principio de libre divisibilidad que rige en esta materia. Como se ha señalado, los copropietarios, por medio de su cuota, son titulares de una porción ideal o abstracta de la totalidad del bien, pero sin que sus partes estén física o materialmente separadas. El principio de la libre divisibilidad nos indica que ningún copropietario está obligado a permanecer en la indivisión indefinidamente. En cualquier momento y sin necesidad de justificación, cualquier comunero, sea cual sea la participación que

---

tal, el otorgamiento de un contrato de arrendamiento de hasta quince años, así como la extinción de un contrato de arrendamiento por expiración del plazo fijado contractualmente […] y lo mismo puede decirse en cuanto al ejercicio de la acción de desahucio, […] para la que, según el artículo 552-7.2 CCCat, basta el acuerdo de la mayoría de los titulares».

(10) Díez-Picazo, L., 1995, p. 925.

(11) Tal cual ocurre en el CCCat, en cuyo artículo 552-4 dispone que el tanteo puede ejercerse en el plazo de un mes contado desde el momento en que se hace la notificación, y si no existe notificación o si la transmisión se efectúa por un precio o en circunstancias diferentes a las que constan en la misma, el tanteo comporta el retracto, que puede ejercerse en el plazo de tres meses contados desde el momento en que los demás cotitulares tienen conocimiento de la enajenación y sus circunstancias o desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el registro correspondiente.

ostente, puede solicitar que se disuelva, divida o extinga la comunidad de bienes existente (art. 400 CC), siendo la forma más habitual de llevarla a cabo cuando el bien, como ocurre con una vivienda, es jurídica o materialmente indivisible, proceder a su venta, que puede llegar a imponerse forzosamente mediante subasta pública (art. 404 CC), y repartir el valor o precio obtenido entre los copropietarios en proporción a su participación en la comunidad.[12] En algunos supuestos, pueden contemplarse entre los condueños pactos de indivisibilidad que impiden la división por un periodo determinado de tiempo. Pero tales pactos no pueden ser permanentes, de manera que la indivisibilidad no puede mantenerse por más de 10 años, susceptible, eso sí, de ser prorrogada por nueva convención por otros 10 años (art. 400, 2.º CC).

1.1.2 *Ventajas e inconvenientes*

La vivienda compartida en la modalidad de comunidad ordinaria indivisa presenta en nuestra opinión más inconvenientes que ventajas, todo y que de entre éstas podemos destacar el favorable tratamiento económico que representa la adquisición de vivienda en comunidad indivisa, en el que el derecho de uso solidario que corresponde a cada uno de los condueños sobre la totalidad constituye un aliciente añadido de esta tenencia, así como en lo que se refiere al reparto de los gastos comunes conforme a la cuota de participación de los copropietarios. Otro aspecto favorable es que la inversión no se devalúa con el paso del tiempo, como sí ocurre con la tenencia en usufructo, en propiedad superficiaria, en donde el factor tiempo actúa de manera inversamente proporcional.

En cuanto a los inconvenientes, éstos no son pocos comparados con los beneficios. No podemos silenciar la enorme inestabilidad, riesgos y adversidades de todo tipo que, en los órdenes principalmente convivencial, relacional y de intimidad representa compartir una vivienda entre varias personas, aunque ello comporte un alivio económico a la hora de afrontar los gastos. Cierto es que, si no hay más remedio, se aguanta todo antes que nada. Pero ello no obsta que a *priori* no puedan calificarse negativamente los factores referidos, que influyen negativamente en la convivencia entre

(12) El artículo 552-11.5 CCCat dispone, en cambio, para la división de las cosas indivisibles de un procedimiento ingenioso y menos traumático que el de estar abocado a la venta en pública subasta, estableciendo al respecto que cuando el objeto es indivisible «[…] se adjudica al cotitular o la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio».

los moradores de la vivienda. La estabilidad convivencial debe ir acompañada de un pacto de indivisibilidad entre los copropietarios, cuya eficacia no puede a *priori* extenderse más allá de los diez años de indivisibilidad. Una estabilidad de diez años, con el resto de inconvenientes de orden convivencial, relacional y de intimidad entre los copropietarios, que no resultan difíciles de imaginar, no parece que pueda competir en aliciente con la duración que puede alcanzarse con el coarrendamiento de una vivienda cuyo arrendador sea una persona jurídica y cuando la vivienda se encuentre ubicada en una zona declarada de mercado residencial tensionado, en cuyo caso, según los artículos 9 y 10 de la LAU tras la Ley 12/2023, de 24 de marzo, por el derecho a la vivienda, la duración del arrendamiento puede alcanzar una estabilidad de hasta 11 años.

1.2 **La denominada «propiedad compartida» (la *shared ownership).***

Se conoce por la *shared ownership* o «propiedad compartida» en los ámbitos urbanos del Reino Unido, un esquema de tenencia de vivienda en el que una persona o familia adquiere por compra una fracción porcentual de una propiedad y paga un alquiler por el porcentaje restante, consiguiendo de este modo que la tenencia de la totalidad de la vivienda sea más accesible, especialmente para aquellos que no pueden pagar el precio total de la misma. La operación se desarrolla habitualmente bajo los siguientes parámetros: el comprador adquiere un porcentaje de la propiedad, generalmente entre el 25 % y el 75 %, dependiendo de lo que pueda permitirse; en segundo lugar, toma en arrendamiento el resto del porcentaje de propiedad que no tiene, pagando por ello un alquiler al propietario originario o promotor de este tipo de tenencia. En el transcurso del tiempo, el comprador tiene la opción de ir adquiriendo más participaciones de la propiedad, en un proceso conocido como «staircasing» (escalonamiento), que le permite aumentar gradualmente la cantidad de la propiedad que posee a medida que reduce el alquiler de la propiedad que no posee, hasta eventualmente acabar adquiriendo la totalidad de la vivienda, momento a partir del cual deja de abonar alquiler. Si el comprador, lejos de adquirir la totalidad, decide desprenderse por venta de la participación en la propiedad que tiene, normalmente debe hacerlo a través del mismo esquema de propiedad compartida, lo que puede implicar ciertas restricciones en términos de a qué destinatarios se le puede vender y que requisitos personales y económicos han de reunir.

Este esquema, no se encuentra regulado por ningún texto ni norma de derecho común de nuestro país. Sí, en cambio, lo encontramos recogido

en el ordenamiento civil catalán, concretamente en el Código Civil de Cataluña (CCCat) tras la aprobación de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña[13].

1.2.1 *Régimen legal en el derecho civil catalán*

En el ordenamiento catalán, la propiedad compartida ha quedado articulada como una nueva forma de disfrute del derecho de propiedad basada en la constitución de una comunidad especial de bienes en el seno de la cual coexisten, al mismo tiempo, dos comuneros, que la ley denomina «propietario material» y «propietario formal». La particularidad de este régimen reside en que las facultades de uso y el goce de la cosa, normalmente una vivienda, se asignan en exclusiva a favor del comunero denominado propietario material, mientras que el propietario formal carece de estas facultades, quedando alteradas las tradicionales reglas del uso y del goce de la cosa común de la comunidad ordinaria indivisa[14].

Según el Preámbulo de la Ley 19/2015, esta figura permitirá favorecer la adquisición de la propiedad. A partir de la adquisición de una cuota inicial en propiedad compartida, el propietario material adquiere progresivamente las restantes cuotas del propietario formal mediante el ejercicio gradual del derecho que es inherente a la institución. La situación jurídica real que se deriva de esta forma de propiedad supone que el propietario material monopolice casi todas las facultades dominicales a cambio del pago de una contraprestación dineraria al propietario formal, mientras no adquiera la totalidad de las cuotas, por el uso exclusivo y excluyente del objeto. Por ello, el propietario material debe satisfacer todos los gastos y, salvo que se haya pactado otra cosa, asume el pago de los impuestos y tributos vinculados a la propiedad del bien.

Si bien la cuota mínima inicial se deja a la voluntad de las partes, la adquisición de las restantes cuotas mediante el ejercicio del derecho de adquisición gradual debe representar, en defecto de pacto, un mínimo del 10 %. De hecho, con relación a las viviendas y teniendo en cuenta la experiencia comparada, el Preámbulo de la Ley 19/2015 apunta que la proporción ideal sería: un 5 % de dominio adquirido con capital propio del propietario material; un 20 % de dominio que el propietario material adquiriría con financiación hipotecaria, manteniéndose el 75 % restante en

(13) La Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, superó el filtro de constitucionalidad mediante la STC núm. 95/2017, de 6 de julio de 2017 (ECLI: ES: TC:2017:95).

(14) Izquierdo Grau, G., *InDret* 1/2019.

manos del propietario formal, que percibiría por este porcentaje del propietario material una renta o canon periódico.

Por tanto, es consustancial a esta figura el derecho del propietario material a adquirir gradualmente más cuota de dominio sobre el inmueble, según un probable esquema preestablecido con ese propietario formal, cuya figura se aproxima a la de un promotor inmobiliario-vendedor-financiador. A medida que el propietario material adquiera más, irá también reduciendo progresivamente la cantidad que satisface como contraprestación dineraria, porque entonces será titular de una cuota mayor de dominio sobre el inmueble. Por otra parte, nada impide que la contraprestación dineraria se impute al precio de adquisición de las sucesivas cuotas sobre el inmueble, como que ambas partes acuerden que el propietario material, en vez de ir adquiriendo cuota, pueda liberarse gradualmente de la suya, que deba ser adquirida necesariamente por el otro titular, lo que haría posible que el primero obtuviese liquidez.

En cuanto al concepto de propiedad compartida, el artículo 556-1 CCCat no contiene una definición de esta forma dominical, sino que se limita a señalar que por medio de esta propiedad especial, se confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal, destacándose ya desde el principio de la regulación que la propiedad compartida supone la exclusión de la acción de división, sin posibilidad de pacto en contrario. Como bien apunta Izquierdo Grau (15), se trata ésta de una norma imperativa porque, de lo contrario, se frustraría la finalidad de la propiedad compartida, que no es otra que facilitar la adquisición gradual y progresiva del pleno dominio por el comunero titular de la menor cuota de dominio en función de su capacidad económica.

En lo que concierne al objeto de la propiedad compartida, parece que principalmente está llamado a recaer sobre bienes de naturaleza inmobiliaria para destinarlos a vivienda, aunque la norma no excluye que puedan serlo también otra clase de bienes, como los muebles, siempre y cuando tengan el carácter de duraderos, no fungibles y susceptibles de constar en un registro público (art. 556-2 CCCat).

La propiedad compartida se constituye por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte. El título de constitución debe contener las siguientes circunstancias: a) la cuota inicialmente adquirida; b) el derecho de adquisición gradual y los requisitos y condiciones de su ejercicio. En defecto de pacto, las cuotas sucesivamente adquiridas no pueden ser inferiores al 10 % del total de la propiedad; y c) la

(15) Izquierdo Grau, G., 2019, *RCDI,* núm. 772, p. 727.

contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para su determinación a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual.

En cuanto a requisitos de forma, Simón Moreno (16) señala que la constitución de la propiedad compartida no está sujeta a *priori* a ninguna formalidad concreta y que su inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva, por lo que el régimen se podría constituir de forma verbal, por escrito en documento privado o en escritura pública, salvo que el negocio jurídico de constitución requiera hacerlo con una forma específica, cual acontece, por ejemplo, con la donación de un bien inmueble, que requiere de la escritura pública como forma de validez *ad solemnitatem*, en cuyo caso la constitución del régimen de propiedad compartida también debería formalizarse en escritura pública.

Respecto al plazo de duración de la propiedad compartida, la norma contempla un plazo mínimo de 30 años, salvo que las partes fijen otro diferente que, en ningún caso, puede superar los 99 años.

De entre las facultades del propietario material, el artículo 556-6 CCCat destaca la de poseer y usar el bien y gozar de él de forma plena y exclusiva; la de enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su cuota, así como disponer de ella por causa de muerte; la de adquirir más cuota de modo gradual y en los términos establecidos por el título de constitución; la de poder ejercer todos los actos de riguroso dominio, si bien para dividir el bien precisa del consentimiento del propietario formal, y si el bien objeto de propiedad compartida es un inmueble en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario material. Los gastos ordinarios son a cargo del propietario material, mientras que los extraordinarios y de ejecución de obras de instalaciones, deben repartirse entre ambos propietarios de acuerdo con su respectiva cuota de propiedad.

Respecto a las obligaciones del propietario material, el artículo 556-7 CCCat relaciona la de pagar el precio de adquisición de las cuotas; la de satisfacer la contraprestación dineraria establecida a favor del propietario formal a cambio de su cuota de dominio, cuyo importe, en defecto de pacto, disminuye proporcionalmente con la adquisición de más cuota; y, finalmente, la de satisfacer los gastos e impuestos vinculados a la propiedad del bien.

El propietario formal tiene en cambio como facultades (art. 556-8 CCCat): la de poder enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen

(16) Simón Moreno, H., 2017, pp. 270-272.

su cuota, y disponer de ella por causa de muerte, sin perjuicio de los derechos de tanteo y retracto a favor del propietario material. También puede exigir al propietario material, salvo que se pacte otra cosa, que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora un 20 % o más o se compromete su subsistencia. Tiene derecho a acceder al inmueble para comprobar su estado; y si se le niega el acceso o si, después de haber accedido a él, se comprueba que la subsistencia del bien está afectada, puede solicitar judicialmente cualquier medida cautelar.

Tanto al propietario material como al formal se les reconoce a su favor los derechos de tanteo y retracto en los términos y plazos establecidos en el artículo 552-4 CCCat, cuando se produce la enajenación a título oneroso de la cuota de cualquiera de los propietarios, salvo que en el título de constitución se hubiera pactado otra cosa.

Por último, en lo que se refiere a la extinción de la propiedad compartida, el artículo 556-11 CCCat relaciona las siguientes causas: a) La reunión en una sola titularidad de todas las cuotas de propiedad; b) la destrucción o pérdida del bien; c) el vencimiento del plazo de duración de la propiedad compartida; d) la falta de ejercicio de cualesquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto en contrario; e) la conversión en un régimen de comunidad ordinaria o especial; f) el acuerdo de ambos titulares; y g) la renuncia de cualquiera de los titulares, que comporta el acrecimiento a favor del otro. Y añade la norma que una vez extinguida por las causas a que se refieren las letras c y d, el bien afectado pasa a la situación de comunidad ordinaria indivisa.

1.2.2 *Ventajas e inconvenientes*

La principal ventaja que podemos destacar de este modo de tenencia es que permite a personas con ingresos modestos acceder a la propiedad de una vivienda, haciendo su adquisición más asequible ya que no se requiere una aportación tan grande como la que supone la compra de una vivienda completa. Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila[17] apuntan, entre las ventajas de esta figura, que el comprador, una vez ha adquirido la cuota de propiedad correspondiente, tiene el uso exclusivo del bien, a cambio de una renta de cuantía inferior a la que pagaría si tuviese que arrendarlo, en tanto que solamente paga renta por la cuota que retiene el vendedor. La propiedad material disfruta, además, de una estabilidad temporal mucho más larga que la que supone la tenencia en arrendamiento.

(17) Del Pozo Carrascosa, P.; Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E., 2023, p. 352.

Entre las desventajas se sitúa claramente a nuestro entender que el comprador es responsable de todos los costes de mantenimiento y reparación de la vivienda cuando aún no ha adquirido la totalidad de la misma y actúa como arrendatario de una cuota no adquirida de la propiedad formal, con lo que sale perdiendo si compara su situación con la tenencia en arrendamiento, en cuyo artículo 21 LAU se establece que tales gastos corresponden al arrendador (cuya figura equivalente sería, en este caso, el propietario formal). También supone una desventaja los importantes gastos y dispendios[18] que el propietario material ha de asumir desde el principio y durante el periodo de escalonamiento en la adquisición de propiedad material, si se comparan con la adquisición y mantenimiento de una tenencia en arrendamiento e incluso en propiedad plena.

1.3 **La denominada «propiedad temporal» (la *leasehold).***

1.3.1 *Régimen legal en el derecho catalán*

En términos generales podemos decir –reproduciendo prácticamente en su literalidad lo que al respecto indica el Preámbulo de la Ley 19/2015–: que, en la denominada propiedad temporal, el «propietario temporal» goza, durante el plazo fijado en el título de constitución, de un poder jurídico idéntico al del propietario «ordinario» de un bien, que le legitima para actuar como propietario único y exclusivo[19]. En contraposición se encuentra el «titular sucesivo», que lo es de un derecho de reversión, esto es, de un derecho a la recuperación de la propiedad cuando llegue el día final de la tenencia temporal. Este derecho de reversión, cuya naturaleza jurídica participaría de los *ius in re aliena*[20], está dotado de un contenido jurídico y económico del que el titular sucesivo puede disponer *inter vivos* y *mortis causa*, pero no permite ninguna clase de injerencia en el ejercicio de las facultades del propietario temporal. Una vez transcurrido

(18) Sobre este particular, véanse los interesantes comentarios de Rivas Nieto, E., 2017, pp. 453-491.

(19) La propiedad temporal en derecho catalán no es ningún derecho real limitado sobre propiedad ajena, similar al usufructo, sino que es propiedad (derecho pleno en algo propio), aunque especial al estar limitada en el tiempo –no más de 99 años–, si bien con unos perfiles propios distinguibles de figuras seculares parecidas, como la propiedad superficiaria o la del dominio útil en el censo enfitéutico. Véase al respecto Nasarre Aznar, S., 2017, p. 82.

(20) Según Molina Roig, E., 2017, pp. 168-169, el derecho de reversión tiene naturaleza real (como el derecho del fideicomisario a plazo en el derecho catalán), al existir una relación inmediata con la cosa, característica de los derechos reales. Se podría considerar un derecho real de adquisición que se diferencia del derecho real de opción *ex* artículo 568-1 ss. CCCat, en que el efecto adquisitivo es automático y *ope legis* y se produce por el transcurso del tiempo pactado.

el plazo fijado, el bien deviene propiedad plena del titular sucesivo –el originario o el o los que lo hubieran adquirido de este–, libre de cualquier carga o contrato que excedan del plazo establecido.

El plazo, que debe ser cierto y determinado y debe establecerse necesariamente, es el elemento de tipificación de esta propiedad. El plazo mínimo lo fija la ley en 10 años, para que el derecho tenga contenido patrimonial y marque una relación con cierta duración e importancia, así como para evitar confusiones con la duración de los arrendamientos urbanos. En cuanto al máximo, siguiendo la tradición jurídica catalana en materia de censos enfitéuticos y con el derecho de superficie, ha quedado establecido por ley en 99 años (art. 547-4.3 CCCat), un plazo suficientemente amplio para satisfacer las necesidades de los adquirentes y dar flexibilidad al mercado.

Al igual que en la propiedad compartida, la ley dispone que pueden ser objeto de propiedad temporal tanto los bienes inmuebles como los muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público (art. 547-2). Y también, al igual que en la propiedad compartida, la temporal puede adquirirse por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte, debiéndose hacer constar en cualquier caso en el título constitutivo el plazo de duración de la propiedad temporal.

En el título de adquisición de la propiedad temporal pueden establecerse múltiples y diversas previsiones. El artículo 547-5 CCCat recoge algunos pactos que, aun no siendo constitutivos de elementos esenciales de esta figura, tienen determinadas particularidades y/o utilidades que aconsejan su mención expresa y que no constituyen un *numerus clausus*[21]. Se refieren, entre otros, a la posibilidad de acordar el pago a plazos del precio de adquisición; o a la facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un plazo que, sumado al inicial, no exceda del máximo legal, o a la modulación del derecho de adquisición preferente del propietario temporal para el caso de transmisión onerosa del derecho del titular sucesivo, o al derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos.

En lo que concierne a las facultades del propietario temporal durante la vigencia de su derecho, el artículo 547-6 CCCat resalta que tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin otras limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo. Así, tiene plena libertad para enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro

(21) Nasarre Aznar, S., 2017, p. 152.

gravamen su derecho, con el límite del plazo fijado y sin necesidad de la intervención del titular sucesivo. Informa igualmente este precepto de que la propiedad temporal también puede transmitirse por causa de muerte, y de que, si el objeto de la propiedad temporal es un inmueble en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario temporal, no al titular sucesivo.

Entre las facultades del titular sucesivo destaca el artículo 547-7 CCCat que puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su derecho, así como disponer de él por causa de muerte, advirtiendo al respecto que los actos y contratos realizados por el propietario temporal que no los hubiera consentido y excedieran de la duración de la propiedad temporal, no le perjudican.

En cuanto a aspectos formales, la inscripción de la propiedad temporal tanto en el Registro de la Propiedad, si el bien sobre el que recae es inmueble, como en el Registro de Bienes Muebles, si el bien mueble en cuestión es identificable y tiene el carácter de duradero y no fungible[22], se considera, al igual que la propiedad compartida, que no tiene el carácter de constitutiva[23].

Finalmente, y en cuanto a la extinción del régimen, el artículo 547-9 CCCat dispone, además de por las causas generales de extinción de la propiedad, las dos causas siguientes: a) el vencimiento del plazo; y b) el deterioro del bien en un 50 % o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal, si este, una vez requerido por el titular sucesivo, no se ha hecho cargo de las obras de reparación o reconstrucción. La propia norma se encarga de recordar que los derechos reales que gravan la propiedad temporal, en caso de renuncia al derecho y de abandono de la posesión del bien o de cualquier otra causa de extinción voluntaria de la propiedad temporal, subsisten hasta que venza el plazo o se produzca el hecho o causa que comporte su extinción, siendo el efecto principal de ésta, que el titular sucesivo adquiere el dominio del bien, toma posesión de él por sí mismo y puede ejercer las acciones de protección de la propiedad y de la posesión que le correspondan.

---

(22) En caso de inscripción en el Registro de la Propiedad, se requerirá la forma de la escritura pública; mientras que para la inscripción en el Registro de Bienes Muebles solo será necesario la formalización de un contrato-modelo oficial aprobado por la DGRN o autorizado por entidades y agrupaciones profesionales, de financiación, venta a plazos y arrendamiento financiero (art. 10 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

(23) Así lo sostiene Simón Moreno, H., 2017, pp. 182-183, con cita a pie de p. y en el mismo sentido Del Pozo Carrascosa, P.; Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales,* y Puig i Ferriol, L., y Roca i Trias, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 380.

1.3.2 *Ventajas e inconvenientes*

Si nos centramos en la posición del comprador de la propiedad temporal –que, se supone, es la parte a la que la Ley 19/2015 quiere favorecer facilitando su acceso a la vivienda–, la ventaja más importante que se adivina reside en que la adquisición del derecho resulta económicamente más asequible que la adquisición de la plena propiedad y disfrutando de la misma utilidad (posesión material y jurídica) que la que comporta ésta.

De nuevo Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila[24] describen como ejemplo de utilidad práctica y aspecto ventajoso de esta figura el de «ciertos matrimonios con hijos que necesitan una vivienda relativamente grande mientras éstos viven en el domicilio familiar, pero que cuando los hijos se emancipen tendrían suficiente con un espacio más reducido; a este matrimonio le podría interesar adquirir no la propiedad plena de la vivienda, muy costosa, sino la propiedad temporal durante el plazo que se prevea que la necesitarán, por ejemplo veinticinco o treinta años, lo que supondrá un ahorro en el precio de adquisición».

Otra ventaja a considerar es la de la estabilidad en la tenencia de la vivienda, un mínimo de 10 años, sobre todo si la comparamos con los 5 años mínimos que previene la LAU para el arrendamiento de vivienda.

En cuanto a desventajas, destacamos el importante impacto económico que comporta la adquisición de la propiedad temporal en los órdenes fiscal, notarial y registral, sobre todo si lo comparamos con el que resultaría con la adquisición de una tenencia en régimen de arrendamiento por un mismo plazo que el previsto para la propiedad temporal.

2. EL DERECHO DE USUFRUCTO

El concepto legal de esta figura lo proporciona el artículo 467 CC, según el cual, por medio del derecho de usufructo se tiene derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia[25], a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa. Los derechos y las obligaciones de la persona que ostenta este poder, esto es, el usufructuario, serán los que determine el título de constitución del

(24) Del Pozo Carrascosa, P.; Vaquer Aloy, A.,y Bosch Capdevila, E., 2023, pp. 163-164.

(25) Conceptos éstos harto imprecisos que vienen a significar que no se pueden alterar los caracteres esenciales del bien. La idea es que el usufructuario, al finalizar por cualquier causa su derecho y salvo previsión diferente, debe restituir al propietario el mismo bien, con las características esenciales que éste tenía al constituirse el usufructo, en la medida de lo posible.

usufructo, y en su defecto, o por insuficiencia de éste, se estará al resto de disposiciones del CC.

El usufructo se constituye, según dispone el artículo 468 CC, por ley, por voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos* o *mortis causa* (por transmisión o reserva), o por vía judicial. También puede adquirirse por usucapión. Igualmente, puede llegar a constituirse de manera forzosa por la Administración pública[26]. Puede constituirse en todo o parte de los bienes de una persona, sobre uno o más bienes determinados[27] o sobre la totalidad o una parte de sus utilidades. También sobre un derecho siempre que éste tenga carácter personalísimo o intransmisible. El usufructo puede constituirse a favor de una o varias personas, de manera simultánea o sucesiva. El constituido a favor de una persona física tiene carácter vitalicio, a no ser que el título constitutivo establezca otra cosa. El constituido a favor de diversas personas vivas al tiempo de su constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere; el constituido a favor de una persona jurídica tiene la duración que se establezca en el título constitutivo, sin que pueda exceder de treinta años, y si no se hubiera fijado plazo, se presume por treinta años.

En lo que concierne a aspectos formales, la constitución de un derecho de usufructo no está sujeta a ninguna regla formal *ad solemnitatem*, pudiéndose constituir verbalmente, en documento privado o mediante documento público, si bien, para la validez de la donación de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble será necesario en tal caso el otorgamiento en escritura pública al exigirlo la ley por el objeto y la naturaleza del acto que lo constituye (art. 633 CC).

Antes de analizar los derechos y obligaciones de la persona usufructuaria, nos detendremos en unas breves consideraciones de orden tributario, que no resultan baladí a la hora de valorar la conveniencia o no de

(26) Del Pozo Carrascosa, P.; Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E., 2023, p. 392, refieren como supuesto de constitución forzosa por parte de la Administración el contemplado en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, en el cual se establece que «la Administración puede acordar la expropiación temporal, por un plazo mínimo de cuatro años y máximo de diez años, del usufructo de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, que estén desocupadas por causa de falta de las condiciones y de los requisitos de habitabilidad, y que estén situados en municipios considerados áreas de demanda residencia fuerte y acreditada […]». Sorprendentemente, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no contiene ninguna referencia a la posibilidad de constituir forzosamente por la Administración competente el usufructo de una vivienda.

(27) El hecho de que el CC no establezca ninguna clase de restricción y que el artículo 467 CC haga referencia a la obligación de conservar la forma y sustancia del bien ajeno, permite sostener que serán objeto idóneo de usufructo aquellos que sean fructíferos o que puedan ser utilizados directamente por su titular sin que se consuman y alteren con ello su forma y substancia, como los bienes inmuebles y, en particular, la vivienda. Pero ello no excluye que el usufructo pueda recaer en otra clase de bienes.

constituir este derecho. Las implicaciones fiscales dependerán según se trate de una constitución por título oneroso (quien adquiere el derecho lo hace a cambio de pagar un precio por él), en cuyo caso la constitución estaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) en la modalidad de transmisiones onerosas, o bien se constituye por título gratuito (sin contraprestación económica, como en el caso de una donación o herencia), en cuyo caso la constitución estaría sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), con lo que ya aventuramos como principal desventaja de esta figura la importante repercusión fiscal de su constitución.

2.1 **Derechos y obligaciones del usufructuario**

En líneas generales, los derechos del usufructuario se pueden clasificar en cuatro categorías:

1) El derecho de disfrute de la cosa o bien (el *ius fruendi*): El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos (naturales, industriales y civiles) de los bienes usufructuados. Si hubiere arrendado el inmueble dado en usufructo y éste finalizara antes de terminar el arrendamiento, solo tendrán derecho a percibir él o sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario.

2) El derecho a mejorar el bien usufructuado: El usufructuario puede hacer en el objeto de usufructo cuantas mejoras útiles o de recreo tuviere por conveniente, siempre que con ello no altere la forma ni la sustancia del bien –*salva rerum substantia*–. Es importante destacar respecto a las mejoras que realice, que no por ello tendrá derecho a percibir algún tipo de indemnización al finalizar el usufructo. Si fuere posible retirar la mejora sin detrimento del bien usufructuado (por ejemplo, el desmantelamiento del aire acondicionado que instaló en la vivienda), podrá hacerlo en cualquier momento y mantenerla de su propiedad. Lo único que podrá hacer el usufructuario en relación con las mejoras que no pueda retirar es la de poder compensar su valor con los desperfectos del bien usufructuado, salvo que en el título constitutivo se indicara otra cosa.

3) El derecho a ser respetado en su derecho de usufructo: El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible el inmueble usufructuado, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario.

4) La facultad de disposición sobre el usufructo: El usufructuario puede usar y aprovechar por sí mismo el bien usufructuado, arrendarlo a otro, e incluso enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título

gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo[28], salvo cuando el contrato se refiera al arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.

En cuanto a obligaciones del usufructuario en general, las podemos sintetizar en anteriores, simultáneas y posteriores a la constitución del derecho de usufructo:

A) Se refieren a las «anteriores al disfrute» los artículos 491 a 496 CC, entre las que destacamos la de formar inventario de los bienes que se van a usufructuar, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, salvo que se estuviere dispensado de hacerlo; y la de prestar fianza suficiente para cubrir los daños en el bien usufructuado al finalizar el usufructo, también salvo que hubiera sido dispensado de ello.

B) Obligaciones simultáneas al disfrute, entre las cuales resaltamos:

– Las referidas a la guarda y conservación del bien: i) Cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia[29]; ii) en caso de que el usufructuario enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya; y iii) poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responder, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa.

– Las referidas a reparaciones de la cosa: la de llevar a cabo las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, considerándose como ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y resulten indispensables para su conservación. Si no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario[30].

---

(28) El artículo 13.2 LAU reitera esta regla del CC, al indicar que: «Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley».

(29) La interpretación más moderna del concepto de un buen padre de familia exige equipararlo con el de una persona razonable que actúa conforme a las reglas de una buena administración.

(30) Las reparaciones extraordinarias son, en cambio, de cuenta del propietario, debiendo no obstante el usufructuario darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas. En tal caso, el propietario tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Las obras extraordinarias que no hiciera el propietario pese a ser indispensables para la subsistencia del bien, podrá hacerlas el usufructuario con derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese el bien por efecto de las obras.

– Las referidas a contribuciones y cargas[31]: Los artículos 504 y 505 CC establecen que el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos son de cuenta del usufructuario todo el tiempo que dure el usufructo; mientras que las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario[32]. Son asimismo a cargo del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo.

C) Obligaciones al finalizar el usufructo: Según dispone el artículo 522 CC, el usufructuario debe entregar al propietario el bien usufructuado, salvo el derecho de retención que compete a éste o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados.

2.2 **El derecho real de habitación**

Señala con agudeza Fernandez Campos (33) sobre la utilidad de este derecho que «ante la incesante ola de intervencionismo legislativo en la regulación del contrato de arrendamiento de viviendas, podrían algunos ciudadanos (dentro de su legítimo derecho a regular sus relaciones sociales y económicas en el marco de la legalidad vigente acudiendo a las instituciones que mejor se acomoden a sus necesidades e intereses), articular el uso ajeno temporal de alguna vivienda de su propiedad a través de la constitución onerosa de un derecho de habitación por el tiempo que ambas partes estimen conveniente y a cambio del canon que ambos consideren apropiado, rigiéndose dicha cesión por lo dispuesto en el título constitutivo y, en su defecto, por las disposiciones contenidas en los artículos 523 a 529 CC».

El derecho real de habitación, cuyo régimen legal se encuentra contenido en los artículos 523 a 529 CC[34], se equipara al derecho de usufructo

(31) Los términos contribuciones y cargas no son sinónimos. La contribución alude a una obligación específica de naturaleza tributaria (por ejemplo, un impuesto), mientras que se ha de considerar carga a toda prestación que deba realizarse por razón de la cosa y suponga la existencia de una obligación *propter rem* (por ejemplo, las pensiones de los censos a que está sometida la finca dada en usufructo).

(32) El IBI es un tributo que grava el capital (valor catastral), por lo que según el artículo 504 CC su pago debería corresponder al nudo propietario. No obstante, el artículo 61.2 del TRLRHL establece que la obligación de abonarlo corresponde al usufructuario como sujeto pasivo que es en caso de usufructo.

(33) Fernandez Campos, J. A., 2023, p. 15.

(34) Algunas legislaciones civiles autonómicas españolas tienen también configurado este derecho, como el CCCat en los artículos 562-1 ss., o la Ley de Derecho Civil de las Islas Baleares, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, en su artículo 54 al regular la modalidad denominada *estatge*.

al serle aplicables las disposiciones establecidas para este derecho en el CC. El artículo 524 CC dispone que la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Se trata de un verdadero derecho real de uso de carácter personal que recae sobre un inmueble ajeno y que está limitado en cuanto a su extensión a las necesidades de su titular y de los miembros de su familia, pero presenta dos particularidades esenciales que le confieren una virtualidad jurídica propia: la temporalidad del uso y su régimen jurídico, las cuales atienden, en primer lugar, a lo que al respecto se hubiera dispuesto en el título constitutivo, teniendo, por tanto, un carácter dispositivo.

La extensión del derecho de habitación más allá de la escueta regulación del CC y de la regulación supletoria del usufructo vendrá determinada, en principio, por lo dispuesto en su título constitutivo (art. 523 CC). Únicamente resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 524 y siguientes del CC en defecto de título constitutivo o ante la ausencia en el mismo de previsión al respecto. En el título constitutivo pueden establecerse, por tanto, cuantos pactos, cláusulas, estipulaciones y condiciones se estimen convenientes, siempre y cuando no se altere con ello la esencia del derecho real de habitación, de suerte que por esta vía podrían modificarse los elementos accidentales, pero nunca los esenciales, es decir, los que constituyen su naturaleza e índole propios. Como señala Fernández Campos (35), «el propio legislador del Código Civil español permite que las partes puedan lícitamente configurar de modo diferente un derecho real limitado que concede ocupar en una casa ajena las piezas o dependencias necesarias para el alojamiento del titular del derecho y de su familia, y que ese derecho sigue siendo un derecho de habitación aunque el título de su constitución lo haya creado con una duración determinada, no vitalicio, o sometido a una condición resolutoria (por ejemplo, necesidad del propietario), o permita a su titular, el habitacionista, arrendar o ceder su derecho a otro u otros, o haya previsto la satisfacción de una contraprestación inicial por la constitución del derecho o de un canon periódico durante la duración del mismo».

El derecho de habitación es, en resumen, un derecho real inmobiliario (36), que permite a su titular y a las personas de su familia vivir, usar y residir en una vivienda, bien sea en su totalidad o en alguna de las dependencias o anexos de la misma, siendo, además, un derecho en el que las partes pueden acordar válidamente, al igual que con el derecho de

(35) Fernandez Campos, J. A., 2023, p. 14.

(36) E aquí la principal diferencia con el derecho de uso *ex* artículo 524 CC, el cual puede recaer tanto sobre un bien mueble como un inmueble, mientras que el de habitación únicamente sobre estos últimos.

usufructo y al amparo de la autonomía de la voluntad, condiciones tales como quién se hace cargo del Impuesto de Bienes Inmuebles y/o de los gastos de comunidad de la vivienda, o qué obras de conservación y mantenimiento serán de cargo del habitacionista y cuáles del propietario de la vivienda. Cuando su constitución es onerosa (a cambio de una contraprestación, de un solo pago o de forma periódica durante su duración, susceptible de actualización según el IPC, por ejemplo), tiene la ventaja con respecto al derecho de usufructo de su menor repercusión o impacto fiscal a la hora de constituirlo [37].

2.3 **Ventajas e inconvenientes**

En la relación de este derecho con la vivienda, al entender de este autor tanto el usufructo como el derecho de habitación presentan importantes ventajas para el usufructuario o el habitacionista, en lo que concierne a la estabilidad y ductilidad temporal que de ordinario ofrecen en la tenencia posesoria de la vivienda. El derecho de habitación se puede configurar por pacto no solo sobre una estancia o habitación de una vivienda, sino sobre toda ella, y en cuanto a la duración del derecho, el mismo régimen que el establecido para el usufructo, pudiendo llegar a ser vitalicio. Para el propietario del inmueble, estos derechos suponen una alternativa la incesante ola de intervencionismo legislativo que se cierne en la regulación de los arrendamientos de vivienda y que comportan importantes restricciones a la libertad de contratación y al mismo derecho de propiedad.

La principal desventaja ya la hemos apuntado más arriba: el importante impacto fiscal, básicamente en ITP y en función de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre la vivienda, que el adquirente de cualquiera de estos derechos va a tener que soportar para hacerse con ellos, sobre todo si se compara con la adquisición de un derecho de arrendamiento durante el mismo periodo de tiempo, fiscalmente mucho menos onerosa (en la actualidad, exenta). Otra desventaja a destacar es el poco

(37) El tipo impositivo del ITP varía según la Comunidad Autónoma en la que esté situado el inmueble, y puede alcanzar, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, entre un 6% y un 10% (actualmente en Cataluña), siendo la cuota tributaria equivalente a aplicar el tipo impositivo correspondiente al valor del derecho de habitación, cuyo cálculo se obtiene aplicando sobre el 75% del valor del inmueble, un 2% por cada año de duración del derecho y sin exceder del 70%. Por ejemplo, la cuota tributaria resultante para la constitución de un derecho de habitación durante cinco años sobre una vivienda en la ciudad de Barcelona con un valor de referencia de 300.000€, sería de 2.250€. La cuota por un usufructo temporal de cinco años sería de 3.000€.

atractivo y aliciente que estas figuras representan como activo patrimonial en el que los particulares decidan residenciar sus ahorros pues, al tener los derechos un carácter temporal, cada día que transcurre de vigencia de los mismos ven reducido su valor y contenido económico si los comparamos con la adquisición y tenencia en propiedad.

3. EL DERECHO DE SUPERFICIE

3.1 **Régimen legal**

El derecho de superficie se configura como un derecho real sobre finca ajena, que atribuye temporalmente a su titular la propiedad separada de las construcciones (una vivienda, por ejemplo) o de las plantaciones que estén incluidas en la misma, y que, una vez finalizada la duración del derecho, la propiedad de lo construido (de la vivienda, para seguir con el ejemplo) o plantado, revierte o pasa a favor del propietario de la finca ajena. Es decir, con el derecho de superficie se mantiene una separación inicial entre la propiedad de lo construido o plantado y la propiedad preexistente del terreno, solar o suelo en que aquélla se asienta, pero esto se mantendrá así solo de forma temporal porque al final del derecho, la propiedad del todo (suelo y construcción) pasa a ser del propietario preexistente.

Según la opinión más extendida y tomando como referencia las regulaciones de los dos únicos cuerpos legales civiles que actualmente lo definen, a saber, el Código civil de Cataluña en su libro quinto (arts. 564-1 a 564-6) y la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Leyes 430 a 434), se considera el de superficie como un derecho real limitado recayente sobre una finca ajena, que atribuye temporalmente a su titular –llamado superficiario– la facultad de edificar, en su variedad urbana, o plantar, en su variedad rústica, haciéndose dueño de la edificación o plantación mientras esté vigente el derecho, manteniéndose durante este tiempo la separación entre la propiedad de lo que se construye o planta y la del suelo en que se efectúa la construcción o plantación (pudiendo tal derecho referirse también, en su caso, a una edificación subterránea). Tal disociación dominical cesará al alcanzarse el plazo de duración por el que se constituyó el derecho de superficie.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la opinión doctrinal más extendida es que se trata de un derecho real limitado, de goce, en cosa ajena, con sustantividad propia, siendo característica esencial del derecho su temporalidad, con un tope máximo de duración de 99 años.

Se caracteriza también por dar lugar a la denominada «propiedad superficiaria», que comporta para su titular, el superficiario, todas las facultades típicas del dominio (usar, disfrutar, disponer, hipotecar, excluir, reivindicar, etc.), sin perjuicio de que esta modalidad de propiedad o dominio quede resuelta al finalizar la duración del derecho, momento en el cual, salvo pacto en contrario, el propietario del suelo recupera la libertad del mismo y hace suyo lo que sobre o bajo éste se hubiera construido o plantado.

El derecho de superficie se constituye habitualmente por negocio jurídico contractual, pero también es posible mediante donación o sucesión hereditaria voluntaria, por tanto, por causa onerosa o gratuita. No se admite como modo adquisitivo la usucapión.

En cuanto a la forma de constitución, el debate sobre la exigencia o no de la escritura pública y el valor declarativo o constitutivo de la inscripción registral para el nacimiento del derecho dependerá en buena parte del marco legal –civil o urbanístico– que se adopte como referencia del derecho. Así, según la legislación urbanística de general aplicación y de ámbito estatal vigente[38], la inscripción en el Registro de la Propiedad parece presuponer claramente una exigencia constitutiva para el nacimiento del derecho, aunque no existe una opinión unánime al respecto. La regulación civil es más ambigua sobre este particular ya que la única referencia sobre el derecho de superficie y en especial sobre la exigencia o no para su válida constitución de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la encontramos en el artículo 16.1 RH al indicar que para su «eficaz constitución», el derecho deberá inscribirse a favor del superficiario. Nótese que lo indica una norma de carácter reglamentario como es el RH, que al afectar a cuestiones que versan sobre la definición del derecho de propiedad no es dado regularlo por vía reglamentaria dada la tradicional reserva de ley en esta materia. Además, la alocución «eficaz constitución» que emplea el artículo 16.1 RH, no es la misma que la de «quede válidamente constituido» que emplea el artículo 53.2 TRLSRU respecto del derecho de superficie; aquella hace referencia a la eficacia y ésta a la validez.

En cuanto al sistema de fuentes, los textos legales que aluden al derecho de superficie y de manera dispersa y no sistemática son el CC, la LH y el RH, las legislaciones forales existentes en Cataluña y Navarra, la legislación urbanística y, por último, determinadas normas legales sobre la propiedad rústica. No obstante, la primera fuente a la que en la práctica se acude en la conformación del derecho es la que contemplan los

(38) Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, artículo 53.2 acerca de la constitución del derecho de superficie, dice: «Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad».

artículos 53 y 54 del Capítulo III sobre el derecho de superficie, del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (RDleg. 7/2015, de 30 octubre), destacando de su contenido, además de lo hasta ahora indicado, las siguientes notas: a) Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años; b) el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea éste público o privado; c) puede constituirse a título oneroso o gratuito; d) es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo, y cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo; e) en la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo; f) el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho; g) a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho; y h) la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

En definitiva y para concluir, el derecho de superficie en el ámbito de la vivienda no es más que otra figura jurídica de carácter real que permite a su titular, el propietario superficiario, no solo construir una vivienda en terreno y suelo ajeno, sino también a ser propietario de ella (propiedad superficiaria) a cambio de un precio o canon (cuando la constitución es onerosa) y por un tiempo determinado (no más de 99 años), con todos los derechos inherentes a la propiedad plena, lo que lo asemeja a la *leasehold* o «propiedad temporal» catalana que hemos analizado más arriba. La temporalidad comporta que, una vez finalizado el plazo establecido, el superficiario debe devolver no solo el terreno al propietario del mismo, sino también y en una buena mayoría de casos, la propiedad de la vivienda edificada sobre el terreno.

3.2 **Ventajas e inconvenientes.**

Como ventajas de esta figura podemos destacar, al igual que indicamos al tratar sobre la propiedad temporal y la compartida, que el acceso a la vivienda resulta ser notablemente más económico que en la compra de la propiedad plena. El superficiario no necesita comprar el terreno, lo que reduce significativamente el coste de acceso a la propiedad, cuyo objeto se limita únicamente a lo construido o edificado, con lo que puede ser especialmente beneficioso para el propietario superficiario en áreas donde el precio del suelo es elevado. Como consecuencia de ello, el derecho de superficie constituye una figura inmobiliaria que facilita el desarrollo de viviendas asequibles, especialmente por parte de las administraciones públicas, que ceden suelo público para que se construya en derecho de superficie y en régimen de viviendas de protección oficial o viviendas asequibles, lo que en principio favorece al adquirente de menor capacidad económica.

Otra ventaja, en este caso para ambas partes, propietario del suelo y propietario superficiario, representa el hecho de que el primero mantiene el suelo en su propiedad, no se deshace ni desprende de él, y normalmente recibe un canon, precio o renta a cambio de la cesión del derecho de superficie, cuyo titular, al mismo tiempo, puede disfrutar de la vivienda o de lo edificado durante un periodo de tiempo normalmente prolongado.

En cuanto a inconvenientes, hay que destacar principalmente la duración limitada de la propiedad superficiaria. Pues, aunque los plazos suelen ser largos (hasta un máximo de 99 años), una vez expirado el plazo se extingue esta peculiar forma de propiedad y con ello el derecho de uso y disfrute de la vivienda superficiaria. Aunque sea el de superficie un derecho real transmisible entre vivos, desde el minuto uno de la adquisición el valor de la propiedad superficiaria de la vivienda va disminuyendo a medida que se aproxima el plazo de finalización del derecho, con lo que el valor de la vivienda disminuye y se deprecia la inversión, con lo que es posible que resulte más difícil venderla o tener dificultades de financiación, ya que el comprador o la entidad financiera pueden considerar el riesgo que comporta esta circunstancia y mostrarse más reacios a comprar o a conceder préstamos con garantía hipotecaria.

BIBLIOGRAFÍA

a) *Libros:*

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Vol. I. Parte general y derecho de propiedad,* Librería Bosch, Barcelona, 1983.

Del Pozo Carrascosa, P., Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión,* Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1995.

Espinet Asensio, J. M.ª, «Derechos de superficie, vuelo y subsuelo», en *Tratado práctico del Derecho de la Construcción* (Coords. Echeverría Summers, F. M., Espinet Asensio, J. M.ª), Atelier, Barcelona, 2023.

Fernandez Campos, J. A., *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda,* Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 2023.

Molina Roig, E., «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-7)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 165-179.

Nasarre Aznar, S., «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-1)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 79-89.

Rivas Nieto, E., «La fiscalidad de las tenencias intermedias», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 449-491.

Simón Moreno, H., «Comentarios a la propiedad compartida (art. 556-5)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 269-272.

— «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-8)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 181-189.

b) *Revistas*

García Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, pp. 183-223.

Izquierdo Grau, G., «Las facultades dominicales de los propietarios material y formal en la propiedad compartida», *InDret* 1/2019 *(Revista para el Análisis del Derecho), www.indret.com.*

— «Estudio de la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 772*,* 2019, pp. 719-760.

Vendrell Ferrer, E., «L'accés a l'habitatge digne: un dret humà fonamental», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1-2024, pp. 81-119.

D. ¿Nuevas formas de tenencia y alojamiento? «Cohousing, coliving»

Ángel Juárez Torrejón
Universidad Carlos III de Madrid
ajuarez@der-pr.uc3m.es

Resumen: *La nueva realidad social, económica y demográfica de nuestro país, ha llevado a la aparición de modelos de convivencia que suponen una importante novedad, en comparación con las formas tradicionales de tenencia de la vivienda (concretamente, la propiedad y el arrendamiento). Son las llamadas «viviendas colaborativas», o modelos coliving o cohousing, cuya característica principal es que, al aspecto privado de la vivienda, se le superpone un aspecto colectivo y colaborativo mutuo que vertebra y da razón al modelo convivencial, y que supone derechos y obligaciones para los partícipes del modelo.*

Los modelos coliving-cohousing son modelos fácticos, y no describen una figura jurídica definida. El reto del jurista en este punto es encontrar las figuras más apropiadas para articular estos modelos de convivencia, respetando los fundamentos colaborativos que subyacen en ellos, analizando los pros y contras de las distintas opciones.

Palabras clave: *Coliving. Cohousing. Senior cohousing. Vivienda colaborativa. Sociedad cooperativa.*

Abstract: *The new social, economic and demographic reality of our country has implied the emergence of living models that represent an important novelty, considering specifically the property and renting as traditional models. That new living models are the so-called «collaborative housing», or coliving or cohousing models, whose main characteristic is that, on the private aspect of the home, a collective and mutual collaborative aspect is added to those structures and gives the reason to the model, and that assumes rights and obligations for the participants of the model.*

The coliving-cohousing models are factual models, and do not describe a legal figure. The aim for the jurist at this point is to find the most appropriate figures to articulate these models of coexistence, respecting the collaborative basis that underlie them, analyzing the pros and cons of the different options.

Keywords: *Coliving. Cohousing. Collaborative housing. Cooperative.*

Sumario: 1. Aproximación a los conceptos *coliving* y *cohousing*. 2. Vivienda colaborativa, *coliving* y *cohousing*. Aclaración terminológica. 3. Las causas de irrupción de los modelos *coliving*-cohousing. Una aproximación sociológica. 3.1 Envejecimiento poblacional. Aproximación a la idea de «envejecimiento activo». 3.2 Los problemas del segmento poblacional adulto más joven para acceder a la vivienda. 4. El papel del Derecho Privado ante la irrupción de estos nuevos modelos convivenciales colaborativos. 5. Análisis jurídico concreto del modelo *coliving-cohousing*. 5.1 El aspecto inmobiliario arquitectónico en el modelo *coliving-cohousing*. 5.2 El aspecto *funcional o dinámico* del modelo *coliving-cohousing* superpuesto al inmobiliario. 5.2.1 La figura de la sociedad cooperativa, en general. 5.2.2 La figura de la sociedad cooperativa de viviendas, en particular. 5.2.2.1 Atribución en régimen de propiedad. 5.2.2.2 Atribución en régimen de usufructo. 5.2.2.3 Atribución en régimen de habitación. 5.2.2.4 Atribución en régimen de arrendamiento. 5.2.2.5 Atribución en régimen de «derecho societario». Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS *COLIVING Y COHOUSING*

Con las expresiones anglosajonas *coliving* y *cohousing* no se designa ninguna categoría ni ninguna figura jurídica, sino una realidad social, en relación con la cual se espera que el Derecho pueda dar la adecuada cobertura y soporte. Incluso en un sentido literal, ambas expresiones (que

quizá podríamos traducir como cohabitación / hogar o alojamiento colectivo) no resultan suficientemente expresivas para describir su significado más profundo, que solo puede comprenderse desde unos fundamentos sociológicos y demográficos que conviene tener muy presentes.

Cuando se habla de *coliving* o de *cohousing*, se está hablando de un modelo *convivencial colaborativo*, cuya característica principal es que, a la tradicional idea de vivienda privada particular, se *superpone* un aspecto *colectivo colaborativo común* entre todos los titulares de la viviendas (titulares que, como veremos, no tienen necesariamente que ser *propietarios* de las mismas) que no se reduce el uso y disfrute de la vivienda privada (como sucedería en el régimen tradicional de la propiedad horizontal), sino que va mucho más allá, haciendo que la vida *en* comunidad sea el eje vertebrador del modelo de vida al que el titular libremente se adhiere y en el que libremente permanece. Esto, como hemos señalado, no se hace negando el imprescindible aspecto privado e íntimo de la vivienda particular; pero en estos modelos convivenciales este aspecto deja de ser el *primordial*, pues lo que a aquellos le da sentido y unidad, y justifica su constitución y continuidad como modelo en su totalidad, es el aspecto colectivo o común.

Desde un punto de vista jurídico, estos modelos no exigen, ni responden, a una concreta estructura jurídica. En líneas generales, descriptivamente son fenómenos *fácticos*, a los que debe buscarse un adecuado soporte jurídico que lo permita. Como ha señalado Cátedra, «lo más importante de un *cohousing* es el grupo, una comunidad cohesionada, colaborativa y con vínculos y no tanto la forma jurídica que tome el grupo o el propio edificio» (1). La búsqueda del régimen jurídico más apropiado para articularlo es uno de los objetivos de estudio, para lo que hay que tener muy presente que la posición del titular de una vivienda integrada en estos modelos convivenciales no queda definida solo por el conjunto de derechos y obligaciones inherentes al título por el cual le corresponde dicha vivienda (propiedad, arrendamiento, habitación, usufructo, etc.), sino que a esa posición jurídica básica *se le ha de añadir* un conjunto de derechos y obligaciones a través de las cuales (y en tanto lo permita el régimen jurídico del título por el cual se ha atribuido de manera particular el derecho sobre la vivienda) se consigue la implicación de todos y cada uno de los titulares en el aspecto colectivo-colaborativo que vertebra estos modelos de convivencia.

El análisis jurídico de estos modelos convivenciales resulta complejo, porque el estudio crítico de las instituciones que permitan su vertebración exige considerar simultáneamente, por un lado, cuál es el título atributivo

(1) Cátedra, M., 2023, p. 212.

más apropiado de la vivienda, y por otro lado, cuál es el mecanismo más apropiado para superponer a aquél el conjunto de derechos y obligaciones que exigen estos modelos, sin desnaturalizar ni uno ni otro. El análisis de ambos aspectos se realizará en las páginas siguientes.

2. VIVIENDA COLABORATIVA, *COLIVING Y COHOUSING*. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA

Como hemos adelantado, con los términos *coliving* y *cohousing* no se describe ninguna figura jurídica, sino una realidad sociológica, que consiste en un modelo de convivencia en el que se coordina el aspecto individual con el colectivo y comunitario o colaborativo entre los partícipes de tal modelo. Esa colaboración mutua resulta imprescindible para la consecución de un *fin*, el cual le da sentido en el momento de su constitución, y en torno al que se estructura (ha de estructurarse) su permanencia en el tiempo.

En este sentido, el modelo convivencial *coliving-cohousing* es una especie de una categoría mayor que se empieza a conocer con la expresión «vivienda colaborativa», o también con la menos usada pero igualmente plástica «comunidad intencional». Lo que caracteriza a la vivienda colaborativa es el compromiso adquirido por todos sus partícipes en colaborar y participar en la consecución de un objetivo o intención que puede ser muy variado, aunque generalmente se le asignan valores socialmente positivos (facilitar el acceso a la vivienda, ayuda mutua, reducir el impacto medioambiental, evitar la soledad, etc.). En cualquier caso, es objetivo intencional común en torno al que se organizan estos modelos convivenciales no responden a un modelo empresarial mercantil: son comunidades que se caracterizan por la autogestión y la colaboración interna entre sus partícipes, carecen de ánimo de lucro[2], no están orientadas a actuar en el tráfico con terceros y en este sentido no precisan en sentido riguroso de personalidad jurídica propia (aunque lógicamente ello no impide que de manera auxiliar actuar en el tráfico para obtener bienes o servicios para la mejor consecución de sus objetivos), y en lo que a este estudio interesa, junto con esta intención o finalidad que vertebra el modelo colaborativo, coexiste la de procurar una vivienda a sus partícipes: ambas finalidades carecen de sentido la una sin la otra en estos modelos.

Desde un punto de vista terminológico, a partir de aquí la cuestión se complica, pues la práctica ha acuñado expresiones (mayoritariamente de

(2) Ha señalado Martínez Martínez como característica de la vivienda colaborativa, el que ésta «no genera recursos económicos por sí misma» (Martínez Martínez, N., 2021, p. 332).

origen anglosajón) que pretenden ser descriptoras de modelos convivenciales colaborativos a los que ya se incorpora un contenido sustantivo material derivado de la intención concreta para la que surgen. Así, comienza a hablarse también de modelos *coworking* (en el que el aspecto colaborativo gira en torno a procurar espacios de trabajo), de *ecovillages* (en el que ese aspecto colaborativo está orientado a la sostenibilidad medioambiental), y desde luego, las ya vistas expresiones *coliving* y *cohousing*, cuyos contornos no parecen muy claros entre los que han estudiado la materia[3]. Ello pudiera deberse a que «el término *cohousing* se utiliza muy a menudo de manera estratégicamente ambigua o difusa para canalizar proyectos económicos, políticos y sociales muy diversos»[4].

Sea como fuere, y para no complicar en exceso esta exposición, nosotros vamos a utilizar como sinónimos los términos *coliving*, *cohousing* (que para mayor claridad emplearemos de manera conjunta) y vivienda colaborativa.

3. LAS CAUSAS DE IRRUPCIÓN DE LOS MODELOS *COLIVING-COHOUSING*. UNA APROXIMACIÓN SOCIOLÓGICA

Como hemos apuntado *supra*, el modelo convivencial objeto de este estudio irrumpe como fenómeno impulsado por una realidad social y demográfica sobre la que debemos detenernos, respecto de la cual los modelos *coliving-cohousing* no son otra cosa que una de las posibles adaptaciones naturales.

Hemos visto también que las viviendas colaborativas, como *estructuras*, pueden ponerse al servicio de distintos fines, con tal de que el aspecto convivencial colaborativo y participativo no empresarial pueda resultar de utilidad. Pues bien, del abanico de posibles fines a los que el modelo en estudio puede ponerse a su servicio, en este estudio vamos a centrarnos en únicamente *dos* de ellos, que son lo que en términos de política de vivienda más preocupa a las Administraciones competentes, y en la práctica

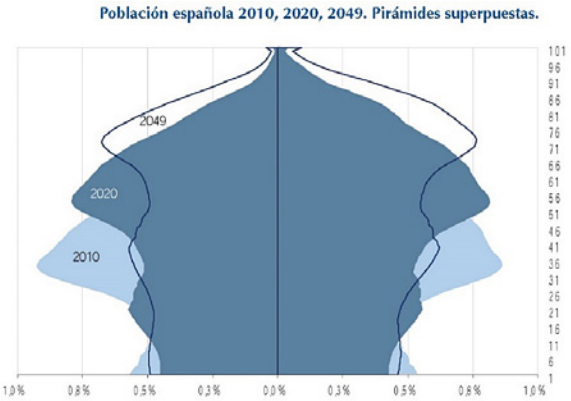
(3) En este sentido, en ocasiones se utilizan las expresiones *coliving* y *cohousing* como sinónimas; en otras, los sinónimos son *cohousing* y vivienda colaborativa; en otros trabajos, se propone reservar la expresión *coliving* a viviendas con finalidad turística frente al término *cohousing* [así, Ribas Boned, M. A., y Sajardio Moreno, A., 2023, p. 917]; finalmente, en otros trabajos se ha propuesto diferenciar *coliving* y *cohousing* atendido a la franja de edad poblacional de los titulares de las viviendas [así, Ramón Fernández parece proponer el uso del concepto *coliving* para las franjas de edad más jóvenes, dejando el empleo del término *cohousing*, o *senior cohousing* para los segmentos poblacionales de edades más avanzadas –ver Ramón Fernández, F., 2024, especialmente p. 27-35].

(4) Cátedra, M., 2023, p. 217.

son las razones principales de su irrupción en nuestra sociedad[5], a saber: 1) el envejecimiento poblacional, y 2) el acceso a la vivienda de los segmentos poblacionales adultos más jóvenes.

3.1 **Envejecimiento poblacional. Aproximación a la idea de «envejecimiento activo»**

A lo que ahora nos interesa, podemos identificar con relativa claridad tres elementos que describen la realidad, y con seguridad la futura tendencia, del desarrollo demográfico español: 1) un aumento de la esperanza de vida, que implica por tanto una mayor longevidad; 2) un descenso muy acusado de la natalidad; y 3) finalmente un elemento que en la actualidad parece compensar en cierto grado los dos anteriores, que es la alta tasa de inmigración de personas jóvenes o en edad de trabajar. Resumidamente, podemos decir que la conjunción de estos factores está produciendo que, lo que conocemos como «pirámide poblacional» tienda a invertirse, y en la actualidad, como paso intermedio a esa inversión, empiece a parecer más bien a un «pilar» que, *de momento* parece sostenerse en el tiempo debido a los flujos migratorios[6].



Fuente: *Envejecimiento activo. Libro Blanco* (p. 46).

(5) Coincidimos en este punto con las ideas expuestas por Ribas Boned, M. A., y Sajardio Moreno, A., 2023, p. 915-916 y 927.

(6) Subrayamos *de momento*, porque tal y como se ha puesto de manifiesto en el documento *España 2050: fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, elaborado por el Ministerio de la Presidencia en el año 2021, los flujos migratorios pueden mitigar este desafío demográfico en el corto y medio plazo, pero no en el largo plazo, pues la población inmigrante también envejecerá y las generaciones posteriores tenderán a adaptar sus patrones de fecundidad a los nuestros –p. 220-221–.

En España hay menos nacimientos; pero se vive más, y a lo que ahora nos interesa, se vive con más calidad en la vejez. Esa *mayor y mejor* longevidad se consideran «años obtenidos a la vejez», que en palabras del documento *Envejecimiento activo. Libro Blanco*, «ha permitido extender el horizonte cronológico de las personas, concebir la muerte como evento alejado en el tiempo, lo que facilita la planificación individual del curso de vida y los proyectos a largo plazo»[(7)]; y lo que quizá sea más importante a nuestro objeto: supone que los estereotipos asociados a la vejez (improductividad, aislamiento, dependencia) queden por completo obsoletos[(8)].

Todo lo anterior nos sitúa en un escenario en el que algunos estudios asumen que en el año 2050, una de cada tres personas tendrá en España 65 años o más; pero en líneas generales, y aunque habría que hacer distinciones por colectivos, se tratará de un segmento poblacional potencialmente activo y participativo. Surge así un concepto que nos ayuda a describir esta nueva realidad social: el de *envejecimiento activo*, que en definitiva implica comprender la vejez «no como un segmento de edad, sino como una etapa más del ciclo vital, con la misma entidad que otras»[(9)].

El concepto de *envejecimiento activo* está a su vez unido esencialmente a la idea de *participación social*, de manera que sin ésta, aquél no existe. Y en lo que a este trabajo interesa, en los últimos años varios estudios inciden en que un aspecto fundamental de la participación vinculado al envejecimiento activo, es el de la *vivienda*; concretamente, la necesidad de fomentar que las personas planifiquen y participen en la creación y en el posterior mantenimiento y funcionamiento de comunidades de vida basadas en la colaboración alternativa al modelo residencial tradicional de la «tercera edad» al menos, y como poco, en los primeros años de la vejez, y en el que la persona mayor se encontrará en *su hogar*[(10) y (11)].

Y es así que los modelos *coliving-cohousing* se plantean como una consecuencia natural de esta realidad demográfica, y que como hemos visto, en ocasiones se denomina *senior cohousing*.

---

(7) Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-IMSERSO, 2011, p. 39 (la negrita es del texto original).

(8) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, p. 222.

(9) Fernández Portero, C., y Sánchez Medina, J. A., 2017, p. 42, recogiendo ideas ya apuntadas por Bates y Bates.

(10) Como resume con claridad Cátedra, «[e]l llamado *Senior Cohousing* es un modelo de comunidad residencial autopromovido y autogestionado por los propios miembros, personas mayores, para la ayuda mutua, autonomía personal, la participación, el equilibrio entre vida privada y comunitaria y su enfoque social» (Cátedra, M., 2023, 211).

(11) Lo que, con gran probabilidad, marcará también una futura evolución de las residencias, que evolucionarán desde un modelo «institucional» a un modelo «hogar». Véase Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, p. 228.

3.2 **Los problemas del segmento poblacional adulto más joven para acceder a la vivienda**

Ciertamente el envejecimiento de la población puede señalarse como la causa más importante por la que el modelo convivencial *coliving-cohousing* ha llamado la atención de los Poderes Públicos. Pero no es la única causa. Paradójicamente, si estos modelos convivenciales parecen útiles para la mejora de los segmentos poblacionales de edades más avanzadas en los términos recién explicados, también se nos presentan como útiles para segmentos poblacionales adultos más jóvenes como vía para el acceso a la vivienda.

Los salarios bajos, especialmente en los inicios de la vida laboral, unido al alto precio de la vivienda tradicional en propiedad y las dificultades para acceder a la financiación para la compra de la vivienda, han tenido como efecto un importante retroceso en la salida del hogar familiar, y con ello y por ello, un descenso en la natalidad. En la Estrategia *España 2050* se pone de manifiesto que el porcentaje de españoles con edades entre los 18 y 34 años que aún vive con sus padres, es muy superior al de la media de la UE (64 % frente al 50 %, respectivamente). En este punto, una de las prioridades que se marca el Estado en su Estrategia *España 2050* es «reducir las dificultades en el acceso a la vivienda de calidad», en el entendido que ello es «crucial para mejorar las tasas de natalidad, favorecer la capacidad de consumo y ahorro de los hogares, y evitar, por esta vía, un incremento de la desigualdad»[(12)]. Y en este punto, precisamente el modelo que implica *el coliving-cohousing* se plantea, entre otras, como una fórmula que puede ayudar a la consecución de aquel objetivo[(13)].

Y es así también que los modelos *coliving-cohousing* se plantean como una consecuencia natural de esta realidad social.

4. EL PAPEL DEL DERECHO PRIVADO ANTE LA IRRUPCIÓN DE ESTOS NUEVOS MODELOS CONVIVENCIALES COLABORATIVOS

El análisis que vamos a realizar de los repetidos modelos convivenciales, se hará *principalmente* desde la óptica del Derecho Privado. Esto

(12) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, 262.

(13) *Loc. cit.* Véase también el apartado III del preámbulo del RD 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 (*BOE* de 19 de enero).

quiere decir que haremos hincapié en los distintos instrumentos que el Derecho pone a disposición de los particulares para que ellos, y entre ellos, den forma a tales modelos de vida. El impulso y la promoción de tales modelos corresponde a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, y que generarán, en el desarrollo de tales políticas públicas, el contexto en el que las instituciones de Derecho Privado operarán en concreto.

Desde luego, la iniciativa privada podría funcionar sin aquéllas; pero la definición de políticas públicas, que en buena técnica legislativa debe tener un importante matiz transversal, habría de contribuir a reducir la complejidad negocial, y a identificar las figuras de Derecho Privado más eficaces para la articulación del modelo *coliving-cohousing*.

Esta idea nos parece, en principio, fácil de comprender en la teoría. El problema que se plantea entre nosotros es a la hora de llevarlo a la práctica, debido al complejo reparto competencial de nuestro estado autonómico: si, a salvo lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de nuestra Constitución en lo relativo al desarrollo de los derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil y Mercantil (*cfr.* artículo 149.1 CE, apartados 6.º y 8.º), sin embargo las Comunidades Autónomas son las competentes en materia de vivienda (*cfr.* artículo 148.1.3.º CE); y a mayor abundamiento, entre Estado y Comunidades Autónomas se da un peculiar reparto (o casi mejor, *concurrencia*) competencial precisamente en la regulación de la figura societaria que, como veremos, parece ser la más apropiada para vertebrar el modelo *coliving-cohousing*: la sociedad cooperativa.

Este panorama puede ser un condicionante para una implantación fácil y uniforme en todo el territorio español de los modelos convivenciales objeto de este estudio, que no podemos pasar por alto.

5. ANÁLISIS JURÍDICO CONCRETO DEL MODELO *COLIVING-COHOUSING*

Como hemos señalado más arriba, el modelo *coliving-cohousing* es un modelo de vida, en el que el partícipe satisface su necesidad vital e íntima de ser titular de una vivienda. Pero a esta finalidad de obtener una vivienda, y sin negarla, se superpone o añade *necesariamente* un aspecto colectivo y colaborativo que es lo que caracteriza a dichos modelos de vida, y permite aislarlo como fenómeno social. Esto tiene repercusión inevitable, en un doble aspecto: en primer lugar, en el aspecto objetivo-inmobiliario, vale decir, en los espacios físicos en los que se van a desa-

rrollar tanto la vida personal y privada como la vida comunitaria y colaborativa entre todos los partícipes; y en segundo lugar, en el conjunto de derechos, pero también de *obligaciones*, que van a definir la posición jurídica de dichos partícipes de manera recíproca de una manera compleja, más allá de una simple remisión al título por el que se sea titular de una vivienda.

La descripción de estos factores en el modelo *coliving-cohousing*, y la presentación de las distintas alternativas de configuración que ofrece el Derecho Privado para articular los repetidos modelos, es lo que vamos a analizar en las páginas siguientes.

5.1 **El aspecto inmobiliario arquitectónico en el modelo *coliving-cohousing***

Como es evidente, el modelo convivencial en estudio precisa de una realidad inmobiliaria que le dé soporte objetivo, y en el que poder desplegar de manera efectiva, tanto la finalidad de vivienda privada de sus partícipes como del aspecto colectivo y colaborativo que caracteriza a dicho modelo. Por ello, no es de extrañar que haya un amplio (y lógico) consenso a la hora de señalar como eje vertebrador del modelo en estudio el de la coexistencia de espacios de uso o aprovechamiento privativo, y de espacios de uso común, *pero con preeminencia de estos últimos sobre aquéllos*.

La coexistencia de espacios privativos con espacios comunes, y la necesidad de articular su recíproca dependencia e integración, nos aproxima al esquema conceptual de la *propiedad horizontal*, y con ello, a su aptitud como modelo de solución de los conflictos de intereses que pudieran plantearse en estos modelos de vivienda colaborativa[14]. Sin embargo, la doctrina también ha apuntado, agudamente, que la preeminencia en estos nuevos modelos convivenciales de lo colectivo sobre lo

(14) En este punto, el régimen de la propiedad horizontal es apropiado para estructurar objetivamente los espacios privativos y comunes del inmueble, ya éste adopte un modelo arquitectónico *vertical* o a lo alto, ya lo adopte *a lo ancho* (respondiendo en este último caso a la idea de *propiedad horizontal tumbada*). En este sentido, el régimen de propiedad horizontal puede adaptarse a los modelos adoptados en los países de nuestro entorno. Siguiendo a Martínez Martínez, «la configuración arquitectónica concreta del conjunto residencial puede ser de diferente tipo en función de la voluntad de sus miembros. Así, por ejemplo, en Dinamarca, Holanda y Reino Unido se opta mayoritariamente por la creación de una casa o sala común que ocupa la posición central del entorno residencial, alrededor de la cual se construyen viviendas unifamiliares e independientes, mientras que en países como Suecia es más común que la vivienda colaborativa se ubique en un edificio en el que la planta baja se convierte en el espacio comunitario de desarrollo de la vida social, distribuyéndose las plantas superiores entre los miembros del *cohousing* para su uso privado» (Martínez Martínez, N., 2021, p. 331).

privativo, se aleja del modelo tradicional del régimen de propiedad horizontal, en el que lo común es auxiliar e instrumental de los elementos privativos –pisos y locales–.

Con todo, y con los matices que luego veremos, la organización inmobiliaria que permite el modelo tradicional de la propiedad horizontal, identificando como unidades de tráfico independiente unos espacios (elementos privativos), vinculados de manera inseparable a unos elementos y espacios comunes que no pueden ser objeto de tráfico separado, plantea una base objetiva inmobiliaria adecuada a estos nuevos modelos convivenciales, al menos como punto de partida[(15)], concretamente si el título por el que se atribuyen las viviendas a los partícipes de este modelo convivencial es el dominio o un derecho real de disfrute (sobre esta cuestión, *vid. infra*). Sin embargo, la peculiaridad es que estos elementos «comunes», como hemos adelantado, no son auxiliares ni instrumentales de los privativos, y casi podría afirmarse sin exagerar, que son estos últimos los que tienen un papel secundario con respecto a los elementos comunes, o al menos, igual, por cuanto los elementos y espacios comunes suponen la explicitación objetiva de este peculiar modelo convivencial (lo que, como veremos más adelante, tendrá importantes consecuencias a la hora de analizar críticamente el título atributivo de la vivienda más apropiado). Para ilustrar la idea que acaba de apuntarse, nos parece muy revelador el Plan General de Ordenación urbana de Madrid. Este plan, tras su modificación de noviembre de 2023, regula entre otras la categoría de «vivienda colectiva tipo 2», definida como aquella que completa «su programa mediante un espacio privativo y otro comunitario de estancia y ocio al servicio de los residentes del edificio [art. 7.3.1, apartado 2.a), i)], y es la categoría que permitiría urbanísticamente la implantación del modelo *coliving-cohousing*. Pues bien: si como regla general del citado Plan municipal la vivienda "mínima" debe contar con al menos 40 metros cuadrados útiles de extensión, de esta regla se exceptúa precisamente y como novedad a las «viviendas colectivas tipo 2», en las que «podrá reducirse la superficie mínima de la vivienda hasta treinta (30) metros cuadrados cuando se dispongan zonas comunitarias de estancia y ocio de una cuantía

(15) Con todo, y aunque adelantemos algunas ideas, conviene poner la atención en este momento en la reciente Ley de sociedades cooperativas de las Illes Balears (Ley autonómica 5/2023, de 8 de marzo). En ella, se regula la sociedad cooperativa de viviendas *de cesión de uso*, que como veremos están orientadas a la organización de modelos *coliving-cohousing*. Curiosamente, para este tipo de cooperativas de vivienda se prohíbe expresamente «la división horizontal del edificio», si bien la misma Ley prevé excepciones, tales como que en el edificio ya existiera una división horizontal hecha, haya una exigencia legal o reglamentaria o sea precisa para obtención de créditos de entidades financieras (art. 130.5, *c)* Ley balear de cooperativas). De forma coherente, este modelo impide la atribución de las viviendas a los socios cooperativistas mediante títulos de dominio o de cualquier otro derecho real.

igual o superior a la suma de la reducción de la superficie de cada vivienda por debajo de la vivienda mínima [40 m^2] […]» (art. 7.3.4, apartado 3 del Plan General de Ordenación urbana de Madrid) (16).

Los espacios en que se desarrollarían las actividades comunes podrían tener también la consideración de *departamentos procomunales*, figura ésta la del departamento procomunal, a decir de la STS de 16 de mayo de 2006 (17), de contornos «difusos, pero que sería un condominio de fin subordinado a unas propiedades plenas, en el que los propietarios tienen una cuota indivisa que guarda proporción con la que tienen en sus respectivos departamentos en propiedad horizontal»; una suerte, pues, de vinculación *ob rem* entre ese espacio común y los privativos que ha de tener su necesario reflejo en el título constitutivo de la propiedad horizontal (18).

Por último, tanto el aspecto orgánico del régimen de propiedad horizontal y el de toma de decisiones en lo relativo a la realidad arquitectónica del edificio, parecen apropiados, o al menos no plantean serios problemas, para disciplinar estos modelos convivenciales.

Ahora bien: aunque el régimen de la propiedad horizontal pueda considerarse apropiado como disciplina de la base objetiva del modelo *coliving-cohousing*, debe tenerse en cuenta que esto es únicamente a los efectos de dotar de régimen jurídico objetivo a los distintos espacios en los que se desarrollará la vida de los partícipes en este modelo. Pero a este régimen hay que superponer un *aspecto funcional o dinámico* que es el que imprimirá positivamente a esta realidad inmobiliaria del elemento definidor del modelo *coliving*, y con ello, de su *contenido sustantivo*. El régimen de la propiedad horizontal, por sí solo, no es suficiente en este sentido; contra lo que algunos autores han señalado, ni el título constitutivo de la propiedad horizontal, ni los estatutos ni las normas de régimen interior son instrumentos apropiados por su naturaleza para imprimir el

(16) En un sentido similar en cuanto a la idea que aquí queremos exponer, puede verse el artículo 3 de la Ley valenciana 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas, que las define como «los edificios o conjuntos residenciales cuya titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios, cuya gestión es compartida, adoptando la forma de cooperativa no lucrativa o de asociación no lucrativa. Además, deben incorporar, al menos, los siguientes espacios o dependencias:

1. Viviendas o dependencias susceptibles de aprovechamiento privado.

2. Elementos comunes del edificio o conjunto residencial, de acuerdo con el artículo 396 del Código civil.

3. Espacios o dependencias para el uso común, al menos en un 20% de la superficie total, para desarrollar algunas de las funciones inherentes al uso residencial, y/o la prestación de servicios comunitarios y sociales, excepto si la cooperativa de viviendas se establece mediante la rehabilitación o adquisición de un conjunto residencial preexistente y las características de este no permiten lograr este porcentaje, quedando fijado el mínimo en un 10% para estos casos».

(17) Núm. 446/2006, de 16 de mayo [RJ 2006\5940].

(18) *Cfr.* SAP de Girona, núm. 53/2016, de 9 de febrero [JUR\2016\133728].

modelo *coliving* al inmueble[19]: esto solo puede venir dado por un régimen jurídico superpuesto. Estos regímenes jurídicos superpuestos se activarán en cada caso concreto, en función de la naturaleza del conflicto de intereses de exija solución.

5.2 El aspecto *funcional o dinámico* del modelo *coliving-cohousing* superpuesto al inmobiliario

Como hemos apuntado en el apartado anterior, al imprescindible aspecto inmobiliario que dotará de realidad objetiva al modelo *coliving-cohousing*, debe superponerse un aspecto *funcional* que permitirá llevar a la práctica dicho modelo, articulando los derechos y obligaciones que recíprocamente vincularán a sus partícipes.

En este sentido, la práctica unanimidad considera que la *sociedad cooperativa* es el instrumento jurídico que mejor se amolda a los principios y valores que están tras el modelo *coliving* como tipo de vivienda colaborativa[20]. En nuestra opinión, y como veremos, consideramos acertada esta conclusión.

5.2.1 *La figura de la sociedad cooperativa, en general*

Ciertamente, la sociedad cooperativa parece, a priori, la figura más apropiada para articular el modelo *coliving-cohousing* y reflejar en la práctica los valores colectivos y colaborativos que la definen. Basta leer el artículo 1 de la LCOOP para concluir en este sentido: la sociedad cooperativa es «una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático; conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente ley». Destaca la remisión que el Legislador hace a los «principios de la alianza cooperativa internacional», que en el momento de la aprobación de la Ley son los siete que se enunciaron en la conocida *Declaración de Mánchester de 1995*,

(19) Vid. en contra, Martínez Martínez, N., 2021, p. 339.

(20) Por todos, López de la Cruz, quien ha apuntado que la estructura y organización democráticas de la sociedad cooperativa, orientadas a fomentar la participación directa de los socios, «encaja con la que probablemente sea la característica definitoria más relevante del modelo de viviendas colaborativas: la implicación directa de los residentes en un proyecto habitacional común» (López de la Cruz, L., 2017, p. 139).

y de los que en este momento destacamos dos: el «principio de participación económica de los socios» («Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática»), y sobre todo, el «principio de autonomía e independencia» («Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa»).

5.2.2 *La figura de la sociedad cooperativa de viviendas, en particular*

De manera más concreta, y siendo el *coliving-cohousing* un fenómeno convivencial, parece, y de nuevo hay consenso doctrinal al respecto, que el tipo concreto de *sociedad cooperativa de vivienda* se nos presenta en principio como el más apropiado para articularlo. El artículo 89.1 LCOOP define las de vivienda como aquellas que «asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades». En este sentido, la sociedad cooperativa de vivienda se presenta como un mecanismo apropiado para la *participación* de los futuros titulares de las mismas en la promoción inmobiliaria (recordemos que el aspecto participativo resulta esencial al concepto de *envejecimiento activo* explicado antes como principal causa de la irrupción de los modelos convivenciales en estudio en nuestro país –*senior cohousing*-)[21].

Sobre la base de que la atribución de la vivienda puede hacerse al socio cooperativista «mediante cualquier título admitido en derecho» (*cfr.* artículo 89.3 LCOOP), se plantean en abstracto distintas alternativas de atribución de la vivienda al socio cooperativista, sin que exista necesidad de que haya de ser en régimen de propiedad. Esto deja un abanico relativamente amplio de posibilidades de títulos atributivos a los cooperativistas, lo que ha permitido que las leyes autonómicas de cooperativas hayan previsto como tipo de cooperativa de vivienda la de *cesión de uso*, que en las leyes autonómicas de cooperativas más recientes (por ejemplo, la Ley 2/2023 de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid,

(21) López de la Cruz, L., 2017, p. 139.

que curiosamente incluye las cooperativas de vivienda de cesión de uso dentro de la categoría general de cooperativas de consumo de bienes y servicios, y no en la de cooperativa de vivienda; o la 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears) se orienta, implícita pero claramente, como el tipo de sociedad cooperativa de vivienda más apropiado para gestionar el modelo *coliving-cohousing*, y que se caracteriza por retener la sociedad cooperativa la propiedad de las viviendas.

A la vista de que la atribución de la vivienda puede hacerse al socio cooperativista «mediante cualquier título admitido en derecho», detengámonos brevemente en las distintas posibilidades que se plantean al respecto, analizando los pros y contras de cada una de ellas.

5.2.2.1 Atribución en régimen de propiedad

Que la constitución de sociedades cooperativas de vivienda es una figura que facilita la promoción de viviendas y el acceso a las mismas como propietarios a sus socios cooperativistas a un precio moderado, en comparación con la medida del mercado, es algo difícil de negar. En este sentido, podría plantearse la aptitud del derecho de propiedad para vertebrar funcionalmente el modelo *coliving-cohousing*, lo que exigiría a su vez la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Desde luego, el derecho de propiedad tiene frente a otras alternativas atributivas de la vivienda una importante ventaja, y es la mayor posibilidad de acceder a la financiación hipotecaria.

Sin embargo, no creemos que sea el título más apropiado para los modelos convivenciales en estudio, ya tengan por finalidad el desarrollo del llamado envejecimiento activo (*senior cohousing*), ya tengan por objeto el acceso a la vivienda a los segmentos poblacionales más jóvenes:

1) En el primer caso (*senior cohousing*), porque la atribución del dominio de los elementos privativos a los cooperativistas (y con ello, la cuota correspondiente en los elementos comunes y procomunales) impedirá a la cooperativa controlar el acceso de nuevos propietarios, independientemente de que estos reúnan las características o condiciones (por ejemplo, una edad mínima) que dieron sentido a este modelo convivencial en el momento de su constitución[22]. La razón de ello es que la propiedad es un derecho *naturalmente* transmisible tanto inter vivos como mortis causa; por negocio jurídico, las prohibiciones de disponer solo tienen eficacia jurídico real cuando se prevén en el marco de transmisiones a título

(22) De esta opinión, también Martínez Martínez, N., 2021, p. 339-340.

gratuito (arg. artículo 785.2.º CC y artículo 26 LH), lo que no es la atribución del dominio de una vivienda al socio cooperativista; y aun previéndose una prohibición de disponer, ésta tendría solo eficacia obligacional y no impediría la transmisión. En otras palabras: el mayor poder y autonomía que da la propiedad al cooperativista, es inversamente proporcional al que le queda a la cooperativa para mantener su coherencia y fines a lo largo del tiempo. De hecho, la atribución de las viviendas a los cooperativistas habría de llevar en principio la extinción de la cooperativa *de viviendas* por agotamiento de su objeto, o en último extremo, su conversión en una sociedad cooperativa *de consumidores y usuarios*, cuyo objeto sería ahora gestionar las actividades y servicios que permitan proyectar en el futuro los valores colaborativos (en especial, participativos de envejecimiento activo) que le dieron sentido en su constitución; pero con todo y con eso, no resulta un modelo apropiado.

2) En el segundo caso, además de lo que se acaba de señalar en el punto anterior, se une una razón eminentemente práctica, derivado del carácter absoluto y no temporal que define a la propiedad como derecho real, lo que creemos que lo convierte en inapto, *por exceso*, para satisfacer las necesidades del partícipe típico de este modelo habitacional.

5.2.2.2 Atribución en régimen de usufructo

A diferencia de lo que sucede con la propiedad, el carácter *esencialmente* temporal del usufructo (*naturalmente* vitalicio), unido a los amplios márgenes que el Legislador reconoce a la autonomía privada para configurar su contenido (*cfr.* artículos 467 y 469 CC) lo convierten en un título atributivo de las viviendas mucho más apropiado que el domino para articular un modelo *coliving-cohousing*, y algunos autores lo consideran como el óptimo[23]. La cooperativa sería la nuda propietaria de la vivienda, y una vez finalizado el usufructo, se consolidaría en favor de aquélla la propiedad plena, pudiendo reintroducir en el mercado el derecho para un futuro partícipe cooperativista, y manteniendo así el control de las condiciones que estos futuros cooperativistas han de reunir de manera coherente con el sentido originario del modelo convivencial. En efecto, y como dispone el artículo 89.3-2.º LCOOP, cuando una sociedad cooperativa de vivienda «retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa».

(23) Así, Martínez Martínez, N., 2021, p. 340-341. También López de la Cruz, L., 2017, p. 147-148.

De optarse por la atribución de la vivienda mediante derecho de usufructo, de nuevo resulta precisa la constitución del régimen de propiedad horizontal, y en torno a ella, articular la contribución de los distintos usufructuarios, frente a la única nuda propietaria (la sociedad cooperativa), la contribución para el mantenimiento de los espacios y elementos comunes[24].

El principal problema que puede plantear la atribución de la vivienda por título de usufructo, son las dificultades prácticas para encontrar financiación hipotecaria para su adquisición en caso de que fuera precisa. En efecto, y por las razones que se han explicado ya, el modelo *coliving-cohousing* exigiría para mantener su finalidad y coherencia en el tiempo, que el usufructo fuese de carácter personalísimo (o a lo sumo, de transmisión muy limitada, por ejemplo, en favor del cónyuge, o de otras personas que reúnan ciertas condiciones; limitaciones que en todo caso habrían de constar en los estatutos de la Cooperativa); pero esto precisamente lo convierte inhábil para ser objeto de garantía hipotecaria (*cfr.* artículo 106.2.º LH).

Por otro lado, podría afirmarse, y con razón, que el usufructo, al menos en su configuración típica, resulta *excesivo* en su contenido para articular un modelo *coliving-cohousing*: baste pensar que la naturaleza personalísima que pudiera imprimirse al usufructo, no impediría por sí sola al usufructuario la facultad de obtener *frutos civiles*, vale decir, rentas, y con ello y por ello, estaría perfectamente legitimado para arrendar la vivienda[25]. Esto nos lleva de nuevo al problema del mantenimiento de la coherencia en el tiempo del modelo *coliving-cohousing*, si los cooperativistas pudieran ceder en arrendamiento la vivienda.

---

(24) Se trataría, en definitiva, de la generalización aplicativa del artículo 504 CC en las relaciones internas entre la única nuda propietaria (de la totalidad del inmueble) y de los cooperativistas (todos ellos usufructuarios de las viviendas. Parece razonable entender que cuando el artículo 504 CC dispone que «el pago de las cargas y contribuciones […] que se consideren gravámenes de los frutos, serán de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure», se incluyen los gastos generados por el normal funcionamiento y las reparaciones correspondientes al deterioro procedentes de un uso normal, que habría que calcular conforme a la cuota de participación asignada a la vivienda; no así, en cambio, cuando se trata de reparaciones extraordinarias, que habrían de corresponder al propietario (para una visión general de esta materia en sede de usufructo, véase, por todos, Sánchez Hernández, Á., 2016, p. 2025), que al ser en este caso la sociedad cooperativa, podría repercutir a los cooperativistas, no ya necesariamente conforme al título constitutivo de la propiedad horizontal, sino a lo que pudieran prever los estatutos de aquélla.

(25) Agudamente advierte López de la Cruz, después de afirmar la aptitud del usufructo como título atributivo en este punto, que el usufructuario no debiera poder ceder en arrendamiento su vivienda (López de la Cruz, L., 2017, p. 148). En definitiva, sería conveniente que usu*fructuarius* (o simplemente *fructuarius* también en el Derecho Romano) tuviera cercenada una de las dos facultades que dan sentido al usufructo típico, lo que no es otra cosa que confirmación de la idea que apuntábamos: el carácter *excesivo* del título de usufructo para articular un modelo *coliving-cohousing*.

5.2.2.3 Atribución en régimen de habitación

Por las razones que acaban de apuntarse en el epígrafe anterior, algunos autores han apuntado recientemente que el derecho de habitación resulta más apropiado que el usufructo para articular un régimen *coliving-cohousing*, señalando que el derecho de habitación es el que «mejor armoniza con los principios propios de la vivienda colaborativa» (26).

Teniendo en cuenta que las mismas consideraciones que hemos hecho en relación con el derecho de usufructo y la necesidad de constitución del régimen de propiedad horizontal, y las mismas conclusiones, son trasladables al derecho de habitación (*cfr.* artículo 528 CCiv), compartimos este punto de vista que afirma la aptitud del derecho de habitación para articular un régimen *coliving-cohousing*. Además, el carácter personalísimo del derecho de habitación (sin entrar ahora en si este carácter personalísimo es *esencial* o si es meramente *natural* del derecho) facilita el control por la sociedad cooperativa de la entrada de nuevos miembros. En efecto, el artículo 525 CC dispone que el derecho de habitación no se puede «arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»; y en relación con esto, como apuntamos, se discute si el derecho de habitación es personalísimo o no. Como decimos, no vamos a entrar, porque no es el lugar, en esa cuestión; pero lo que no podemos ignorar tampoco –y esto es un elemento favorable para articular un régimen *coliving-cohousing* sobre este derecho– es que, sea o no transmisible el derecho del habitacionista, es éste el que tiene el derecho de ocupar *para sí y su familia* las piezas necesarias de la edificación (*cfr.* artículo 524 CC), lo que en nuestra opinión impide al habitacionista lo que sí podría hacer un usufructuario (también el usufructuario con derecho personalísimo): arrendar el inmueble para obtener rentas (frutos civiles) del mismo.

Sin embargo, y de nuevo, podríamos encontrarnos con un mismo problema práctico que ya vimos al analizar la aptitud del usufructo: las dificultades para encontrar financiación hipotecaria para acceder a la titularidad del derecho en caso de que fuese precisa (arg. artículo 106.2 LH).

5.2.2.4 Atribución en régimen de arrendamiento

Los amplios términos del artículo 89.3 LCOOP («La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho») permiten sin duda la cesión de las viviendas a los cooperativistas mediante derechos de

(26) Así, últimamente Fernández Campos, J. A., 2023, p. 193.

arrendamiento, cuyo régimen jurídico habremos de encontrar en la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 26 de noviembre).

Así como apuntábamos al referirnos a la probable inaptitud del derecho de propiedad para articular un modelo *coliving-cohousing*, debido a que el mayor poder y autonomía que concede a su titular es inversamente proporcional al que retiene la cooperativa, en el caso del arrendamiento sucede justo lo contrario. En este sentido, parece razonable afirmar en principio la aptitud del arrendamiento para vertebrar estos modelos convivenciales, especialmente cuando se utilizan para facilitar el acceso a la vivienda a los sectores poblacionales adultos más jóvenes; pero también, y como veremos, para favorecer el envejecimiento activo en los segmentos de población más mayores.

Teóricamente, la explotación de un inmueble a través del modelo *coliving-cohousing* íntegramente en régimen de arrendamiento, ni siquiera exigiría, aunque tampoco lo impide, su constitución en régimen de propiedad horizontal para que las viviendas puedan ser objeto de arrendamiento por la sociedad cooperativa, lo que supone una importante simplificación del régimen jurídico aplicable a los conflictos de intereses que pudieran darse durante la convivencia.

Por otro lado, al retener la sociedad cooperativa la propiedad del inmueble, y como vimos también para el caso del usufructo y el derecho de habitación, aquélla mantendrá el control en el acceso de nuevos partícipes en el modelo convivencial.

A pesar de lo anterior, algunos autores han señalado que articulación de un modelo *coliving-cohousing* mediante el derecho de arrendamiento tiene serios inconvenientes, derivados del aspecto marcadamente imperativo que la Ley de Arrendamientos Urbanos reserva al *arrendamiento de vivienda* en aspectos que pudieran comprometer la coherencia en el tiempo del modelo[(27)], y que no pueden ser desplazados, precisamente por ese carácter imperativo, por los estatutos de la sociedad cooperativa. En este sentido se ha señalado, por ejemplo, el régimen de su duración, el régimen de continuación del mismo en caso de separación o divorcio (art. 15 LAU) o el de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario (art. 16 LAU).

Sin embargo, la anterior crítica parte de la necesidad de calificar estos arrendamientos como arrendamientos *de vivienda*, lo que, aunque a priori pudiera parecer intuitivo, no nos parece ni mucho menos claro. Y ello, porque la Ley de Arrendamientos Urbanos exige calificar como arrendamiento urbano de vivienda el que recaiga sobre una edificación habitable «cuyo destino *primordial* sea satisfacer la necesidad *permanente* de vivienda del arrendatario» (las cursivas son añadidas). Nos parece muy ilustrativo

(27) Así, Martínez Martínez, N., 2021, p. 341-343. También López de la Cruz, L., 2017, p. 151-152.

que el Legislador diferencie los aspectos que hemos resaltado, de manera que sea perfectamente posible un arrendamiento urbano que satisfaga la necesidad *permanente* de vivienda, y que sin embargo éste no sea el destino *primordial*, sino compartido con otros destinos. Y esto es lo que, en nuestra opinión, se produce en el modelo *coliving-cohousing*, y marcadamente *senior cohousing*, en el que, sin negar lógicamente el aspecto privado e íntimo de la vivienda, el elemento vertebrador de estos modelos es el colectivo-colaborativo que, lejos de ser opcional, es imperativo para los partícipes (cooperativistas), lo que puede poner en duda, en fin, que el destino de vivienda permanente deba calificarse de *primordial*, vale decir, de fundamental, principal, esencial, básico, capital, crucial o decisivo, a decir de la definición que de *primordial* nos ofrece el DRAE.

Si consideramos esta última propuesta interpretativa que planteamos, se abre una posibilidad razonable para calificar estos arrendamientos como un arrendamiento *para uso distinto de vivienda* (art. 3.1 LAU: arrendamiento para vivienda / para uso distinto de vivienda, son alternativas presentadas legalmente como «totales»), y con ello, aun cuando también regidas por la LAU, sin embargo tienen un régimen jurídico marcadamente dispositivo, y con ello, más amoldable a estos esquemas convivenciales desde los estatutos de la cooperativa. No podemos dejar de lado, abundando en esta propuesta interpretativa, que en el marco del *Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025* (Real Decreto 42/2022, de 18 de enero), el programa de ayuda número 8 («Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares») exige como condición para acogerse a las ayudas vinculadas al mismo que las viviendas se vayan «a ceder en uso o destinar al *arrendamiento* durante un plazo mínimo de veinte años» (*cfr.* artículo 82.1.º del RD 42/2022 citado) (la cursiva es nuestra): resultaría paradójico que el Estado incentive desde el arrendamiento estos modelos convivenciales si fueran ciertas las críticas relativas a lo inapropiado del régimen jurídico del arrendamiento para vivienda (marcadamente imperativo), vale decir, si fuera cierta la calificación de estos arrendamientos como *de vivienda*. Asimismo, algunas leyes autonómicas recientes, al regular la cooperativa de viviendas en cesión de uso (que son las orientadas a articular los modelos *coliving-cohousing*), o la vivienda colaborativa como fenómeno, que el título atributivo de las viviendas a los cooperativistas ha de ser un derecho de naturaleza *personal*[28].

(28) Es el caso de la Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears (*Cfr.* artículo 130.3). También es el caso de la Ley valenciana 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 10.3, partiendo del modelo de sociedad cooperativa, dispone que «La cooperativa no puede adjudicar privativamente a las personas socias la propiedad ni ningún derecho real limitado sobre las viviendas o las dependencias susceptibles de uso privado, como tampoco un derecho de superficie sobre estas».

5.2.2.5 Atribución en régimen de «derecho societario»

Para finalizar este estudio, vamos a considerar la posibilidad de atribución de la vivienda mediante lo que podríamos denominar un «derecho societario», es decir, la cesión del uso de la vivienda vinculado a la condición de socio cooperativista. Consideramos esta opción atributiva de las viviendas, porque alguna norma autonómica (en concreto, la Ley balear de cooperativas) solo permite la vertebración del modelo convivencial en estudio organizado en torno a la forma cooperativa de cesión de uso de viviendas, configurando el derecho de uso de la vivienda, como única posibilidad, como «un derecho de naturaleza personal y *societaria*, […] intransmisible por actos inter vivos y mortis causa» (art. 130.3 Ley balear de cooperativas 5/2023).

En estos modelos, el derecho de la vivienda se mantiene en tanto se mantenga igualmente la condición de socio cooperativista. Y la vivienda se asigna a una concreta titularidad-participación en la sociedad cooperativa, en un esquema que nos recuerda (salvando las distancias) al de atribución de garajes y trasteros en el caso contemplado en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario (en relación con el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997).

En nuestra opinión, consideramos también apropiado este modelo atributivo, que seguramente abriría la puerta también a que estos modelos convivenciales pudieran ser organizados a través de fenómenos societarios de base personal distinto de la cooperativa, como pudiera ser quizá la sociedad civil particular regulada, como tipo societario, en el CC.

Para finalizar, debemos realizar una aclaración crítica en cuanto a otras posibles estructuras organizativas distintas de la sociedad cooperativa, por lo dispuesto en la que, hasta la fecha, es la única Ley autonómica de viviendas colaborativas (la Ley valenciana 3/2023). El artículo 3 de esta Ley dispone que se consideran viviendas colaborativas «los edificios o conjuntos residenciales cuya titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios, cuya gestión es compartida, *adoptando la forma de cooperativa no lucrativa o de asociación no lucrativa*» (la cursiva es nuestra). El artículo 10.1 abunda en esta cuestión, y enumera los requisitos a los que han de ajustarse «las cooperativas y las asociaciones titulares de viviendas colaborativas», entre los que está la ausencia de ánimo de lucro. Podría pensarse en este sentido, que la entidad titular de las viviendas pudiera ser una asociación de las contempladas en la LDA; y sin embargo, esto es algo que debe descartarse[29]. Creemos, por tanto, que cuan-

(29) El artículo 1.4 de la LO 1/2002 dispone que «quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las dispo-

do la norma valenciana hace referencia a las «asociaciones no lucrativas», emplea el término asociación en un sentido amplio, con lo que quizá hubiese sido preferible el empleo de otros términos, como el de *sociedad* o *sociedad civil* en un sentido genérico, que no exige la presencia del ánimo de lucro [30], o la fundación.

BIBLIOGRAFÍA

Cátedra, M., «Encarar la soledad y envejecer con dignidad: senior *cohousing* urbano», en Mariano Juárez, L., Rivero Jiménez, B., Conde Caballero, D. (eds.), *Antropología de la soledad. Teorías y etnografías contemporáneas*, Tirant Humanidades, Valencia, 2023, pp. 203– 236.

— *Envejecimiento activo. Libro Blanco*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-IMSERSO, 2011.

Fernández Campos, J. A., *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Fernández Portero, C., y Sánchez Medina, J. A., «Sobre el concepto de envejecimiento activo», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J. A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 37-58.

García Pérez, A., y Moya González, L., «El cohousing como alternativa a las nuevas dinámicas de habitar en la ciudad de Madrid», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Vol. L, núm. 195, 2018, 71-84.

Hernández, Á., Artículo 504, en VV. AA. *Código Civil comentado*, Tm. I. Civitas, Madrid, 2016.

López de la Cruz, L., «Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional para la promoción del envejecimiento activo. Aspectos sociales y jurídicos», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J. A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 121-159.

López de la Cruz, L., y Sánchez Medina, J. A., «Un cambio de perspectiva sobre el proceso de envejecimiento», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J.

siciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico». Por consiguiente, no es posible afirmar que lo que puede ser objeto de una sociedad cooperativa (que es un objeto *empresarial –Cfr.* artículo 1 LCOOP-) puede serlo también de una asociación de las reguladas en la citada Ley Orgánica.

(30) El concepto «sociedad», o incluso «sociedad civil», es preferible, porque con ello designamos el fenómeno societario básico o estructural; y su regulación la encontramos en el Código Civil. No debemos confundir la figura de «sociedad civil» en el sentido apuntado, con el «contrato» de *sociedad civil* como tipo societario concreto. La cuestión resulta compleja y no procede en este lugar; nos remitimos, como referencia obligada, al comentario al artículo 1665 CC de Paz-Ares, C., 1993, pp. 1299 ss.

A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 19-36.

Martínez Martínez, N., «La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores: *senior cohousing* a raíz de la crisis del COVID-19 y sus implicaciones jurídico civiles», en López Sánchez, C. (coord.), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*. Dykinson, Madrid, 2021, 321-346.

Morillas Jarillo, M. J., y Feliu Rey, M. I., *Curso de cooperativas*. Tm. I. Tecnos, Madrid, 2018 (3.º ed.).

Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021.

Paz-Ares, C., en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, Tm. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

E. Modalidades de uso de la vivienda en los Derechos forales

Verónica San Julián Puig
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra
vsanjulian@unav.es

Resumen: *En los derechos forales, los modos de uso de la vivienda tradicionalmente han ido de la mano de la institución de la Casa. Institución en torno a la cual se aglutinaba un denso sistema de derechos y deberes que iba más allá de la casa-vivienda, aunque la contenía, otorgando modulación propia a los modos de tenencia que se daban a su amparo. En la actualidad es muy poco lo que queda de ese sistema que parte de una concepción de la familia, el patrimonio y su mantenimiento que ha sido superado por la realidad sociocultural en la que vivimos, pero en la que, la idea de protección a los más vulnerables puede seguir encontrando cauce en alguna de sus figuras tradicionales y de nueva creación.*

Palabras clave: *Derechos forales, modos de uso de la vivienda.*

Abstract: *In regional legal systems (foral rights), the ways in which housing was traditionally used have been closely tied to the institution of the Casa (the House). This institution was the core of a complex system of rights and duties that extended beyond the house-as-dwelling, though it encompassed it, and gave its own framework to the forms of tenure that arose*

under its protection. Today, very little remains of that system, which was based on a conception of family, heritage, and its preservation that has been overtaken by the socio-cultural reality we live in. However, the idea of protecting the most vulnerable can still find expression in some of its traditional figures and newly created ones.

Keywords: *Foral rights, ways of using housing.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La Casa y los modos de uso de la vivienda tradicionalmente vinculados a ella. 2.1 La Casa navarra y los modos de uso vinculados a ella. 2.1.1 Modos de uso vinculados a la Casa. 2.1.2 Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales. 2.1.3 Nuevos modos de uso. Las comunidades de ayuda mutua. 2.2 Los modos de uso de la vivienda vinculados a la Casa aragonesa. 2.3. La Compañía familiar gallega y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella. 2.4 La Casa catalana y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella. 2.4.1 Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales. 2.4.2 Nuevos modos de uso. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua. 3. Derechos reales forales que atañen al uso de la vivienda. 3.1 El derecho de habitación en Navarra. 3.2 El derecho de uso de vivienda y el derecho de habitación en Cataluña. 3.3 El derecho de *estatge* y el derecho de habitación en Baleares. 3.4 El derecho de habitación del cónyuge viudo en el País Vasco y otros derechos forales. 3.5 Conclusión. 4. Otras figuras. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los modos de uso de la vivienda en los Derechos forales han ido de la mano de una institución tradicional en la que cristalizaba todo un modo de ser y estar en el mundo: la Casa (1). Lo que daba razón del uso de la vivienda era precisamente el lugar que cada cual ocupaba en la Casa. Poco queda en la actualidad de ese modo de vida en el que se sustentaba la Casa, un modo de vida muy pegado a la tierra y su explotación y a una estructura familiar (2) que ha cambiado mucho en las últimas décadas en nuestro país. No obstante, se hace

(1) La Casa en cada Derecho foral ha tenido su propia significación, contenido, despliegue y relevancia y, en todos ellos, ha sido una institución considerada «nuclear y definitoria de los sistemas jurídicos civiles llamados forales (y no solo del navarro)». De Pablo Contreras, P., 1992, p. 663.

(2) «La noción de Casa como categoría jurídica guarda estrecha relación con el concepto de familia». Sabater Bayle, E., 2013, p. 637.

preciso partir de esta realidad para entender algunas de las instituciones que todavía perviven, con desigual aplicación, en los distintos Derechos forales actuales, así como para entender otras figuras de nueva creación que, sin derivar de ella, de alguna manera contienen algo de su sabiduría.

Es por ello que, en las líneas que siguen, además de mencionar los modos de tenencia clásicos recogidos en las Compilaciones o Códigos forales en los libros o secciones relativos a los derechos reales, empezaremos por estos otros modos de tenencia que aparecen ubicados en los libros o secciones relativos a persona y familia, precisamente por su vinculación y derivación de la institución de la Casa.

2. LA CASA Y LOS MODOS DE USO DE LA VIVIENDA TRADICIONALMENTE VINCULADOS A ELLA

La Casa es una institución que va mucho más allá de lo que entendemos habitualmente por casa o vivienda, pues aglutina elementos personales y patrimoniales que hacen de ella una comunidad familiar y patrimonial en torno a la cual se organizaron tradicionalmente las principales instituciones familiares y sucesorias forales en aras a su conservación y mantenimiento. Pero, siendo una institución que desborda la noción de casa o vivienda, sin embargo, la contiene y otorga modulación propia y característica a los modos de tenencia que se dan a su amparo. En este apartado, se hará una breve referencia al funcionamiento tradicional de la Casa y los modos de tenencia que de ella se derivaban para las distintas personas que vivían a su amparo, señalando qué queda de esas formas de tenencia en la actualidad y qué otros modelos han ido naciendo en las sucesivas reformas de forales acaecidas al hilo de las nuevas necesidades planteadas por la realidad socio-cultural actual.

2.1 **La Casa navarra y los modos de uso vinculados a ella**

Aunque, como ha quedado dicho, la de la Casa es una institución que ha estado presente en los distintos Derechos forales, para entender su estructura y funcionamiento, nos centraremos en el caso navarro que es donde mayor despliegue regulatorio ha tenido, así como donde se da una mayor pervivencia de alguna de sus figuras.

En Navarra, la Casa[3] era el centro del sistema, la unidad orgánica que debían gestionar y gobernar los dueños (tradicionalmente llamados «amos viejos»)[4], que actuaban en el ejercicio de sus funciones teniendo en cuenta y respetando, a modo de contrapeso, los derechos y expectativas de quienes les sucederían en ese mando y gestión (designados tradicionalmente como «amos jóvenes»). Esa actividad de gobierno, así como todo el resto de instituciones del Derecho foral, tenían por objeto facilitar y asegurar la existencia de la Casa, su mantenimiento y transmisión como unidad.

La Casa se conformaba, en primer lugar, por una pluralidad de personas con vínculo familiar o de parentesco entre sí, los instituyentes o donantes (amos viejos) y el donatario heredero y su cónyuge (amos jóvenes), así como los hijos de éstos últimos, nacidos o nacederos, que constituían el futuro de la Casa. A este núcleo básico se añadían los parientes colaterales: los hermanos/as del heredero instituido (amo joven) que todavía vivían en la Casa, así como los hermanos/as del instituyente o donante que no salieron de la Casa en su momento, permaneciendo en ella con sus derechos, o que salieron para, por ejemplo, entrar en la vida religiosa, pero que, con el tiempo, regresaron al hogar de sus padres donde permanecían hasta su muerte[5]. En ocasiones formaban parte también de la Casa personas sin vínculo de parentesco, los prohijados[6]. Todos ellos convivían y, habitualmente, trabajaban para la Casa.

El segundo elemento de la Casa es el elemento objetivo: el patrimonio de la Casa, el conjunto de bienes propios de la Casa con tratamiento jurídico unitario. Al constituir la Casa una unidad orgánica de explotación (empresa agrícola, ganadera, agropecuaria o forestal), se componía de: la casa, como lugar destinado a vivienda para todos ellos; otras edificaciones (granero, cuadras…); tierras; ganado; y otros bienes accesorios, como los elementos materiales destinados a la explotación. Este conjunto, con la extensión que tuviera en cada caso, constituía una unidad inseparable que tenía que ser conservado y, en la medida de lo

(3) La ley 48 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) (a partir de ahora FN) recogía algunos de los elementos necesarios para entender esta institución (de cuya presencia y referencia estaba impregnado todo el Fuero Nuevo). En la actualidad, es la ley 127 del FN modificado y actualizado por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril (a partir de ahora LMAFN), la que hace el intento de recoger un concepto de la Casa más. Esta institución queda ahora circunscrita en un título propio, el XI (leyes 127 ss.), del Libro I («De las personas, de la familia y de la Casa navarra»).

(4) Denominación ésta que se ha eliminado del Fuero Nuevo tras su modificación y actualización en 2019.

(5) García-Granero Fernández, J., 1990, pp. 99-100.

(6) Los prohijados eran hijos de adopción acogidos a la Casa sin formalidad legal alguna, pero con una prohijación definitiva. Santamaría Ansa, J., 1958, p. 111. Figura ésta que desapareció con la LFMAFN de 2019, aunque en la práctica había caído en desuso antes de operarse tal modificación.

posible, incrementado para el sustento de las generaciones que se sucedieran en la titularidad de la Casa. Este patrimonio no pertenecía a la comunidad[7], eran los amos o dueños quienes tenían atribuida por ley el gobierno, mantenimiento y defensa del patrimonio, así como la facultad de disposición de cada uno de los bienes que lo componían, salvo que existiera alguna cláusula que lo impidiera.

2.1.1 *Modos de uso vinculados a la Casa*

Teniendo en cuenta todo esto, en la Casa navarra, tradicionalmente han concurrido distintos modos de tenencia de la casa-vivienda que se desprendían del lugar que cada uno ocupaba en ella. Es decir, dentro de esa pluralidad subjetiva que compone la Casa, no todas las personas tenían la misma posición ni en la Casa institución, ni en la casa en tanto que lugar destinado a vivienda.

A) Modos de uso de los amos (viejos y jóvenes). Propiedad y usufructo

Así, los amos viejos, en cuanto titulares de toda la unidad patrimonial, gozaban de la tenencia propia de un propietario. Pero, en el momento en que la Casa se transmitía al instituido heredero, eran los amos jóvenes quienes pasaban a ostentar la tenencia de la casa como titulares y los amos viejos, que permanecían en ella hasta su muerte conviviendo junto con los amos jóvenes, pasaban a tener un uso en un concepto diferente. Habitualmente ese traspaso se realizaba a través de la donación *propter nuptias*[8] contenida en capitulaciones matrimoniales, con la que se conseguía la transmisión de todo o parte del patrimonio hereditario al sucesor elegido para continuar en la dirección y gobierno de la Casa, antes del fallecimiento de los amos viejos. En esas donaciones, además de la designación contractual del sucesor, se solían establecer pactos adicionales en los que los donantes se reservaban ciertos derechos sobre los bienes donados, en concreto, a los efectos de lo que nos interesa, el derecho de usufructo sobre la vivienda para sí (antigua ley 115,7 FN) y el derecho de acogimiento a la Casa en favor de los parientes no instituidos herederos (antiguas leyes 131 a 136 FN).

(7) De Pablo Contreras, P., 1992, p. 676.

(8) Recogidas en las antiguas leyes 112 a 118 FN; actuales donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar, contenidas en las leyes 120.3 y 4 a 126 procedentes de la LFMAFN.

B) Modos de uso de otros convivientes en la Casa. «Acogimiento a la Casa»

Como ha quedado dicho, a efectos de proteger la unidad y mantenimiento de la Casa, se designaba un único heredero pero, como contrapunto, los amos viejos establecían a su cargo los derechos de acogimiento a la Casa y las dotaciones en favor de los demás hijos, descendientes u otras personas a las que los instituyentes quisieran favorecer o frente a quienes de algún modo se hallaban obligados[9]. Los acogidos eran miembros de la Casa, pero no dueños. Lo que se buscaba con estas dos instituciones (acogimiento y dotaciones) era garantizar a los no instituidos la continuidad en la situación en la que disfrutaban en la casa familiar y la asignación a su salida de ella de ciertos bienes o cantidades con las que poder emprender una vida independiente[10].

Así pues, el derecho de acogimiento nacía, no por mandato legal sino por disposición voluntaria de los donantes o instituyentes. Su contenido abarcaba para la persona beneficiada, el derecho «de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad, u otros similares» (antigua ley 131 FN). En lo que atañe a la facultad de vivir en la Casa, este derecho incluía ocupar, total o parcialmente, no solo la vivienda sino cualquier otra edificación habitable[11]. Y supone, más allá de ocupar dependencias, la facultad de «integrarse o continuar integrados en la comunidad familiar que la habita»[12].

Tradicionalmente se han calificado estos derechos que integran el acogimiento a la Casa de personalísimos y, en ese sentido, intransmisibles, inalienables, e inembargables, si bien, nada obsta a que se puedan constituir voluntariamente como derechos reales a modo de derecho real de habitación en la Casa[13]. Por su parte, la antigua ley 118,2 FN que trataba de la revocación de la donación ante el incumplimiento de las «cargas» que el instituido heredero recibió junto con los bienes donados, era una ley que se alegaba por la doctrina como remedio ante el incumplimiento de este derecho de los acogidos[14]. En este mismo sentido, la jurisprudencia navarra se ha pronunciado a lo largo del tiempo sobre este extremo en algunas de sus sentencias[15], señalando

(9) Nagore Yárnoz, J., 1995, pp. 549 y 553.
(10) Las dotaciones han desaparecido con la LMAFN.
(11) Rentería Arocena, A., 2002, p. 392.
(12) STSJNav 28 de diciembre de 2000.
(13) Nagore Yárnoz, J., 1995, p. 551.
(14) Sabater Bayle, E., 2013, p. 643.
(15) SAT de Pamplona 19 de noviembre de 1970; o, más adelante, STSJNav de 28 de noviembre de 2000. Con relación a esta última sentencia, Pérez García discrepa señalando que, en el caso analizado, al haberse inscrito tal derecho en el Registro de la Propiedad, los terceros (entre ellos el subadquirente de la Casa) no podían resultar protegidos por el artículo 34 LH al carecer de buena fe, siéndoles por tanto, oponible el derecho de acogimiento por parte de sus titulares. Pérez García, M. J., 2001, p. 1736.

que el derecho de acogimiento no constituye un derecho real sobre el inmueble, sino una carga personal para el sucesor en el patrimonio.

A mayor abundamiento, la doctrina ha señalado que la enajenación –voluntaria o forzosa– del inmueble en el que viven el instituido o donatario y los beneficiarios por el acogimiento, impide a los acogidos que no tengan asegurada su permanencia en dicho inmueble mediante un derecho real de habitación u otro de eficacia real, mantenerse en él contra la voluntad del nuevo propietario. Lo cual no significa necesariamente la extinción del acogimiento, puesto que los beneficiarios conservarían, frente al gravado, las acciones personales para la consecución de la efectividad de su derecho, incluso por medios sustitutivos, a través de la concesión de un capital o pensión (antigua ley 132 FN).

C) Modos de uso en las comunidades familiares formalmente constituidas y en las comunidades familiares de hecho

Junto a la realidad de la Casa, el FN recogía, de modo más genérico, otros dos caminos que conducían a una fórmula de cohabitación entre distintas personas con distintos derechos y modos de uso de la vivienda. Se trata de las comunidades familiares formalmente constituidas y las comunidades familiares de hecho.

La de las comunidades familiares formalmente constituidas (reguladas en la antigua ley 128 FN) es una realidad amplia que ha existido a lo largo de la historia en otros países y ordenamientos que, en palabras de Gaudemet recogidas y asumidas por Lacruz Berdejo[16], se define por la conjunción de varios elementos: agrupación de personas vinculadas por un parentesco; existencia de un patrimonio común, cuyo estatuto jurídico y composición puede ser variado; comunidad de trabajo cuyo fin es dar valor al patrimonio común; gestión colectiva del patrimonio, lo que no implica que sea obra conjunta de todos sus miembros; y solidaridad afectiva, sentido del linaje o simple sentimiento de ayuda recíproca. Elementos que ayudan a distinguir una comunidad familiar de una simple indivisión patrimonial. La agrupación de individuos y la naturaleza de los bienes comunes permite una cierta comunidad de vida, pero los grados de esta vida común pueden ser múltiples: desde lo que es propiamente la vida bajo el mismo techo, a la sola explotación del patrimonio común, en cuyo caso, desaparece la comunidad de existencia y subsiste la de trabajo y bienes. La realidad de las comunidades familiares en Navarra, ha estado muy ligada a la Casa, pero la desborda. Cuando esa pluralidad de

(16) Lacruz Berdejo, L., y Sancho Rebullida, F., 1975, p. 244, nota 1.

personas ligadas por el parentesco conviven, la tenencia de la vivienda se basa en la propiedad por parte de quienes ostentan propiamente la titularidad –amos o dueños–, mientras que las de los demás sería una posesión tolerada, salvo que en su constitución se hubieran establecido derechos personales o reales en favor de todos o algunos de estos parientes. Al ser lo propio de las comunidades familiares formalmente constituidas su constitución formal, es decir, la existencia de un título constitutivo –habitualmente en escritura pública–, es ahí donde se establecían, los derechos en favor de los convivientes.

Por su parte, las comunidades familiares de hecho son realidades en las que se mantiene «una situación permanente de convivencia y colaboración entre personas y familias sin haberse establecido las reglas a que hubiera de sujetarse» (antigua ley 129 FN). Así pues, en este tipo de comunidades también concurrían dos o más personas entre las que mediaba una comunidad de vida, en sentido amplio, con o sin relación de parentesco, y sentimiento de ayuda mutua, de colaboración[17]. A lo que se sumaba, como elemento diferenciador, la ausencia de reglas establecidas para la regulación de esa realidad comunitaria, al carecer de constitución formal y, por tanto, de un título constitutivo en el que se plasmara una regulación o previsiones específicas pactadas sobre su funcionamiento. Tradicionalmente los supuestos que se entendían incluidos bajo esta denominación tenían que ver y giraban en torno a la Casa, cuando esa convivencia y actividad laboral total o parcial en pro del patrimonio familiar o de la Casa, se daba sin existir un acto formal de constitución ni previsión de reglas de funcionamiento[18]. En estos casos, aunque la inercia llevaba a que los modos de tenencia fueran muy similares a los que se daban en las comunidades familiares formalmente constituidas, nada impedía que, la propia realidad de hecho indicara otra cosa.

2.1.2 *Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales*

En la actualidad, la Casa ha dejado de ser el eje sobre el que pivota el Derecho civil Foral de Navarra y con la modificación y actualización del

(17) Sentencia del TSJNav de 9 de diciembre de 2014.

(18) Situación que podía tener su origen en una serie de supuestos de lo más variado, como, por ejemplo: 1. ser el desarrollo de una comunidad familiar «a prueba»; o 2. darse una llamada de los amos viejos de la Casa a uno de los hijos que anteriormente la había abandonado, derivándose de la vuelta del hijo la convivencia entre los integrantes de ambas familias, etc. Arregui Gil, J., 1995, p. 533.

Fuero Nuevo llevada a cabo en 2019[19] así se reflejó en el propio texto legal. Tanto es así que, en el debate de este texto, incluso se planteó la eliminación de la Casa como institución dada la constatación real de la práctica inexistencia de actos jurídicos dirigidos al mantenimiento y continuidad de la Casa[20]. Finalmente se mantuvo, pero relegada a ocupar, junto con esas instituciones que se derivan de ella, un solo título, el actual título XI del Libro I.

Así pues, todavía podemos encontrarnos con la realidad de la Casa y los modos de tenencia que han quedado señalados, pero sabiendo que, en la actualidad, por un lado, ya no se habla de amos viejos y amos jóvenes, sino de los dueños o de quienes, en los respectivos títulos de propiedad, tengan atribuida o reservada su administración (actual ley 112 FN) y al conjunto de personas unidas entre sí por su vinculación a la Casa, se los denomina «comunidad o grupo familiar» (la actual ley 127,1 FN). Y por otro que, tanto al hablar propiamente de la Casa como de las comunidades familiares formalmente constituidas como las de hecho[21], esta base personal que las compone es ahora releída según los parámetros de la realidad socio-cultural actual, realidad que es distinta a la que existía cuando se redactó el Fuero Nuevo, entre otras cosas, por la existencia de nuevos modelos de vida y de relaciones familiares.

Antes de que se produjera la modificación y actualización del FN, la regulación prevista para las comunidades familiares de hecho se venía aplicando en la práctica a otras realidades distintas de aquellas para las que nació. Por ejemplo, se aplicó a realidades derivadas de situaciones de crisis económico-sociales (como lo fue la crisis económica de 2008), tales como: hijos con sus familias (matrimonial, de unión en pareja, monoparental o reconstituida) que volvieron al hogar familiar –o hicieron hogar familiar en la vivienda de los hijos, sacando a los mayores de la residencia en la que estaban– donde se vivía de la pensión de los unos, las prestaciones del paro de otros, el salario –habitualmente escaso– de los más afortunados y el trabajo, el cuidado y la colaboración en la casa de todos, particularmente de los no incluidos en los apartados anteriores, dándose esa situación permanente de convivencia y colaboración sin reglas y, en lo que a nosotros interesa, concurriendo entre ellos distintos modos de tenencia y uso de la vivienda.

---

(19) Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

(20) Abarzuza Gil, M. A., 2020, p. 553.

(21) Actualmente reguladas en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título XI «La Casa Navarra», en el Capítulo I: «La Casa y su transmisión mediante donación ordenada para su unidad y continuidad» leyes 127 y 128 (la Casa); y en el Capítulo III «de las comunidades familiares», ley 134 LMAFN (las formalmente constituidas); y ley 135 (las de hecho).

Por su parte, el «acogimiento a la Casa»[22] es otra de las instituciones que también permanece tras la modificación y actualización del FN, señalando que «cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones otorgadas mediante escritura pública se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para ella, el sucesor en el patrimonio de la Casa tendrá el deber de cumplir con dichas cargas conforme a la disposición que las establezca, al nivel económico de la misma y a la costumbre del lugar». Son dos las diferencias que se dan con relación a la regulación anterior de esta figura. Por un lado, en cuanto a la forma del título que establece el derecho de acogimiento, en la que ahora no entramos; y, por otro lado, el actual precepto habla expresamente de «carga», expresión que la antigua ley 131 FN no contenía al definir ese derecho y carga que ha de ser respetada por quien recibe, como sucesor el patrimonio, en su condición de donatario o heredero, no por el hecho de haber devenido propietario. Es decir, que la inclusión de esta referencia, lo que hace es recoger lo que ya era, carga en sentido de obligación personal y no real, salvo que así se establezca expresamente.

2.1.3 *Nuevos modos de uso. Las comunidades de ayuda mutua*

La nuevas leyes 117-119 FN[23] regulan esta nueva figura de las comunidades de ayuda mutua que se caracterizan por: la convivencia entre dos o más personas mayores de edad (no se establece un límite máximo en cuanto al número de convivientes, a diferencia de la regulación catalana que los limita a cuatro si no son parientes –art. 240-2.2 CCat–); que pueden ser parientes en línea colateral sin límite de grado (quedando pues excluidas de estas relaciones los cónyuges, las parejas estables o de hecho, ley 118, 2 FN) o tener entre ellos relación de amistad o compañerismo; convivencia que se da bajo un mismo techo, en la misma vivienda

(22) Ubicado con la LMAFN en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título XI «La Casa Navarra», en el Capítulo IV: «Del acogimiento a la Casa y de las dotaciones», ley 137.

(23) Contenidas en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título IX «Comunidades de ayuda mutua», leyes 117 a 119 LMAFN. La ley 117 la define como un supuesto en el que «Dos o más personas mayores de edad que convivan en una misma vivienda habitual con voluntad de permanencia, sin contraprestación económica y con finalidad de procurarse asistencia entre ellos compartiendo los gastos comunes y el trabajo doméstico, pueden constituir una relación de ayuda mutua mediante convenio con forma escrita». En la Disposición final segunda de LMAFN que introduce esta institución, se prevé la elaboración de una futura ley foral que la desarrolle. Ley que todavía no se ha dado.

habitual; con voluntad de permanencia, lo cual dota a esa convivencia de estabilidad o continuidad en el tiempo; por razones de asistencia, de ayuda mutua (no se incluye expresamente las razones de afecto, pero tampoco están excluidas si van unidas a las de asistencia); compartiendo gastos comunes, trabajo doméstico, o ambas cosas; y estableciendo mediante «pacto escrito» (ya sea público o privado) su constitución y la regulación de sus relaciones, derechos y deberes durante la convivencia, así como la forma de contribución –igual o desigual– a los gastos y el trabajo doméstico (ley 119).

Se trata de una institución «importada» del sistema catalán, por tanto, ajena a la tradición navarra, aunque con alguna conexión con las comunidades familiares y con el acogimiento de personas mayores (24). De hecho, alguna de las realidades que ahora pueden encontrar acomodo en las actuales leyes 117 a 119 FN, antes de esta modificación de 2019 se venían solventando al amparo de la regulación relativa a las comunidades familiares de hecho y, dados los límites que se establecen en la regulación de las comunidades de ayuda mutua en cuanto a la forma (convenio por escrito, ley 117), es muy probable que la actual ley 135 FN relativa a las comunidades familiares de hecho siga sirviendo de amparo a supuestos que no encuentren acomodo en esta institución, sobre todo cuando se produce su disolución.

En el caso navarro, en el Preámbulo de la LMAFN se presenta esta figura como vinculada al envejecimiento progresivo de la población y, por tanto, como un instrumento con el que potenciar la protección de las personas mayores, dar solución a los problemas de soledad y aislamiento y como alternativa a su ingreso en residencias (25). No obstante, esta motivación no se ha plasmado en el establecimiento de ningún requisito concreto en la regulación de la figura, de tal manera que no genera ningún tipo de vinvulación. En todo caso, que esta inquietud sea la que subyace bajo la incorporación de esta institución, lleva a que algunos autores señalen la necesidad de vigilar que estos pactos no encubran un contrato de asistencia personal a cambio de una contraprestación en especie en forma de vivienda y sustento, dando lugar a un mercado ilegal de asistentes domésticos (26).

En lo que a la tenencia de la vivienda se refiere, pueden darse múltiples supuestos que no se contemplan por el legislador (a diferencia del caso catalán): que la vivienda pertenezca en propiedad a uno de los convivientes, a todos o a algunos de ellos, o que pertenezca a un tercero. Lo

(24) Así lo señala Díaz Martínez, A., 2020, p. 518, con quien estoy de acuerdo.
(25) Preámbulo III, 9 de la LMAFN.
(26) Carpi Martín, R., 2018, p. 184.

importante es que exista un título jurídico suficiente que legitime la posesión y tenencia de este grupo de personas. Mientras dura la convivencia, el modo de tenencia del titular, será el que se corresponda con el derecho real u obligacional que se ostenta (propiedad, usufructo, arrendamiento…), mientras que el modo de tenencia de los demás se apoya precisamente en la existencia de esa comunidad de ayuda mutua, no pudiendo ser calificada su tenencia como la propia de un comodatario ya que el comodato se caracteriza por su gratuidad y, en las comunidades de ayuda mutua, todos los convivientes aportan, aunque sea de distintos modos[27]. No obstante, esta consideración no es pacífica entre la doctrina, ya que hay autores que entienden que precisamente lo que existe por parte de los demás convivientes es una situación de comodato a su favor[28].

En caso de que el título habilitante sea un contrato de arrendamiento, se puede plantear un problema ya que, si el contrato de arrendamiento no estuviera suscrito por todos los miembros de la comunidad, la existencia de esta comunidad de ayuda mutua que *ad intra* nos explica el modo de tenencia de quienes no lo han suscrito, *ad extra* podría no ser suficiente para impedir que el arrendador pudiera pedir la resolución del contrato por cesión inconsentida del inmueble[29]. En caso de que un tercero, de forma altruista, dejara vivir a esta comunidad en una vivienda de su propiedad, estaríamos ante una situación de posesión en precario por parte de todos los convivientes cuya permanencia, en tanto que posesión tolerada, estaría a merced del mantenimiento de ese consentimiento por parte del titular del bien.

Si se extingue o se pierde el derecho sobre el que se sustenta la tenencia del inmueble (expropiación del inmueble, ejecución del mismo, extinción del usufructo o del arrendamiento, etc.), la comunidad de ayuda mutua se mantendrá, con la modificación que implicaría pasar a ocupar otro inmueble por otro título legal. Título por referencia al cual se calificarían las distintas tenencias de cada uno de los convivientes.

En caso de que se rompa la convivencia y/o se extinga la comunidad de ayuda mutua, la regulación navarra no establece una previsión al respecto, sino que lo deja a la libertad de pacto entre los convivientes. De modo que son múltiples las opciones con las que nos podemos encontrar. Así, si quien pone fin a la convivencia es quien era el titular de la vivienda o del derecho sobre ella, se puede haber previsto de antemano o establecer en el momento un plazo dentro del cual el resto de convivientes deberá encontrar un nuevo lugar donde residir, dando de este modo un margen de

(27) Díaz Martínez, A., 2020, p. 529.

(28) En este sentido se manifiestan, por ejemplo: Monedero Ribas, M., 2014, p. 144; y Gómez Soriano, M., 2022, p. 8.

(29) Díaz Martínez, A., 2020, p. 523.

tiempo en el que todavía se podrá ocupar la vivienda. Si no se da ese margen de tiempo o ya ha transcurrido, el titular tendrá en sus manos el ejercicio de la acción de desahucio si el resto de convivientes se niega a dejar la vivienda.

Nos encontramos ante una figura de nueva generación y todavía con tan poco recorrido en Navarra que no permite aventurar una valoración sobre su aplicación y repercusión.

2.2 **Los modos de uso de la vivienda vinculados a la Casa aragonesa**

En Aragón, la Casa ha tenido tanta vitalidad e importancia como en Navarra, pero su Compilación[30], en la que se constataba implícitamente su existencia como realidad social y familiar, se limitaba a señalar las instituciones y pactos que la sustentaban (en particular, en el artículo 33)[31]. El artículo 201[32] del actual Código del Derecho Foral de Aragón[33], prácticamente reproduce ese artículo 33, constituyendo al igual que el anterior un cajón de sastre donde, sin establecer regulación alguna, se enumeran instituciones familiares consuetudinarias. Su ubicación en sede del régimen matrimonial paccionado obedece a que todas las instituciones ahí mencionadas, tradicionalmente, se adoptaban en capítulos matrimoniales con la finalidad de mantener la familia y la Casa aragonesa[34].

De entre las instituciones que ahí se mencionan y que constituyen todas ellas comunidades familiares, destacamos el «acogimiento o casamiento a sobre bienes» y el «consorcio universal o juntar dos casas». En el primero de ellos, nos encontramos con una realidad a la que se llega en virtud de un pacto por el cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra u otras familias de parientes o extraños, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias[35]. En este caso, la familia que entra en la casa de la otra trabaja, administra y se beneficia en común de un determinado patrimonio en la forma y porción en que se establezca. Habitualmente se trataba de dos matrimonios con o sin hijos que unían sus esfuerzos para explotar de forma conjunta el patrimonio de uno de

(30) Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

(31) De Pablo Contreras, P., 1992, p. 669.

(32) Ubicado en el Libro II. «Derecho de familia», Título II. «De los capítulos matrimoniales».

(33) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

(34) Bayod López, M. C., 2015, p. 349.

(35) Bayod López, M. C., 2015, p. 350.

ellos –patrimonio agrícola, ganadero, industrial, comercial o de servicios–. La pareja «acogente» es la titular de los bienes (ya sean comunes o privativos de cualquiera de los cónyuges acogentes o una mezcla de ambos), mientras que los «acogidos», con independencia de que puedan realizar alguna aportación patrimonial (que, en todo caso habrá de ser menor con relación al patrimonio del acogente), se adhieren a la explotación y disfrute de esos bienes[36]. De este modo el «casamiento a sobre bienes» da lugar al nacimiento de una nueva comunidad familiar de la que surgen relaciones personales (de respeto y ayuda mutua) y patrimoniales para sus miembros; en ella, los acogentes llevan a cabo las facultades (entre ellas el uso de la vivienda) en tanto que propietarios, mientras que los acogidos lo hacen como usufructuarios[37], de modo que si éstos sobreviven a los acogentes, continuarán disfrutando de tal derecho durante toda su vida.

Por su parte, el «consorcio universal o juntar dos casas» se produce cuando dos casas distintas se unen, de lo que resulta una comunidad de explotación y disfrute a la par que de previsión hereditaria de la unidad. Las causas por las que se puede producir esta unión pueden ser: un acogimiento, cuando los acogidos tienen casa propia; o un doble heredamiento: se casan entre sí dos herederos de sus respectivas casas[38]. A diferencia del caso anterior, aquí se trata de la puesta en común de dos patrimonios de igual o similar entidad[39]. El resultado de esa unión es un nueva comunidad en la que deja de distinguirse entre los bienes de unos y de otros y los bienes ganados, para formar entre ellos una masa común indiferenciada[40]. Así pues, la forma de tenencia de los bienes que conforman esa masa común, entre los que se encuentra la vivienda, será la propia de los titulares.

Por último, el artículo 109 de la antigua Compilación aragonesa de 1967, recogía algo similar al acogimiento navarro, en favor de los hijos no herederos, con cargo al patrimonio familiar[41]. La diferencia con el caso navarro, estribaba en que, en el caso aragonés, esos derechos se establecían impositivamente por ley a cargo del heredero, mientras que, en el caso navarro, como ha quedado dicho, el origen no es legal sino por disposición voluntaria de los instituyentes a cargo del instituido heredero de la Casa. La actual Compilación de 2011 ya no contempla esta figura.

---

(36) Merino Hernández, J. L., 1986, p. 364.
(37) Merino Hernández, J. L., 1986, pp. 363 y 366-367.
(38) Bayod López, M. C., 2015, p. 350.
(39) Merino Hernández, J. L., 1986, p. 364.
(40) Merino Hernández, J. L., 1986, p. 370.
(41) Artículo 109 Compilación de 1967: «1. Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa. 2. No habiendo acuerdo sobre fijación de dote, ésta será determinada por la Junta de Parientes».

2.3 La Compañía familiar gallega y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella

Los artículos 157 a 170 de la Ley de Derecho civil de Galicia contienen la regulación de la compañía familiar gallega[42]. Esta institución se constituye entre labradores con vínculos de parentesco (sin limitaciones de grado), con la finalidad de vivir juntos y explotar en común «tierras, lugar acasarado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o a alguno de los reunidos» (art. 157). Salvo pacto en contrario, se entiende constituida la compañía familiar gallega cuando un pariente del labrador «case para casa». Se entiende por casar para casa el hecho de integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido. Dicha integración habrá necesariamente de documentarse cuando lo solicite cualquiera de las partes (art. 160). Se trata de una institución que, a pesar de haberse mantenido en la vigente Ley de 2006, tiene escasa vigencia actual[43].

Como señala la STSJG de 9 de noviembre de 2002, lo que subyace en el fondo en la Compañía familiar es la finalidad de conservar la casa petrucial o patrimonio familiar bajo la dirección del sucesor del petrucio, que éste solía asignar al hijo que consideraba más capacitado para tal menester, imponiéndole la condición de cuidarle y atenderle hasta su fallecimiento. De modo que lo esencial y lo que se busca con la institución no es tanto que el sucesor del petrucio contraiga matrimonio, sino que mantenga el patrimonio familiar y preste la debida atención al causante, conviva con él en la misma casa y le ayude en los trabajos domésticos y laboreo de los bienes[44]. Así pues, se repite también en el caso gallego esa estructura de funcionamiento en la que se busca mantener el patrimonio íntegro y que éste sea, desde antes incluso de fallecer su titular, gestionado y cuidado por quien será el sucesor, manteniéndose en unidad de convivencia bajo el mismo techo.

2.4 La Casa catalana y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella

También en el derecho catalán tradicional, se articulaba todo un sistema en torno a la sucesión en la titularidad de la Casa. De ahí que en él se

(42) Artículos ubicados en el título VIII del mismo nombre de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. En estos artículos se recoge el contenido de los artículos 100 a 111 de la anterior Ley de 1995, en términos, a su vez, análogos a los ya recogidos en la Compilación de 1963.

(43) Así lo reconocen, entre otros, Bello Janeiro, D., 2009, p. 31.

(44) Bello Janeiro, D., 2009, p. 35.

han dado figuras similares a las que hemos comentado en otros derechos forales. Así, en los heredamientos catalanes, el «hereu» era uno de los hijos y sus hermanos recibían en pago de sus derechos legitimarios, unos derechos de asistencia y «acogimiento» mientras estaban en la Casa conviviendo con el heredero (art. 71,3) [45]. Ese artículo 71 de la antigua Compilación catalana, presumía siempre, salvo estipulación contraria, los pactos de convivencia entre el heredante, el heredero y demás hijos. En ese pacto, todos ellos se comprometían a aunar sus esfuerzos bajo la dirección y libre administración del heredante, y a aportar al acervo común todos sus ingresos y las rentas de sus bienes, para mejor atender a las necesidades de la casa y a las particulares de sus miembros. Puig Ferriol señalaba que más que un pacto de unidad económica familiar, lo que ahí se producía era la constitución de una comunidad familiar, es decir, «una entidad creada por personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco, que aúnan sus esfuerzos al servicio de la pervivencia de la casa estableciendo una comunidad de vida entre ellos» [46]. Si bien la convivencia entre los miembros de la comunidad se deducía del contexto, esto en ocasiones podía entrar en conflicto con la libertad individual de cada uno. De ahí que, en las tradicionales escrituras de capitulaciones matrimoniales catalana, se preveían distintas soluciones si se daba ese supuesto de necesaria separación en la convivencia entre heredantes y herederos. Así, si bien en ocasiones se pactaba que, si los hijos herederos se separaban de los heredantes, esa separación implicaba la resolución del heredamiento, en otras ocasiones cuando tal voluntad se manifestaba, se planteaban distintas opciones tales como: asignar a los herederos unas habitaciones independientes, o la facultad de vivir en otra casa de los heredantes, o la entrega del pleno dominio de algunas fincas, o el usufructo y administración de una parte del patrimonio del heredante [47]. De modo que pudiera darse una cierta independencia en lo que a la convivencia bajo el mismo techo se refiere. De donde se desprende cuáles eran o podían ser los modos de uso entre ellos.

2.4.1 *Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales*

No es mucho lo que pervive de aquel tradicional sistema en el actual Código de Leyes Civiles de Cataluña. De hecho, encontramos tan solo un pequeño vestigio para el Valle de Arán, en el artículo 232-29 CCCat [48],

(45) Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña.
(46) Puig Ferriol, L.,1978, p. 159.
(47) Puig Ferriol, L.,1978, p. 160-161.
(48) Recogido en el Libro II del CCCat «La persona y la familia», Capítulo II «Regímenes económico matrimoniales».

que podemos decir que pervive formalmente en la norma porque se trata de una institución ya en desuso desde hace siglos pero que, desde el Conselh Generau d'Aran se intenta impulsar como régimen económico matrimonial[49].

Y es que el «pacto de convinença o mitja guadanyeria» que se recoge en ese precepto, puede constituirse como un régimen económico matrimonial propiamente dicho, si solo vincula a los cónyuges, pero cuando vincula no solamente a los cónyuges, sino también a los hijos y extraños[50], constituye una comunidad familiar o asociación patrimonial. Asociación con la que se trata de optimizar al máximo los recursos con los que cuenta la familia y disponer más manos para trabajar las tierras, considerándose como una prolongación de la propia familia. Conlleva también convivencia y se configura como una comunidad de bienes entre todos los asociados[51], con lo que ello implica cara al uso de la vivienda por todos ellos.

2.4.2 *Nuevos modos de uso. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua*

Sin duda, dentro de los nuevos modos de uso en el Derecho catalán, destacan las creativas figuras de la propiedad temporal y la propiedad compartida, en las que no nos vamos a detener por ser estudiadas monográficamente en otra parte de este Tratado. Aquí señalaremos otra figura de nueva creación, regulada en los artículos 240-1 a 240-7 del CCCat[52], las relaciones convivenciales de ayuda mutua. Lo que se regula bajo esta denominación es una relación que puede abarcar todo un abanico de realidades que se caracterizan por que dos o más personas (con el límite máximo de cuatro, salvo que sean parientes, artículo 240-2), unidas bien por vínculos de parentesco (sin límite de grado en la línea colateral) o de amistad o compañerismo, conviven, compartiendo la misma vivienda, poniendo en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de permanencia y ayuda mutua. A pesar de que las personas que la componen pueden ser parientes, no constituyen una familia nuclear, de

(49) Izquierdo Grau, G., 2018, p. 11.

(50) En su apartado 3.º, el artículo 232-29 CCCat dice: «la convinença también puede establecerse entre los progenitores y los hijos, e incluso entre extraños, pactando que los bienes ganados y los que se ganarán queden en comunidad mientras subsista la asociación».

(51) Izquierdo Grau, G., 2018, p. 24.

(52) Ubicados en el Título IV, del Libro II, de la Ley 25/2010, de 29 de Julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

modo que queda excluido tal supuesto para matrimonios o parejas estables, realidades éstas que ya cuentan con su propia regulación.

A diferencia de lo que ocurre en Navarra, que ha importado esta figura de esta regulación, con algunas diferencias, en Cataluña estas relaciones pueden constituirse de dos formas: a través de la manifestación formal del consentimiento en escritura pública, o por la constatación de hecho de la convivencia durante dos años mediante acta de notoriedad (art. 240-3 CCCat)[53]. Que se prevea una forma de constitución de hecho, opción no prevista en el FN, facilita amparo y acogimiento a este régimen previsto.

En lo que a nosotros interesa, las personas que conforman la comunidad de ayuda mutua, viven en una misma vivienda de forma habitual y con voluntad de permanencia, contribuyendo todas ellas a su sostenimiento, sin mediar retribuciones. Es decir, que todos ellos comparten los gastos comunes o el trabajo doméstico o ambas cosas, en forma igual o desigual según se haya acordado (art. 240-4). Pudiendo incluso, tanto el trabajo doméstico como las cargas, ser asumidas íntegramente por uno de ellos, si así se pacta.

El uso de la vivienda que comparten y en la que conviven, puede obedecer a distintos supuestos. El artículo 240-6 CCCat, en el que se regulan los efectos de la extinción de esta comunidad respecto a la vivienda, nos acerca a alguno de los más significativos: propiedad y arrendamiento. Así, en su primer apartado se contempla la posibilidad de que la vivienda fuera propiedad de alguno o algunos de los convivientes y se diera la extinción de las relaciones de convivencia en vida de todos ellos, establece el precepto para este caso que, los convivientes que no fueran titulares, deberán abandonar la vivienda en el plazo de tres meses. Si lo que acontece es el fallecimiento del propietario de la vivienda, los demás convivientes tienen derecho a permanecer en la vivienda durante 6 meses, a contar desde su muerte (art. 240-6, 2 CCCat), debiendo abandonar la vivienda transcurrido ese tiempo, salvo que hubieran pactado otra cosa. En caso de que la persona muerta fuera la arrendataria de la vivienda, los convivientes tendrán derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior. A tal fin, los convivientes deberán notificarlo al arrendador, en el plazo de tres meses desde el fallecimiento

(53) Este precepto ha de relacionarse con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 19/2010, de 7 de junio de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, donde, en las adquisiciones por causa de muerte entre miembros de una relación de convivencia de ayuda mutua, los adquirientes quedan asimilados a otros descendientes en la aplicación de las reducciones a efectos de calcular la cuota tributaria. Puig Blanes, F. P., y Sospedra Navas, F. J., 2020, p. 609. De ahí el interés por conocer cuándo se constituye esta comunidad.

del arrendatario (art. 240-6, 3 CCCat)[54]. En todos los supuestos señalados, se trata de dar un tiempo prudencial al resto de los convivientes, bien individualmente o en grupo –pues nada impide que entre ellos se mantenga la realidad de comunidad de ayuda mutua–, para buscar otro lugar donde residir, pues su uso de la vivienda se apoyaba en el derecho que tenía su titular y, fallecido éste o extinguida la comunidad, ya no les ampara.

3. DERECHOS REALES FORALES QUE ATAÑEN AL USO DE LA VIVIENDA

En el ámbito de los derechos forales, también se puede hablar de los modos de tenencia clásicos recogidos en los libros o secciones de sus Códigos y Compilaciones relativos a los derechos reales. En esta categoría, se encuentran en primer lugar la propiedad temporal y la propiedad compartida, dos nuevas formas de propiedad introducidas en el Libro V del Código Civil de Cataluña por la Ley 19/2015, de 29 de julio, con la intención precisamente de facilitar el acceso a la vivienda. No nos detendremos en estas figuras dado que son estudiadas en otro apartado de este Tratado. Sí lo haremos, por contra, en los derechos de habitación que con distintas particularidades aparecen en algunos de los derechos forales.

3.1 **El derecho de habitación en Navarra**

El derecho de habitación[55] en Navarra, de carácter gratuito[56] y vitalicio, tiene un objeto más amplio que en el derecho común pues concede a su titular la facultad de ocupar una vivienda ajena en su totalidad y de forma exclusiva, salvo disposición legal o voluntaria en contrario (ley 424 FN). Así pues, en ausencia de limitaciones legales o voluntarias, el habitacionista puede usar toda la vivienda en exclusiva, sin que la extensión de su derecho

(54) Entiende la doctrina que, en este supuesto, al establecer un nuevo supuesto de subrogación *mortis causa* en el derecho de arrendamiento, el legislador catalán se ha extralimitado en sus competencias. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 1998, Tribuna.

(55) Regulado en el Libro III «De los bienes», título IV «Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares», capítulo II «De la habitación, uso y otros derechos similares», leyes 423 a 425 FN (este capítulo no se ha visto modificado por la LMAFN).

(56) Lo cual no impide que, al igual que en otros ordenamientos, el titular deba abonar las cantidades relativas a «contribuciones, suministros, servicios individualizados y gastos que graven precisamente el uso exclusivo que él hace de la cosa», así como «las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario» (ley 423,2 FN).

quede determinada por sus necesidades y las de las personas que conviven con él, como sí ocurre en el derecho común (art. 525 CC).

Además, a diferencia también del derecho común, puede el habitacionista arrendar la vivienda total o parcialmente mientras dure su derecho, de modo que al extinguirse el derecho de habitación, se extingue también el arrendamiento sin posibilidad de prórroga alguna (ley 424 FN)[57]. Que se otorgue esta facultad al habitacionista, no implica que el derecho de habitación sea transmisible, dado que lo que se cede temporalmente es el uso del bien sobre el que recae el derecho real del que, por otro lado, se sigue siendo titular. Quien es titular del derecho real y poseedor mediato del bien es el habitacionista; mientras que el arrendatario es titular de un derecho personal –arrendamiento– que le otorga la posesión inmediata del bien. El FN dice que se puede arrendar el bien, pero no que se pueda ceder el derecho. En ningún momento se dice que éste sea enajenable, cosa que sí implicaría la transmisibilidad del derecho real. Así pues, en Navarra el derecho de habitación sigue siendo intransmisible y, por eso mismo, no hipotecable[58]. Por otro lado, el texto legal tan solo dice que se puede arrendar la vivienda, de modo que tampoco se puede ceder su uso total o parcialmente a título gratuito[59].

Si bien es cierto que el tenor literal de la norma no hace referencia a la necesidad habitacional, se requiere que el inmueble sobre el que recae este derecho reúna condiciones de habitabilidad porque ese suele ser su destino habitual. Lo cual no implica que necesariamente vaya a ser la vivienda habitual del habitacionista y los suyos («los que con él convivan»), puesto que, al no exigirlo la norma y permitir también su arriendo total, puede ser otro el uso que éste le dé. Por ejemplo, podría ser usada como segunda vivienda, lugar de descanso o recreo[60].

Por otro lado, la modificación y actualización del FN que tuvo lugar en 2019 introdujo un nuevo derecho de habitación legal en favor de las personas con discapacidad o dependencia, inspirado en el artículo 822,2 CC[61]: «Tendrán derecho de habitación sobre la vivienda habitual los ascendientes o descendientes con discapacidad o dependencia que convivan

(57) La facultad que se reconoce al habitacionista de ocupar la vivienda total y exclusivamente, así como arrendarla total o parcialmente, son opciones que el legislador navarro adoptó retomando la configuración Justiniana de esta figura. Díaz Brito, F. J., 2002, p. 1409.

(58) En este sentido discrepo de lo establecido por Elizari Urtasun, L., 2020, p. 1795.

(59) Con relación a este extremo la doctrina es unánime. Así, Arregui Gil, J., 2002, p. 362; y Díaz Brito, F. J., 2002, p. 1411.

(60) Entre otros: Elizari Urtasun, L., 2020, p. 1799.

(61) Como bien señala Elizari, dadas las características propias del derecho sucesorio navarro que se rige por la libertad de disposición y donde no existen legítimas con contenido económico, resulta innecesaria una norma como la prevista en el apartado primero del artículo 822 CC (donación o legado de derecho de habitación). Elizari Urtasun, L., 2020, p. 1803.

en la misma con su titular en el momento de su fallecimiento siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente» (ley 425,1 FN). Este derecho, que puede coexistir con otros que sobre la vivienda se hubieran establecido en favor de otras personas, «concede a su titular la facultad de ocupar dicho inmueble para sí y para los que con él convivan con la exclusiva finalidad de satisfacer su necesidad de vivienda y no podrá ser objeto de arrendamiento» (ley 425,2 FN). Dado que la única finalidad de este nuevo derecho es la de cubrir la necesidad habitacional de las personas que se encuentran en tal situación, su regulación se separa en dos aspectos de la del régimen general establecido para el derecho de habitación en las leyes anteriores. Por un lado, el habitacionista usa este inmueble exclusivamente como vivienda habitual (no podrá ser, por tanto, su segunda vivienda o vivienda de recreo u ocio) y, por otro lado, no podrá ser objeto de arrendamiento total ni parcial. Aunque no se dice, se entiende que, al igual que el derecho de habitación general, el habitacionista puede utilizar la totalidad de la vivienda, tanto él como las personas que con él convivan o sus cuidadores. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la propia ley 425 FN advierte de que este derecho puede coexistir con «otros derechos» que correspondan a otras personas, sobre la misma vivienda. Se entiende que se trata de otros derechos de uso y disfrute como puede ser el usufructo de viudedad, en favor del cónyuge viudo (ley 253 FN).

Se trata pues de un derecho que nace automáticamente, al fallecer el propietario de la vivienda, a favor de las personas que se encuentran en esa situación, siempre y cuando concurran todos los elementos previstos en la norma: que el inmueble propiedad del causante, fuera su vivienda habitual y también la de la persona a cuyo favor nace este derecho, de modo que ambos ya convivían en él con carácter previo al deceso (no se exige un periodo mínimo de convivencia); que el beneficiario de este derecho sea ascendiente o descendiente con discapacidad o en situación de dependencia, (a diferencia del artículo 822 CC no se exige que sean legitimarios); y, por último, que el causante no haya dispuesto otra forma de cubrir esa necesidad, sea por la vía que sea.

3.2 El derecho de uso de vivienda y el derecho de habitación en Cataluña

A diferencia de lo que ocurre en el derecho común y en los demás derechos forales, Cataluña tiene la particularidad de regular a través del

derecho de uso y el derecho habitación[62], dos modalidades de uso de la vivienda de distinto alcance. El primero de ellos, el derecho de uso de una vivienda, tiene, como en el caso navarro, una mayor extensión pues «se extiende a la totalidad de esta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos» (562-7 CCCat); mientras que el derecho de habitación, ciñe su extensión, como el derecho común, y «comporta el derecho a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indican en el título de constitución o, en defecto de esta indicación, los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos, aunque el número de estas aumente después de la constitución» (562-9 CCCat).

Tradicionalmente estos derechos han sido considerados personales, en tanto que se constituyen *intuitu personae* y con la finalidad de dar cobertura a necesidades habitacionales. No obstante, la referencia explícita a la necesidad de alojamiento solo aparece en el derecho de habitación, de ahí que el bien no pueda ser usado para otras finalidades, a diferencia del derecho de uso de vivienda en el que ésta sí puede ser usada para otras finalidades (como ocurre en el caso navarro), como por ejemplo, lugar de estudio[63]. Del mismo modo, el titular del derecho de uso de vivienda puede también alquilar las dependencias que no necesite, haciendo suyos los frutos sin necesidad de obtener el consentimiento del propietario; mientras que el titular del derecho de habitación no goza de esta facultad.

Así como en derecho común el derecho de habitación se configura como intransmisible, no pudiéndose arrendar el uso, ni traspasar el derecho (art. 525 CC); y, en el derecho navarro, si bien no se puede traspasar el derecho, sí que se puede arrendar total o parcialmente la vivienda (ley 424 FN –no aplicable al derecho de habitación en favor de persona con discapacidad, ley 425 FN-), en el derecho catalán, además de poderse arrendar parte de la vivienda (solo aplicable al derecho de uso de vivienda) sin necesidad de contar con el consentimiento del propietario, se prevé expresamente (art. 562-4,1 CCCat) que el titular pueda gravar o enajenar *inter vivos* ambos derechos siempre y cuando se den dos requisitos: 1. que se cuente con el consentimiento del propietario; y 2. que el derecho no tengan carácter alimenticio. Adquiriendo el derecho en estos casos un cierto carácter patrimonial. Se contempla además en el artículo 562-2 CCCat que, si el propietario del bien sobre el que se han constituido estos derechos, hipoteca posteriormente el bien, la ejecución

(62) Regulados en el Libro V «relativo a los derechos reales», título VI «de los derechos reales limitados», capítulo II «el derecho de uso y el derecho de habitación», artículos 562-1 a 562-11 CCCat.

(63) Bosch Capdevila, 2023, p. 427.

de la hipoteca conllevará la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución (sin perjuicio de lo establecido por los artículos 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar). Llama la atención el papel que se le da a ese consentimiento por parte del habitacionista en perjuicio propio y vinculado a un ejercicio natural de facultades por parte del propietario del bien.

El titular del derecho de uso de vivienda tiene a su favor la facultad de poseerla, utilizarla y disfrutarla según lo establecido en el título constitutivo o en la medida precisa para satisfacer sus necesidades y las de las personas que convivan con él (art. 562.6 CCCat). Estos, que son los beneficiarios del derecho, se caracterizan por convivir de forma estable y permanente con el habitacionista y por que éste se hace cargo de su mantenimiento[64]. El número de los beneficiarios puede variar y tienen derecho a poseer y utilizar la vivienda mientras no cese el derecho o la convivencia.

También en el derecho de habitación se distingue entre el titular y los beneficiarios a los que se les requiere ser convivientes, sin que tenga relevancia si les une o no parentesco con el titular. A diferencia del derecho de uso de vivienda, el derecho de habitación atribuye el uso de las dependencias exclusivamente para satisfacer una necesidad de alojamiento, no pudiendo por tanto atender a otras necesidades salvo que el titulo constitutivo establezca otra cosa. Por otro lado, algún autor señala que, si en el titulo constitutivo no se prevé nada al respecto y se acredita la necesidad, se da el caso de que este derecho puede llegar a extenderse a toda la vivienda[65]. Como ha quedado señalado, en este caso el habitacionista no puede arrendar ni ceder parte de la vivienda, dado que solo usa las dependencias imprescindibles para satisfacer su necesidad de alojamiento.

3.3 **El derecho de *estatge* y el derecho de habitación en Baleares**

Por su parte, la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, también contempla dos figuras con distinto alcance en esta materia: el derecho de *estatge* en Mallorca (excluida expresamente para Menorca en el artículo 65 Complicación)[66] y el derecho de habitación en Ibiza y Formentera.

(64) Matiz que señala Bosch Capdevila, 2023, p. 424.

(65) Solé Resina, 2022, p. 476.

(66) El artículo 65 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares señala que: «En la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta Compilación, a excepción de los artículos 54 a 63» y el derecho de *estatge* se encuentra recogido precisamente en el primero de los artículos excepcionados.

El derecho de *estatge* «confiere el derecho personalísimo e intransferible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten» (art. 54 Compilación)[67]. Se trata de una variedad consuetudinaria del derecho de habitación[68] que busca la protección de los miembros del grupo familiar más necesitados (ancianos e incapacitados)[69]. Pero que también puede darse entre personas unidas entre sí por lazos familiares o cuasi familiares, o como puro acto de liberalidad como una forma de premiar o recompensar unos servicios prestados, especialmente cuando el concedente es una persona de edad[70]. La norma incide expresamente en su carácter personalísimo, intransferible[71] y gratuito, vinculando la extensión de las habitaciones a ocupar a las necesidades existentes al respecto. A diferencia de lo que ocurre en los derechos común, navarro y catalán, en el texto balear no se explicita si los beneficiarios de este derecho son las personas de la familia del titular (como dice el CC) o quienes convivan con él (como hacen el FN y CCCat). A pesar de no explicitarse, la interpretación y aplicación que se viene haciendo de este derecho se refiere a los beneficiarios como los miembros de su familia más próxima (cónyuge, hijos, y dependientes), con un contenido más cercano a la redacción del Código civil. En caso de que el habitacionista ceda su derecho a otros distintos de los señalados, permitiendo el uso de las dependencias a terceros extraños, a través de su cesión o arrendamiento, el derecho de *estatge* podría decaer por incumplimiento o abuso grave[72].

El derecho de *estatge* se extiende a las dependencias de la casa necesarias para su titular y familia, sobre las que tiene un derecho privativo, pudiendo también usar las dependencias comunes con los demás

(67) El artículo 54 se encuentra ubicado en el Libro I de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, intitulada «Disposiciones aplicables en la isla de Mallorca», Título III. «De los derechos reales».

(68) Aunque la regulación del derecho de *estatge* tiene matices propios, todo lo establecido en el artículo 54 de la Compilación tiene cabida en el amplio molde del derecho de habitación regulado en el Código civil. No obstante, la Compilación mantiene su denominación consuetudinaria por su conocimiento y tradición en su empleo por parte de la población. Mir de la Fuente, T., 1980, p. 853; y Campoy Traginé, R., 2000, p. 4802.

(69) Campoy Traginé, R., 2000, p. 4806.

(70) Monserrat Quintana, A., 2004, p. 141.

(71) En estos dos rasgos abunda la jurisprudencia. Así la STSJB de 7 de marzo de 1997 dice de este derecho que es un «derecho real, de naturaleza inmobiliaria, personalísimo, que no puede ser cedido o transmitido a tercero por título alguno, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*».

(72) Si bien la jurisprudencia ha señalado que esta consecuencia ha de interpretarse en sentido restrictivo. Así SAP Baleares de 4 de febrero de 1992.

poseedores legítimos, sobre las que tiene un uso compartido. Evidentemente queda excluido el uso de las dependencias que tengan atribuidas privativamente los demás poseedores legítimos con quienes se concurre. Para la determinación de las dependencias necesarias en cada caso concreto habrá de estarse a la intencionalidad del concedente del derecho reflejado en el título constitutivo y a las necesidades del titular del derecho. En todo caso, lo que no puede producirse nunca es que, en virtud de este derecho se ocupe la totalidad de la casa (cosa que sí podría ocurrir en el derecho de habitación previsto en el CC si la necesidad así lo exige y se prevé también con carácter general en el derecho de habitación de Navarra y en el derecho de uso de vivienda en Cataluña). Y es que en el caso balear, forma parte del contenido esencial de este derecho el que la ocupación de la casa sea parcial[73].

Por su parte, el derecho de habitación previsto para Ibiza y Formentera, es un derecho «consistente en el disfrute de los elementos y pertenencias comunes de la vivienda y, en especial, de una habitación independiente que cierre con llave. El disfrute de todos los mencionados elementos y habitación, salvo estipulación expresa en contrario, se entenderá que es en la medida suficiente para atender a las necesidades del titular del derecho, y su contenido comprenderá, a título enunciativo, todo lo relativo al "porxo", cocina, cisterna de la casa y frutas frescas» (art. 85 Compilación)[74]. Este derecho tiene su origen en la necesidad de proteger a las hijas, habitualmente menos favorecidas que los hijos –en concreto que el hereu– en las atribuciones patrimoniales. De ahí que, en los capítulos matrimoniales, en los denominados «espolis» con heredamiento a favor del hijo que se casa, en las donaciones *inter vivos* o en las disposiciones *mortis causa*, era habitual que se incluyera una cláusula con este derecho a su favor con la que se les aseguraba una morada para el futuro[75]. El empleo de esta institución con esta finalidad hace tiempo que cayó en desuso, de ahí que la aplicación y caracterización actual de este derecho es muy similar al derecho de habitación recogido en el Código civil, encajando en el molde de esa regulación. Hace ya algunos años, la doctrina balear decía que ese encaje no implicaba que pudiera hablarse de equiparación total entre ambas figuras, pero que el siguiente paso sería tal equiparación total[76]. Probablemente, en la actualidad, ya sea posible decir que ese paso ya se ha producido.

---

(73) Es un derecho «esencialmente parcial». Campoy Traginé, R., 2000, p. 4804.

(74) El artículo 85 se encuentra ubicado en el Libro III, intitulado «Disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera», Título III. «De los derechos reales».

(75) Cerdá Gimeno, J., 1981, p. 539.

(76) Cerdá Gimeno, J., 1981, p. 540.

3.4 **El derecho de habitación del cónyuge viudo en el País Vasco y otros derechos forales**

En el artículo 54 de la Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco[77], se establece el derecho de habitación para el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho, señalando que: «[…] además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho».

Si bien se trata de un verdadero derecho real, de naturaleza legal, nos encontramos en un ámbito distinto, pues este derecho de habitación que recae sobre la que ha sido la vivienda conyugal con independencia de su carácter privativo o ganancial, forma parte de los derechos sucesorios[78] atribuidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, mientras mantenga tal estado y no lleve a cabo ninguno de los actos que se detallan en el precepto. La atribución de este derecho se le otorga además de la legítima[79], constituyendo un añadido distinto del usufructo legitimario[80]. Lo cual indica el carácter protector del mismo para con el viudo, aunque venga condicionado por esa especie de deber de fidelidad *post mortem* para con el premuerto. En caso de que el causante hubiera previsto un usufructo universal en favor del superviviente, lógicamente este derecho subsumirá el de habitación, no entrando en juego en ese caso. La doctrina atribuye a este derecho de habitación el mismo carácter intransmisible que el artículo 525 CC atribuye al derecho de habitación del derecho común, de modo que «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»[81], aplicándosele igualmente el régimen jurídico establecido en el Código civil por carecer de regulación específica en el Derecho vasco[82].

Este tipo de previsiones en favor del cónyuge viudo –en algunos casos también en favor del miembro supérstite de la pareja de hecho– en relación con la atribución de la que ha sido la vivienda habitual de la pareja, las encontramos con distinto alcance en otras regulaciones y no siempre

(77) El artículo 54 está ubicado en el Título II «De las sucesiones», Capítulo II «De las limitaciones a la libertad de testar», Sección 1.ª «De la legítima».

(78) Urrutia Badiola, A. M., 2016, p. 91.

(79) Tal y como está constituida puede llegar a gravar la parte de la legítima colectiva que corresponde a los descendientes ya que no afecta a la intangibilidad de la legítima (art. 56,2 LDCV). Lledó Yagüe, F., 2020, pp. 495 y 500.

(80) Al ser atribuciones legales independientes, el cónyuge viudo (o pareja supérstite) puede aceptar un llamamiento y rechazar el otro. Galicia Aizpurúa, G., 2016, p. 395.

(81) Fernández de Bilbao y Paz, J., 2015-16, p. 483.

(82) Fernández de Bilbao y Paz, J., 2015-16, pp. 493-495.

dan lugar a un derecho real de habitación. Lo que recalca el carácter «original» que tiene esta regulación vasca.

Así, lo único que podría aproximarse es, en el derecho común, el artículo 1406-4 CC que recoge un derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge supérstite, al poder incluir la vivienda habitual en su haber al hacer la liquidación de gananciales, pudiendo si así lo desea, expresar su deseo de que ésta le sea atribuida en propiedad o como derecho real de uso o habitación (art. 1407 CC). Es decir que, en este caso, el derecho que va a ostentar el viudo sobre la vivienda familiar –ya sea propiedad, uso o habitación– queda a merced de su voluntad. En los demás derechos forales, aun cuando se prevea ese derecho a incluir con preferencia en el lote del cónyuge supérstite la residencia habitual, no hay opción sobre el derecho a ostentar sobre ella (art. 267.2.g) CDFA). O en el derecho catalán, cuando se contempla en el artículo 231-31 CCCat el denominado derecho al año de viudedad o «any de plor», en favor del cónyuge viudo. Se articula como un derecho personalísimo, cuyo origen no es propiamente sucesorio, que atribuye al cónyuge supérstite no separado judicialmente o de hecho y que no sea usufructuario universal del premuerto, el derecho a continuar usando la vivienda conyugal durante el año siguiente al fallecimiento de su pareja (el artículo 234-14 CCat extiende este derecho a las parejas de hecho cuando muere uno de los convivientes). Pero no se articula como un derecho real a su favor. Entre otras, la sentencia del TSJCat de 8 de junio de 1993, calificó este derecho como «un beneficio viudal de urgencia y de una duración limitada**,** para que durante el primer año de viudedad el consorte superviviente pueda vivir en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del consorte premuerto». Así pues, en este caso tampoco se trata de un derecho real de habitación.

3.5 **Conclusión**

El derecho de habitación en las distintas modalidades forales analizadas, al tener el doble carácter de vitalicio (salvo si se establecen por tiempo determinado o se configuran con carácter alimenticio) [83] y gratuito [84] –sin perjuicio de la atribución de gastos y reparaciones–, condiciona el

(83) Cuando el derecho de habitación es de carácter alimenticio, su existencia y extensión viene determinada por la situación de necesidad del titular, de modo que se extinguen cuando desaparece tal situación de necesidad del titular. Bosch Capdevila, 2023, p. 419.

(84) Si bien la gratuidad forma parte del modo en que tradicionalmente se presenta este derecho, llama la atención que, en Cataluña, algún autor hace referencia a que la constitución de este derecho, cuando es voluntario, puede obedecer a un negocio jurídico *oneroso* o gratuito (Solé Resina, 2022, p. 470), aunque no se incida más en este aspecto, ni en sus repercusiones.

papel que puede jugar a la hora de solucionar problemas habitacionales, haciendo que éste sea muy reducido y circunscrito a realidades familiares o cuasi-familiares que es el papel que tradicionalmente viene desempeñando.

No obstante, podría ampliarse su alcance, como herramienta en manos de entidades sin ánimo de lucro o de las Administraciones Públicas, a la hora de desarrollar políticas de amparo de colectivos vulnerables. Ello, evidentemente, requeriría de establecer unos requisitos de entrada, como pueden ser que el derecho se estableciera con carácter alimenticio, vinculando su extensión temporal a la necesidad; y que la posibilidad de arrendamiento total o parcial de la vivienda quedaran excluidos en estos casos, en aquellos derechos que lo permiten, como son el catalán y el navarro. A lo que habría de unirse un presupuesto básico que es el que mayores dificultades presenta: contar con un parque de vivienda disponible para este fin.

4. OTRAS FIGURAS

Fuera del ámbito propiamente foral, en estos territorios, lo mismo que en los de derecho común, existe una amplia normativa sectorial autonómica con la que se busca regular de modo específico el acceso a la vivienda y dar respuesta a los distintos problemas que, con relación a ese acceso, se dan en la actualidad. Así encontramos regulaciones que hacen referencia a la vivienda desocupada o subutilizada[85], medidas relativas a vivienda protegida o alquiler social[86], planes de vivienda donde se contemplan «medidas urgentes» de todo tipo[87], o planes en los que se dan

(85) Artículo 5.2) de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda que prevé un régimen específico para la vivienda desocupada (modificado por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda); el artículo 12 del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, en el que se trata de la cesión y uso de las viviendas desocupadas; o el artículo 98 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, en el que se aborda un régimen específico para la vivienda desocupada.

(86) Decreto-ley 50/2020, de Cataluña, 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler; o la Ley Foral 28/2022, de 11 de octubre, por la que se determinan los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra para el año 2023 (en la que se señala el precio máximo a las viviendas protegidas).

(87) El Decreto-ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda; Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (modifica la Ley foral 10/2010, del Derecho a la vivienda en Navarra); o el Decreto ley 3/2020, de las Illes Balears de medidas urgentes en materia de vivienda.

cabida a medidas novedosas como alojamientos temporales, *cohousing*, viviendas intergeneracionales [88], etc.

No es este el lugar para entrar en el estudio de estas figuras, alguna de las cuales ya se trata en otra parte de este Tratado, únicamente, haré referencia al «alokairu» como una de esas novedosas y creativas fórmulas que abren nuevas posibilidades de actuación en aras a contar con más vivienda en el mercado. Esta figura, regulada en la Orden del País Vasco de 7 de diciembre 2021, de Actuaciones de fomento al alquiler y otras formas de uso de las viviendas y edificios residenciales, en su Capítulo V regula el programa de colaboración público-privada «alokairu» para fomentar un parque alternativo de vivienda de promoción y titularidad privada cedida para alquiler protegido a largo plazo (arts. 19 y 20). Consiste esta figura en que inversores institucionales que invierten en el sector inmobiliario (como fondos de pensiones, entidades de previsión social, compañías de seguros, sociedades de inversión inmobiliaria, sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria o cualquier otro) cedan por un tiempo un inmueble del que tengan la titularidad, poniéndolo a disposición del departamento de vivienda y agenda urbana del Gobierno Vasco, que le asigna una renta o canon mensual garantizado por el periodo de duración de la cesión, con previsión, en su caso, de opción de compra a largo plazo. El Gobierno Vasco será quien se encargue de llevar a cabo sobre el inmueble las obras de rehabilitación, mantenimiento y los sucesivos acondicionamientos que sean necesarios para su arrendamiento operativo a lo largo del plazo de cesión que se prevé que pueda ser de entre 7 a 75 años.

Este sistema presenta una serie de ventajas nada desdeñables en estos tiempos pues, por un lado, facilita que viviendas vacías («viviendas o edificios completos») de titularidad privada entren en el mercado del arrendamiento de vivienda; por otro, al ser el Gobierno quien fija el precio del alquiler, se consigue tener vivienda asequible para los arrendatarios; además, los titulares de esas viviendas –en principio esta norma parece dirigirse a personas jurídicas que pueden ser calificadas de «grandes tenedores de vivienda»– gozan de la garantía que supone la «intermediación» del poder público (el Gobierno Vasco en este caso) en cuanto a que es éste quien se encarga de llevar a cabo todas las obras de acondicionamiento y mantenimiento que requiera el inmueble, así como, si se da el

(88) Decreto 73/2023, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban el Plan de Vivienda 2022-2025, cuyo Capítulo VIII contiene el «Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares» (arts. 43-46); o la Orden del País Vasco de 7 de diciembre 2021, de Actuaciones de fomento al alquiler y otras formas de uso de las viviendas y edificios residenciales, en su capítulo VII regula la movilización de viviendas privadas para su destino a alquiler protegido en medios rurales y medidas contra la despoblación, y en su capítulo VIII, fórmulas alternativas de acceso a la vivienda, como el *cohousing*.

caso, reparación y rehabilitación, garantizándose que el bien no se va a depreciar; así como la previsión de la norma sobre la constitución de un Fondo de Mantenimiento y Rehabilitación del inmueble, y una póliza multiriesgo que permitan cubrir los riesgos inherentes a la titularidad de las viviendas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Abarzuza Gil, M. A., «Las donaciones propter nupcias. Del acogimiento a la casa y las dotaciones. La dote», *Derecho civil navarro* (Galve Sauras, J., dir.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018, 1.ª ed., pp. 547-566. Y 2020, 2.ª ed., pp. 548-571.

Arregui Gil, J., «De la disolución de las comunidades familiares», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 525-546.

— «De la habitación, uso y otros derechos similares», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2002, pp. 353-267.

Bayod López, M. C., «Comentario al artículo 201», *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (Dir.), Dykinson S. L, Madrid, 2015, pp. 349-350.

Bello Janeiro, D., «La compañía familiar gallega», *Revista de derecho agrario y alimentario,* Año núm. 25, núm. 54, 2009, pp. 31-41.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Familia de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1998, Vol. III, Tribuna.

Bosch Capdevila, E., «El derecho de uso y el derecho de habitación», *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila, Marcial Pons, 2023, pp. 419-432.

Campoy Traginé, R., «El estatge: un derecho de habitación esencialmente parcial», *Derechos civiles de España,* Julián Martínez-Simancas Sánchez, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coords.), Vol. 8, 2000, pp. 4799-4808.

Carpi Martín, R., «Familia por pacto. Relaciones convivenciales de ayuda mutua en Cataluña, tras casi veinte años en vigor: luces y sombras», *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Sanciñena Asurmendi (Coord.), 2018, pp. 179-192.

Cerdá Gimeno, J., «Comentario al artículo 85 de la Compilación de Baleares», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 538-552.

De Pablo Contreras, P., «La casa en derecho navarro: una aproximación jurídica», *Estudios de derecho civil: en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, 1992, pp. 663-678.

Díaz Brito, F. J., «De la habitación, uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano (dir.), 2002, pp. 1400-1417.

Díaz Martínez, A., «Título IX. Comunidades de ayuda mutua (leyes 117 a 119)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira (dirs.), 2020, pp. 518-531.

Elizari Urtasun, L., «De la habitación, uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira (dirs.), 2020, pp. 1792-1810.

Fernández de Bilbao y Paz, J., «El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho Civil Vasco», *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año XIV, núm. 27, enero-diciembre 2015-16, pp. 475-498.

Galicia Aizpurúa, G., *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, 2016.

García-Granero Fernández, J., «Comentario a la ley 48 FN», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 90-109.

Gómez Soriano, M., «Relaciones convivenciales de ayuda mutua en el Fuero Nuevo navarro», *Diario La Ley,* núm. 10094, 2022, versión *on line*.

Izquierdo Grau, G., «El pacto de "convinença" o "mitja guadanyeria". Era mieja guadanheria», *Revista Catalana de Dret Privat,* Vol. 19, 2018, pp. 11-33.

Lacruz Berdejo, L., y Sancho Rebullida, F., *Derecho de Familia*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1975.

Lledó Yagüe, F., «Comentario al artículo 54», *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Urrutia Badiola, Lledó Yagüe y Monje Balmaseda (dirs.), Dykinson, 2020, pp. 498-500.

Merino Hernández, J. L., «Comentario a los artículos 33 a 35 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés», en *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 335-377.

Mir de la Fuente, T., «Comentario al artículo 54 de la Compilación de Baleares», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1980, pp. 849-856.

Monedero Ribas, M., *Otras fórmulas de convivencia en el Código civil de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Monserrat Quintana, A., «El derecho de estatge», *Lecciones de derecho civil balear,* María Pilar Ferrer Vanrell (coord.), 2004, pp. 141-143.

Nagore Yarnoz, J., «Del acogimiento a la casa y de las dotaciones», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 546-567.

Pérez García, M. J., «El derecho de acogimiento a la casa y su oponibilidad a los terceros adquirientes» (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000)», en *Anuario de derecho civil,* Vol. 54, núm. 4, 2001, pp. 1723-1740.

Puig Blanes, F. P., y Sospedra Navas, F. J. (Coords.), «Las relaciones convivenciales de ayuda mutua», *Comentarios al Código Civil de Cataluña,* Tomo I, 3.º ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 605-616.

Puig Ferriol, L., «Heredamientos a favor de los contrayentes», *Comentarios al Código Civil* y *Compilaciones Forales,* Albaladejo García (Dir.), Tomo XXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1978, pp. 139-188.

Rentería Arocena, A., «Comentario a la ley 131 FN», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* Rubio Torrano (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 392-394.

Sabater Bayle, E., «La casa navarra (a propósito de las Leyes 48 y 75 del Fuero Nuevo de Navarra)», *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia,* núm. 10, 2013, pp. 635-658.

Santamaría Ansa, J., «Derecho de Familia», *Curso de Derecho foral navarro*, Vol. I (Derecho Privado), Pamplona, 1958.

Solé Resina, J., «Los derechos de uso y habitación», *Derechos reales de Cataluña*, Gete Alonso y Calera y Solé Resina (Coords.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 469-476.

Urrutia Badiola, A. M., *La ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco, Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Dykinson, 2016.

VII

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

A.1 Particularidades del crédito hipotecario para vivienda habitual. Panorama general *

Fernando Gomá Lanzón
Notario de Madrid
Fundación Hay Derecho

Resumen: *Se analizan las especialidades legales que conlleva el hecho de que constituya la vivienda habitual el objeto de la garantía hipotecaria, sea para garantizar un préstamo o crédito destinado a adquirir esta vivienda –supuesto más habitual–, sea para otras finalidades, con exposición sencilla y clara, que con poco esfuerzo permita al lector contemplar el panorama. No son objeto de este trabajo las normas especiales que no solamente son de aplicación a la vivienda habitual, sino a más inmuebles.*

Palabras clave: *vivienda habitua;, hipoteca inversa; concurso de acreedores carácter de vivienda habitual; constitución y ejecución de hipoteca.*

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

Abstract: *The legal specialties that entails the fact that the habitual residence constitutes the object of the mortgage guarantee are analyzed, either to guarantee a loan or credit destined to acquire this residence –the most habitual supposition–, or for other purposes, with simple and clear exposition, that with little effort allows the reader to contemplate the panorama. The special rules that apply, not only to the habitual residence, but to other properties, are not the object of this work.*

Keywords: *Principal residence; reverse mortgage; insolvency proceedings; character of principal residence; constitution and foreclosure of mortgage.*

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Cuándo una vivienda tiene el carácter de habitual? 3. ¿A quién corresponde determinar el carácter de vivienda habitual en una ejecución hipotecaria? 4. Vivienda habitual y constitución y ejecución de hipoteca. 5. La vivienda habitual y el concurso de acreedores. 6. La hipoteca inversa.

1. INTRODUCCIÓN

Como ya anuncia su título, se trata de ofrecer una visión general sobre ciertas particularidades. En concreto, sobre las que provoca en la legislación hipotecaria el hecho de que el bien hipotecado constituya la vivienda habitual de los que la gravan.

Un panorama general es aquel que permite contemplar, estudiar o exponer una cuestión en su conjunto. Es decir, sin entrar en demasiados detalles, lo cual es muy apropiado en este caso, porque esos detalles y la profundización específica corresponden a los trabajos que siguen a éste. Hay un cierto peligro en este tipo de panoramas, y es que, por ser meramente introductorios a otros trabajos que van a continuación, acaben siendo ignorados, puesto que el interesado en cada tema tendrá la tendencia de acudir directamente al trabajo específico. Dado que la primera intención de cualquier autor es que se lea lo que escribe, he optado por ofrecer una exposición sencilla y clara, que con poco esfuerzo permita al lector hacerse con la idea general.

Preciso que vamos a analizar las especialidades legales que conlleva el hecho de que constituya la vivienda habitual el objeto de la garantía hipotecaria, sea para garantizar un préstamo o crédito destinado a adquirir esta vivienda –supuesto más habitual–, sea para otras finalidades. Y, adicionalmente, que la vivienda habitual está, desde luego afectada

por muchas otras normas especiales, pero que no solamente son de aplicación a la misma, sino a más inmuebles, por lo que no son objeto de este trabajo. Este comentario es especialmente relevante en relación con el régimen de transparencia material implantado por la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que incluye entre otras medidas un acta notarial previa al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y que ha tenido en mi opinión unos resultados satisfactorios. Pero que no contiene medidas específicas para la vivienda habitual, salvo su voluntarista artículo 45, que dice: *Obligaciones tuitivas y disuasorias de las administraciones públicas.*

Las Administraciones Públicas velarán en todo momento por la correcta aplicación de la legislación en materia inmobiliaria e hipotecaria, especialmente en lo concerniente a las operaciones inmobiliarias sobre vivienda habitual o en las que sean partícipes los consumidores, adoptando las medidas de disuasión y sanción previstas en la Ley para evitar actuaciones irregulares por parte de intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, sociedades tasadoras y los prestamistas inmobiliarios.

La hipoteca sobre vivienda habitual no está tratada por el legislador por medio de una sola norma o varias conectada de una manera coherente, sino de manera muy fragmentada, en normas legales y reglamentarias. Las normas fundamentales que la tratan, son:

– Código Civil.
– Ley Hipotecaria.
– Ley de Enjuiciamiento Civil.
– Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
– Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
– Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
– Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
– Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables.

2. ¿CUÁNDO UNA VIVIENDA TIENE EL CARÁCTER DE HABITUAL?

Aspecto éste importante, porque no hay una norma, más allá de las fiscales, en la que se ofrezcan reglas claras para determinar en un momento dado ese carácter. Y ello tiene relevancia ser preciso en la determinación porque el legislador, con toda lógica, despliega una serie de medidas de protección a esta vivienda, que no son aplicables a otra.

Desde el punto de vista fiscal, vivienda habitual es la edificación que cumpla los siguientes requisitos:

1. Que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de al menos tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio o separación matrimonial; traslado laboral; obtención de primer empleo o cambio de empleo u otras análogas justificadas. Se entenderá igualmente como circunstancia que necesariamente exige el cambio de vivienda el hecho de que la anterior resulte inadecuada como consecuencia de la discapacidad del propio contribuyente o de su cónyuge o un pariente, hasta el tercer grado inclusive, que conviva con él o ella.

2. Que el contribuyente la habite de manera efectiva y con carácter permanente, en un plazo no superior a doce meses contados desde la fecha de adquisición o de terminación de las obras.

No obstante, se entenderá que la vivienda adquirida no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las circunstancias señaladas anteriormente y cuando el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización. En este supuesto, el plazo de doce meses comenzará a contarse a partir de la fecha del cese en el correspondiente cargo o empleo.

Una resolución de la anteriormente denominada DGRN (ahora DGSJyFP) de fecha 9 de octubre de 2018, nos ofrece unas interesantes indicaciones al respecto:

– El matrimonio implica una comunidad de vida que lleva consigo una «comunidad de vivienda», aunque, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras análogas, esa comunidad de vida no implica una comunidad de vivienda. Por tanto, la comunidad de vida no supone la existencia de una comunidad conyugal de vivienda en una misma casa.

– En el supuesto de que la comunidad de vida suponga también una comunidad de vivienda, se exige un acuerdo entre cónyuges (art 70 c.c.) y, una vez fijada ésta, la ley protege la vivienda habitual familiar, de acuerdo con el artículo 1320 c.c. Dicha protección de esta vivienda se articula mediante el consentimiento de ambos esposos, tanto del que es titular de la misma o del derecho sobre ella, como del otro cónyuge, pero nunca el de los hijos que puedan vivir en la vivienda, siendo indiferente cuál de los cónyuges es el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda, y la fecha en que la misma hubiera sido adquirida, bien antes o después del matrimonio y cualquiera que sea el régimen económico del mismo.

– La sentencia del TS 8 octubre 2010 señala que el artículo 1320 c.c., que exige el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de derechos sobre la vivienda habitual –o la subsidiaria autorización judicial– es una norma de protección a la vivienda familiar, protegiendo a un cónyuge contra las iniciativas unilaterales del otro. En el fondo de este artículo se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación.

– Además dicho consentimiento se exige para los actos dispositivos que afecten a la «vivienda habitual», empleando la ley este adjetivo, así como el adverbio «habitualmente» (arts. 9,10, 24,40, 1320, 1321, 1406, y 1955 c.c.). Habitual no equivale a permanente, pero denota un grado de continuación temporal, y se refiere a una vivienda en que una persona tenga su residencia, pero falta en ella el concepto de «vivienda habitual de la familia», ya que hay familias que tienen varias residencias, o que ocupan las viviendas alternativamente, o incluso supuestos en los que, que uno de los miembros de la pareja o ambos, pasan temporadas fuera del hogar familiar, bien por razones de trabajo, motivos de salud, o cabe incluso que una familia carezca de «vivienda familiar». La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y a través de él, a la familia, el espacio propio de convivencia, frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien.

3. ¿A QUIÉN CORRESPONDE DETERMINAR EL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA?

Será el Juzgado que conoce de la ejecución el que tenga en cada caso que determinarlo teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

No se prevé ningún procedimiento específico en la ley para tal calificación, en el momento en que debe sacarse a subasta el inmueble y exponer en el edicto las características del mismo de cara a la subasta, cuando las partes podrán realizar sus alegaciones al respecto.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social añade un párrafo 3 al artículo 21 de la Ley Hipotecaria, que establece que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

Esta misma presunción, salvo prueba en contrario, se aplica para el caso de que se pretenda la venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado, al exigirlo así el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, por lo que será el notario el que tendrá que hacer en su caso las comprobaciones pertinentes.

En este caso de la venta extrajudicial, la prueba en contrario a la manifestación en escritura de que la vivienda es la habitual se debe sustanciar en la propia sede notarial, puesto todo el procedimiento de venta se ejecuta ante notario, sin intervención judicial. Salvo acuerdo expreso entre las partes acreedora y deudora, manifestando que esa vivienda no es la habitual en el momento de la ejecución, el notario deberá asegurarse de la condición o no de habitual, y el instrumento jurídico más adecuado es el acta de notoriedad, contemplada en el artículo 209 del reglamento notarial, que como indica este precepto tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica, lo cual encaja perfectamente en este caso.

El notario deberá tener en cuenta las notas que hacen que una vivienda tenga el carácter de habitual, antes comentadas, y exigir y practicar las pruebas precisas hasta llegar a la conclusión que proceda.

4. VIVIENDA HABITUAL Y CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DE HIPOTECA

La Ley hipotecaria solamente menciona la vivienda habitual en dos preceptos, los artículos 21 y 129, indicados en el apartado anterior, en relación con la necesidad de especificar si la vivienda que se hipoteca tiene o no el carácter de habitual. El Reglamento Hipotecario menciona otras

dos veces la vivienda habitual, pero en cuestiones que no tienen relación con la que estamos tratando (arts. 91 y 95).

Hay un supuesto frecuente, y es el de compra de una vivienda por parte de una persona casada, pero con el carácter de privativa, sea por el régimen matrimonial, por atribución consensuada con ese carácter o confesión de privaticidad, y que se declara que va a constituir –en el futuro, no en el momento de la declaración puesto que es cuando se adquiere– la vivienda habitual.

Se ha planteado si es un caso afectado por el artículo 1320 del Código Civil, y debería el cónyuge no propietario consentir la hipoteca, con el planteamiento de que este gravamen supone una posible enajenación futura de la vivienda.

La Resolución DGSJyFP de 26 de septiembre de 2022 reiterando doctrina anterior, aplica la teoría del negocio complejo, y declara que no es necesario este consentimiento: «este artículo 1.320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno solo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (art. 1.437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1.370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999)».

No obstante, en Cataluña sí es preciso este consentimiento por contemplarlo expresamente el artículo 569-31 del Código Civil catalán.

En materia de ejecución, hay que referirse a varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen reglas especiales. Como en todo este trabajo, nos referimos exclusivamente a preceptos que se refieren expresamente a la vivienda habitual no a otros, como por ejemplo el artículo 114 de la Ley Hipotecaria acerca de los intereses de demora que, siendo importante para la vivienda habitual, no está pensado exclusivamente para ella.

El artículo 575 LEC determina los importes por los que el Juzgado debe proceder a despachar la ejecución instada por el acreedor. En este sentido, deja claro la Ley que, además del importe adeudado, se ha de prever orientativamente una cantidad para costas e intereses (un 30%)

que una vez satisfecho el principal de la deuda, será objeto de las oportunas tasación y liquidación. Ahora bien, en lo referente a las ejecuciones dirigidas sobre una vivienda habitual, las costas no podrán superar un 5 % (párrafo 1 bis).

El artículo 579 LEC permite al acreedor que ha ejecutado el bien y que sigue teniendo crédito pendiente de satisfacer, continuar la ejecución respecto al resto de bienes del deudor (otros inmuebles, salarios, vehículos, participaciones sociales, etc.). Sin embargo, en el caso de que el bien que se ha ejecutado –y que por tanto el deudor ha perdido– sea la vivienda habitual, el legislador ha creído oportuno establecer toda una serie de limitaciones que, en la práctica, actúan de elementos disuasorios para el ejecutante.

Por el artículo 671, se confiere al acreedor ejecutante un plazo de veinte días hábiles para solicitar la adjudicación del inmueble, por importe equivalente al 50 % del valor de tasación que figura en la escritura de préstamo, o por la cantidad a la que ascienda la deuda. Ahora bien, en el caso de que dicho inmueble constituya la vivienda habitual del deudor, el acreedor deberá pedir la adjudicación por el 70 % (un 20 % más), o, si la cantidad adeudada es inferior a ese porcentaje, podrá pedirla por el 60 %.

Finalmente, la posibilidad que tiene siempre el deudor, como un derecho reconocido por el artículo 693.3 LEC, de liberar el bien antes de la subasta, sin consentimiento del acreedor, mediante la consignación de las cantidades adeudadas.

En materia de ejecución, es obligado asimismo referirse a la medida de suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Mediante el Real Decreto Ley 1/2024 de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, que ha entrado en vigor el 15 de mayo de 2024, se ha extendido hasta mayo de 2028 dicha moratoria prevista en la Ley 1/2013.

Esta medida, de carácter excepcional y temporal de protección de deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, ha venido prorrogándose y, en ocasiones, ampliándose en cuanto a su ámbito de aplicación, en virtud de sucesivas normas.

En la actualidad, la medida afecta a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, en el que el acreedor o cualquier otra persona física o jurídica, se hubiera adjudicado la vivienda habitual de personas en dichos supuestos de vulnerabilidad y que cumplan con los requisitos económicos que se exigen en la Ley 1/20213.

En consecuencia, en todos los supuestos de adjudicación de vivienda habitual de deudores amparados por la Ley 1/2013, no será posible proceder al lanzamiento mientras esté en vigor la moratoria. Solo una vez que se alce la suspensión será posible proceder al lanzamiento conforme a lo dispuesto en los artículos 675 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También queremos hacer mención al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual creó el denominado Código de Buenas Prácticas al que voluntariamente pueden adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Y que literalmente se crea para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

El Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cinco años y la ampliación del plazo total de amortización.

En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda.

Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Según se ha hecho constar en notas de prensa oficiales y noticias en los medios de comunicación, la práctica totalidad de las entidades financieras, y desde luego todas las más importantes, se han adherido a la aplicación de este código.

5. LA VIVIENDA HABITUAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

La ejecución de la vivienda habitual plantea particularidades de régimen cuando el titular se encuentra en concurso de acreedores. La complejidad y los problemas variados de interpretación que plantea esta cuestión no se pueden exagerar, y serán tratados en el apartado correspondiente por doña Matilde Cuena Casas.

Como dice la catedrática Cuena Casas, punto fundamental es la embargabilidad de la vivienda habitual y sus consecuencias económicas, suscitándose problemas cuando el concursado está casado, ya que es necesario cohonestar la normativa concursal con la de los regímenes económico-matrimoniales lo que en ocasiones va a generar disfunciones. El aspecto más complejo es la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, fruto de la reforma concursal operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que va a permitir –al menos nominalmente, que la vivienda no sea ejecutada. Cuando la vivienda está hipotecada y pertenece a ambos cónyuges o miembros de pareja de hecho y solo uno de ellos se declara en concurso se suscitan importantes dificultades interpretativas de la regulación vigente.

En todo caso, seguimos con la regla de claridad, que supone exponer aquellos preceptos que directamente se refieran a la vivienda habitual, por más que otros puedan afectarla, pero como consecuencia de incluir no solamente la vivienda habitual, sino otros bienes:

Así, en la Ley Concursal hay solamente cuatro preceptos que mencionan expresamente la vivienda habitual:

El artículo 125.3: El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.

Artículo 194.3: el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado.

Artículo. 497.2: La duración del plan de pagos será de cinco años, y no tres, cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia.

Y artículo 498 bis 1.2.º, sobre impugnación por acreedores de la exoneración del pasivo, cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual.

6. LA HIPOTECA INVERSA

El preámbulo de la ley 47/2007 defina la hipoteca inversa como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser

de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

Aunque el preámbulo no lo dice expresamente, es un instrumento pensado especialmente para recaer sobre la vivienda habitual, así lo deja clara su regulación, contenida de la disposición adicional primera de la ley. Está especialmente regulada la hipoteca inversa sobre la vivienda habitual en los puntos 1 al 9 de esta disposición adicional; pueden constituirse sobre otro tipo de inmuebles, pero entonces no se les aplicará la regulación de esos 9 primeros puntos.

Sin pretender ofrecer una crítica general a la institución de la hipoteca inversa, que se estudiará en el apartado correspondiente, sin embargo sí me parece procedente ofrecer mi opinión personal acerca de por qué en la práctica no ha sido un producto de financiación que haya tenido una aceptación generalizada.

Si tomamos el caso más frecuente, que es el de personas propietarias de inmuebles que tengan hijos o descendientes en general, la hipoteca inversa tiene, desde el punto de vista vital y cultural, algo de «inverso» en el sentido natural de las cosas. Y me explico. Los padres, desde que nacen los hijos, están preocupados por su bienestar, hacen de su cuidado una de las razones principales de su vida, y en general, la generosidad preside todos sus actos a lo largo de la vida de sus hijos.

Cuando se llega a la madurez, la ayuda que se puede prestar a los hijos es menor, y habitualmente se necesitan más cuidados, pero siempre flota la idea de no ser una carga para los hijos, ni en vida, ni tras el fallecimiento.

La hipoteca inversa en realidad supone, de manera absolutamente legítima, que los padres acaban dejando una carga a los hijos, en vez de una herencia. Y siendo algo que desde el punto de vista meramente racional podría tener todo el sentido, emocionalmente, y ya digo que es mi opinión personal, en muchas ocasiones se sentirá por parte de los padres como un incumplimiento de un deber moral, como hacer algo inverso a lo que se ha estado haciendo toda la vida. Con una hipoteca inversa, los propietarios están disminuyendo el valor de su patrimonio con el tiempo, ya que el importe prestado más los intereses (que suelen ser superiores a los habituales del mercado para las viviendas) se acumulan contra el valor de la vivienda.

Si los herederos desean conservar la propiedad, deberán liquidar la deuda acumulada, lo que puede ser una carga considerable. Si no pueden pagarla, la casa será vendida para cubrir la deuda. Todo eso supone casi lo contrario del afán habitual de los padres, que es dejar si es posible algún patrimonio, al morir, para sus descendientes.

Por esta circunstancia, es un producto que sin haber tenido un gran éxito en general, ha sido más frecuente en personas que carecen de descendientes.

Por razones que desconozco –en el sentido de que con comparto– la hipoteca inversa está excluida de las obligaciones de transparencia que establece la ley de Crédito Inmobiliario de 2016, puesto que las excluye expresamente en el artículo 2.4.f. Los cierto es que no hubiera sobrado en absoluto aplicar las disposiciones de la ley a las hipoteca inversa como entre otras las del acta notarial de transparencia prevista en el artículo 15.2, y que tan buen resultado ha dado en la clarificación de las cláusulas hipotecarias para los deudores.

Por esa circunstancia, en ocasiones las entidades concedentes de esta modalidad de hipoteca hacen que el prestatario acuda al notario para formalizar un acta de transparencia con un contenido similar al previsto en la ley de 2019, a la que se incorporan documentos de información contractual y de perfil psicológico, entre otros No es completamente asimilable al mecanismo previsto por la Ley de Crédito Inmobiliario, puesto que no es obligatoria ni gratuita, y como es voluntaria, en teoría podría formalizarse el mismo día del otorgamiento del préstamo e hipoteca inversa; y tampoco hay un plazo de 10 días desde que se recibe la documentación durante el cual esta prohibido otorgar la escritura de préstamo hipotecario.

A.2 Pluralidad de fuentes de regulación de los créditos hipotecarios e inmobiliarios: delimitación*

Helena Díez García
Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León
hdieg@unileon.es

Resumen: *En este capítulo se analizan las distintas normas que concurren a la regulación de los contratos de préstamo o crédito hipotecario o de los contratos inmobiliarios a fin de delimitar su respectiva órbita de influencia. En particular, se dedica una especial atención a estudiar el confuso ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

Palabras clave: *Contratos de préstamo hipotecario; contratos inmobiliarios; regulación.*

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

Abstract: *This chapter analyzes the different rules that concur in the regulation of mortgage loan or credit agreements or real estate contracts to delimit their respective scope of application. Special attention is devoted to studying the confusing scope of application of 5/2019 Act, of March 15, 2009, regulating real estate credit agreements.*

Keywords: *Mortgage loan agreements; real estate contracts; regulation.*

Sumario: 1. La inflación legislativa en el ámbito de los créditos hipotecarios e inmobiliarios. 2. Regulación aplicable a la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con consumidores. 2.1 La aplicación del TRLGDCU como derecho común: presupuestos. 2.1.1 La aplicación del TRLGDCU en relación con el control de transparencia y el de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. 2.1.2 Los conceptos de empresario y consumidor. 2.2 Normativa especial aplicable. 2.2.1 Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. 2.2.2 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. 2.2.3 Contratos de crédito inmobiliario con consumidores afectos a la LCCI. 3. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: ámbito de aplicación. 3.1 Ámbito temporal de aplicación. 3.2 Ámbito subjetivo de aplicación. 3.3 Ámbito objetivo de aplicación. 3.3.1 Contratos de préstamo hipotecario sobre inmuebles de uso residencial. 3.3.2 Contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad de inmuebles construidos o por construir. 3.3.3 Contratos de intermediación. 3.3.4 Contratos de préstamo hipotecario o con finalidad inmobiliaria excluidos del ámbito de aplicación de la LCCI. 3.4 Normativa de desarrollo de la LCCI. 3.5 Legislación autonómica y LCCI. 4. Bibliografía.

1. LA INFLACIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS E INMOBILIARIOS

Tras la crisis hipotecaria de 2008 se asistió a una proliferación de normas que trataron de prevenir una futura y eventual expansión crediticia hasta límites no sostenibles y, que, por tanto, apostaron por un endeudamiento o por una concesión de crédito responsable.

En particular, estas normas pretendían regular o corregir los déficits observados en una correcta formación de la voluntad contractual. Por razones fundamentalmente económicas y no tanto de justicia material, se aspiraba a nivelar formalmente la posición de las partes negociadoras en

la fase precontractual y a corregir cualquier asimetría, particularmente, informativa de la que pudieran adolecer y que como externalidad indeseada resultaba necesaria eliminar para así asegurar un funcionamiento eficiente del mercado. Al tiempo, y a nadie se le puede ocultar, con esta saturación regulatoria se pretendía igualmente excluir las vías de impugnación del negocio que pudieran fundarse en supuestos déficits informativos. Asimismo, se introdujeron medidas que pretendían asegurar una correcta evaluación de los riesgos que las partes asumen al concertar el contrato eliminando incentivos perversos que pudieran incidir en una incorrecta valoración de estos riesgos.

Fue, así, apareciendo un conjunto un tanto heterogéneo de normas, tales como, por ejemplo, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; el artículo 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, con el fin de asegurar la concesión de un crédito responsable, impone a las entidades de crédito el deber de evaluar la solvencia del prestatario; la misma Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que obliga a los concedentes de crédito a adoptar prácticas precontractuales responsables y a mejorar la información precontractual que han de suministrar; el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que impone a las entidades de crédito[1] unos específicos deberes de información y de transparencia o la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos–.

Es también en este contexto donde cabe situar a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tal y como así cabe deducir de sus considerandos y, en particular, de lo dispuesto en sus artículos 7 a 17, 22, 23, 27 y 28[2]; Directiva que luego sería transpuesta a nuestro Ordenamiento interno a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

---

(1) Téngase en cuenta que su disposición adicional 4.ª extiende la supervisión administrativa prevista en dicha ley a personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros.

(2). Especialmente, *vid.* los considerandos 3.º y 4.º de la Directiva.

De otra parte y, paralelamente, el legislador, para paliar los estragos del estallido de la burbuja inmobiliaria, se vio obligado a atender la situación de aquellos que se habían visto atrapados por la vorágine crediticia a través de medidas legislativas meramente paliativas (especialmente, *vid.* Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social o el artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE)[3].

El conjunto de este conglomerado de normas junto con la pervivencia y aplicabilidad de los textos legales que podríamos calificar como el Derecho común regulatorio del crédito o préstamo hipotecario, representado por el Código Civil o, en su caso, por el Código de Comercio, la Ley de Usura, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, hasta cierto punto, por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, obliga al operador jurídico a buscar, dentro de este acervo, la concreta regla jurídica que le permita atender un caso concreto; lo cual, en ocasiones, no resulta tarea sencilla, en atención a su distinto ámbito de aplicación[4].

De este modo, el mero hecho de que el acreedor hipotecario sea o no un profesional; la circunstancia de que el hipotecante y/o el deudor sea o no un consumidor; que el objeto gravado constituya o no un inmueble de uso residencial o que el negocio se formalice a distancia, puede resultar determinante para una posible mutación del régimen jurídico a aplicar[5].

---

(3) Téngase en cuenta que el Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables modificó el párrafo primero del artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ampliando el plazo, hasta el año 15 de mayo de 2028, en el que no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el artículo 1 de la propia Ley 1/2013.

(4) Como así ya advertía la DGRN que evidenciaba en este punto la existencia de una «normativa descoordinada», así como una dispersión y una falta de coherencia legal en la delimitación del ámbito de las normas aplicables. *Vid.* así, RRDGRN 28 abril 2015(RJ 2015, 3300) y 10 febrero 2016 (RJ 2016, 2978).

(5) En esa línea, ya Ordás Alonso, M. («La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo»*; Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9, 2009 –BIB 2009\758–, p. 3), sostenía que, «si bien resulta encomiable la labor efectuada por los poderes públicos con la finalidad de proteger al consumidor de crédito, la multiplicidad de normas existentes en la materia (cada una con su rango jerárquico, cada una con un diferente ámbito de aplicación, etcétera) produce una gran confusión e inseguridad jurídica, puesto que resulta muy difícil averiguar cuál es la concreta regulación aplicable a un supuesto dado». Asimismo, *vid.* Ordás Alonso, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia);* edit. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 62-70. En esa misma línea, *vid.* Barral Viñals, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario» en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva,* Dir. Lauroba Lacasa, E., y Tarabal Bosch, J.; edit. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 474-487.

Así acontece, ciertamente, tal y como se expondrá, en la misma Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), que, al transponer la Directiva 2014/17/UE, extiende el régimen jurídico previsto para los contratos de crédito o préstamo inmobiliario más allá de las meras relaciones jurídicos de consumo, pues su tutela alcanza a todas las personas físicas, sean o no consumidores, cuando concierten contratos de crédito garantizados mediante una hipoteca u otra garantía real similar que recaiga sobre un inmueble de uso residencial. Por el contrario, este mismo cuerpo legal, al tiempo, lo restringe a los consumidores respecto de los contratos de crédito inmobiliario. Por este motivo no deja de ser cuando menos curioso que las normas relativas a la transparencia material contenidas en la LCCI (arts. 14 y 15) resulten aplicables a prestatarios o garantes, personas físicas, que pueden no ser consumidores cuando, como es conocido, se ha venido considerando que el control de transparencia (material) resulta excluido cuando el prestatario o el garante carecen de esa condición[6].

Por eso mismo, interesa ahora delimitar brevemente, en primer lugar, cuál puede ser el respectivo ámbito de aplicación de cada una de esas normas y a tal fin, se comenzará esta exposición explicando cuál puede ser el régimen jurídico aplicable a la financiación hipotecaria y a los contratos inmobiliarios con consumidores para luego examinar el ámbito de aplicación de la LCCI y las normas de desarrollo en relación con los contratos de crédito o préstamo hipotecario.

2. REGULACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES

2.1 La aplicación del TRLGDCU[7] como derecho común: presupuestos

Se ha ya advertido cómo en la regulación de los contratos de préstamo o crédito hipotecario o en la normación que rige la contratación inmobiliaria convergen una pluralidad de normas; unas, de derecho común y, otras,

(6) Carrasco Perera A., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, 2019, p. 349.

(7) Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.

de naturaleza especial. También resulta meridiano que, si nos referimos a este tipo de contratos, pero lo circunscribimos al ámbito de las relaciones jurídicas de consumo, el derecho común en esta materia vendrá constituido por las disposiciones del TRLGCU, sin perjuicio de la aplicación preferente de la normativa especial en la materia.

2.1.1 *La aplicación del TRLGDCU en relación con el control de transparencia y el de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente*

Excedería de los límites de este epígrafe dedicado a las fuentes abordar, en particular, estos dos controles que, de otra parte, serán tratados a lo largo de esta obra. Ahora bien, y a los efectos que nos interesan, sí conviene advertir que reiterada jurisprudencia[8] ha declarado que su doctrina sobre el control de transparencia *ex* artículo 80 TRLGDCU y sobre el control de contenido de los artículos 82 a 91 TRLGDCU únicamente resultará aplicable en presencia de una relación jurídica de consumo.

De este modo, puede resultar que un contrato de crédito hipotecario quede afecto al régimen jurídico de la LCCI si se cumplen los requisitos para ello y, en cambio, no resulte aplicable al contrato ninguno de estos controles por haber sido concertado por una persona física no consumidora; sin perjuicio de que en presencia de condiciones generales de la contratación pueda devenir aplicable el control de incorporación previsto en la Ley 7/1998[9].

Y, al revés, podría darse el caso de que un contrato de crédito hipotecario quede sometido al régimen del TRLGDCU y, que, por tanto, cupiera realizar sobre él estos dos controles, de contenido y de transparencia, y, en cambio, no resultara aplicable la LCCI; por ejemplo, porque el consumidor fuera una persona jurídica[10] o porque el préstamo o crédito, garantizado con hipoteca, recayera sobre un inmueble de uso no residencial.

---

(8) Por ejemplo, *Vid.,* entre otras muchas, SSTS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306); 18 enero 2017 (RJ 2017, 922); 20 enero 2017 (RJ 2017, 926); 30 enero 2017 (RJ 2017, 371); 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 6184); 19 diciembre 2018 (RJ 5539); 3 junio 2019 (RJ 2019, 2181); 10 octubre 2019 (RJ 2019, 3851); 28 noviembre 2019 (RJ 2019, 4947); 15 enero 2020 (RJ 2020, 653); 20 enero 2020 (RJ 2020, 819); 4 febrero 2020 (RJ 2020, 218); 12 junio 2020 (RJ 2020, 218); 1 julio 2020 (RJ 2020, 2206); 27 julio 2022 (RJ 2022, 3852); 22 noviembre 2022 (RJ 2022, 3852); 25 abril 2023 (RJ 2023, 2643); 3 mayo 2023 (RJ 2023, 2982); 18 julio 2023 (RJ 2023, 5578); 17 noviembre 2023 (JUR 2023, 427844); 16 septiembre 2024 (JUR 2024, 306576) y 18 octubre 2024 (JUR 2024, 405987).

(9) *Vid.* así, SSTS 15 enero 2020 (RJ 2020, 653) y 4 febrero 2020 (RJ 2020, 218).

(10) *Vid.* STS 13 noviembre 2023 (JUR 2023, 418749).

2.1.2 *Los conceptos de empresario y consumidor*

Obviamente, para estar en presencia de una relación jurídica de consumo el correspondiente vínculo jurídico ha de unir a quien ostente la condición de empresario y a quien disponga de la cualidad de consumidor.

Cuando se trate de aplicar el TRLGDCU se ha de partir de las definiciones previstas en sus artículos 3 y 4. Por tanto, debe ser considerado como empresario «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 4 TRLGDCU).

No obstante, se ha de advertir que puede existir una normativa específica que restrinja los términos requeridos para ser reputado consumidor o que una concreta regulación pueda excluir de su ámbito de aplicación a determinados empresarios.

Por ejemplo, el artículo 2 LCCI exige que el prestatario, fiador o garante sea una persona física, por lo que, tratándose de contratos inmobiliarios no garantizados mediante hipoteca u otra garantía real que recaiga sobre un inmueble de uso residencial, para los que se requiere, para que resulte de aplicación la LCCI, que dicho prestatario, fiador o garante sea un consumidor, habrá que concluir que, en este concreto contexto normativo, quedan expulsados los consumidores-personas jurídicas. Y lo mismo cabe observar respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 5). Por su parte, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito no resultará aplicable cuando las actividades que este texto legal regula fueran prestadas por entidades de crédito o sus agentes, tal y como aclara su artículo 1.2.

Hecha esta salvedad, y, por lo que atañe al concepto de consumidor, teniendo en cuenta que su delimitación puede depender del concreto ámbito normativo de que se trate, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU y reputar como tal, a la persona física o jurídica que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

> Por ejemplo, no puede ser reputado como consumidor una persona física que suscribe un préstamo hipotecario a fin de constituir una sociedad mercantil dedicada a la comercialización de piezas de recambio de vehículos por internet (STS 3 mayo 2023 –RJ 2023, 2982–). O la persona física que concierta un contrato de esta naturaleza para financiar la adquisición de un local comercial y su reforma para destinarlo al negocio de peluquería (STS 25 abril 2023 –

RJ 2023, 2643–) o para financiar la adquisición de una licencia de taxi (SSTS 28 noviembre 2019 –RJ 2019, 4947– y 1 julio 2020 –RJ 2020, 2206.). Tampoco lo es una enfermera que concluye un contrato de crédito hipotecario destinado a una sociedad limitada en constitución dedicada a inversiones en inmuebles que iba a ser administrada por su cónyuge (STS 22 noviembre 2022 –RJ 2022, 5345–), ni la persona física que suscribe un préstamo hipotecario para financiar la adquisición del inmueble en el que estaba instalado un taller mecánico que el prestatario aspiraba a explotar (STS 10 octubre 2019 –RJ 2019, 3851–) o para subvenir a la compra de un local comercial (STS 3 junio 2016 –RJ 2016, 2306–) en el que desarrollar una actividad de oficina (STS 18 enero 2017 –RJ 2017, 922–) o de oficina de farmacia (STS 19 diciembre 2018 –RJ 2018, 5539–) o para financiar la compra de un solar para construir en él una vivienda para su posterior reventa (STS 23 noviembre 2017-RJ 2017, 6184–). Sin embargo, no debe obviarse cómo para el TJUE, en su sentencia de 24 de octubre de 2024 (JUR 2024, 394516), tiene la condición de consumidor una persona física que adquiere un inmueble financiando su adquisición mediante un préstamo hipotecario para luego arrendarlo, siempre que dicha actividad arrendaticia no forme parte de su actividad profesional, en cuanto que, según su criterio, el obtener ingresos por el alquiler no implica automáticamente el ejercer una actividad empresarial o profesional.

En el ámbito estricto del artículo 3 TRLGDCU sí pueden ser reputadas como consumidoras las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Y así, por ejemplo, en la STS 13 noviembre 2023 (JUR 2023, 418749) se atribuyó a un club recreativo la condición de consumidor en su condición de asociación sin ánimo de lucro, por lo que, en consecuencia, a partir de esta calificación era posible, a juicio del Tribunal Supremo, realizar un control de transparencia de la cláusula suelo que incluía un contrato de préstamo hipotecario destinado a financiar obras de reforma en el centro social de dicha asociación. Sin embargo, obviamente y, por el contrario, las sociedades mercantiles no pueden ser consideradas como tales[11].

Hay que tener en cuenta que, conforme a la doctrina del TJUE[12], el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva en relación con su posición en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con su situación subjetiva, «dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». Por tanto, «solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finali-

(11) SSTS 30 enero 2017 (RJ 2917, 371); 3 junio 2019 (RJ 2019, 2181); 20 enero y 12 junio 2020 (RJ 2020, 819 y RJ 2020, 2034). *Vid.* igualmente, RDGSJyFP 16 diciembre 2024 (JUR 2024, 515307).

(12) *Vid.* STJUE 25 enero 2018 –Asunto C-498/16– (ECLI: EU: C:2018:37) y STJUE 14 febrero 2019 –Asunto C-630/17– (ECLI: EU: C:2019:123).

dad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico» para la protección del consumidor; «protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional» aun cuando sea futura. Por eso mismo, en relación con los contratos con doble finalidad, el Tribunal de Luxemburgo entiende que, cuando una persona concierta un contrato relacionado parcialmente con su actividad profesional, puede reputarse como consumidor, pero únicamente en el caso en que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal, con un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente.

En atención a esta doctrina, tanto la DGSJyFP[13] como el Tribunal Supremo[14] estiman que, en los contratos de préstamo hipotecario mixtos o de doble finalidad, la regla no es la aplicación automática de la normativa de protección de los consumidores, sino la aplicación de la que corresponda al objeto predominante del contrato. Por tanto, se ha de estar a la cifra cuantitativamente mayor del capital destinado a la finalidad empresarial o de la destinada a una finalidad personal y para el caso de que no resultara del contrato cuál es el destino predominante del crédito, al no señalarse la cuantía destinada a cada finalidad, la carga de la prueba corresponderá al predisponente, presumiéndose, en caso contrario, una finalidad personal, por lo que habrá de entenderse que el deudor es un consumidor. En consecuencia, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, el criterio del objeto empresarial mínimo o insignificante ofrece una herramienta para determinar si el adherente ha intervenido en el contrato como consumidor o como profesional. Y, si por ejemplo, tal y como así puede verse en el caso examinado en la STS 19 junio 2023 (JUR 2023, 276464), el importe nominal del préstamo es de 180.000€, de los cuales, 60.000€ se destinan a la compra de un equipo informático destinado a la sociedad mercantil de la que la prestataria es administradora y socia al 50% y, el resto, 120.000€ se destinan a la amortización de un préstamo hipotecario previo concertado para la compra de una vivienda por dicha prestataria en el que la prestamista se subroga, habrá que concluir, conforme a esta doctrina, que dicha prestataria sí ostenta la condición de consumidora.

De otra parte, el TJUE[15] también ha sostenido que es consumidora la persona que garantiza una deuda mercantil, siempre y cuando actúe con un propósito ajeno a una actividad profesional o empresarial y carezca de

(13) *Vid.* RDGRN 13 junio 2019 (RJ 2019, 3347).

(14) SSTS 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669); 10 enero 2018 (RJ 2018, 58) y 19 junio 2023 (JUR 2023, 276464).

(15) *Vid.* ATJUE 19 noviembre 2015 –asunto C-74/15 (ECLI: EU: C:2015:772) y ATJUE 14 septiembre 2016 –asunto C-534/15– (ECLI: EU: C:2016:700).

un vínculo funcional con el contratante profesional. Como así puede ser, por ejemplo, que las personas físicas garantes de la deuda de una sociedad fueran sus administradores sociales (STS 28 mayo 2018 –RJ 2018, 2281–) o cuando se trate del cónyuge no comerciante que garantiza la deuda contraída por una sociedad unipersonal cuyo único socio es su consorte, si existe sociedad de gananciales (STS 28 mayo 2020 –RJ 2020, 1345–) (16). En caso contrario, incluso aunque el garante reúna la condición de pariente próximo de los administradores o de los socios de la mercantil cuya deuda asegura, se le ha de reconocer su condición de consumidor (RDGRN 13 junio 2019 –RJ 2019, 3347–. *Vid.* RDGSJFP 18 junio 2020 –RJ 2020, 3395–). Ahora bien, conviene aclarar que, en la hipótesis en que fuera considerado como consumidor el garante de un no consumidor, la posible abusividad de las cláusulas del contrato habrá que referirlas al contrato de garantía, sin perjuicio de que puedan ser objeto de control de transparencia o de contenido algunas cláusulas o estipulaciones del contrato principal que se integren en el mismo (17).

De este modo, cuando un garante tenga la condición de consumidor resultarán aplicables las normas propias del Derecho de consumo (entre ellas, todas las referentes a la información precontractual, al contenido del contrato y las relativas a cláusulas abusivas). Por este motivo, toda fianza prestada por un consumidor tendrá que satisfacer los requisitos de información precontractual exigidos por el artículo 60 TRLGDCU, sin perjuicio de que resulten aplicables preferentemente otras normas especiales (*v.gr.* las derivadas de la Ley 2/2009 o de la LCCI). Además, resultará de aplicación el artículo 62.1, por lo que deberá constar en el contrato, de forma inequívoca, la voluntad de afianzar. De acuerdo con el artículo 62.2, no podrán imponerse al consumidor-fiador requisitos desproporcionados u onerosos para que pueda ejercer sus derechos contra el acreedor y el deudor. Incluso, es posible entender, en atención a este artículo 62.2, que no se pueden imponer fianzas por duración determinada por plazos excesivos, ni fianzas por tiempo indeterminado que hagan costoso el derecho de salida discrecional del consumidor. Asimismo, el contrato de fianza habrá de constar por escrito (art. 63) y resultarán aplicables las disposiciones del TRLGDCU sobre cláusulas abusivas –*v.gr.* artículos 85.3, 85.6, 86.1, 86.3, 86.4, 86.7, 87.6, 88.1–.

---

(16) Observa Agüero Ortiz A. («Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario,* Dir. Carrasco Perera, A.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 135), que la vinculación funcional requerida por el Tribunal Supremo de la esposa con la sociedad que afianza resulta independiente del régimen económico del matrimonio si realmente no existe auténtica vinculación funcional ni profesional. Con más detalle, *vid.* de la misma autora, «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes»; *RDP,* mayo-junio 2023, pp. 91-124.

(17) Con detalle, *vid.* RDGRN 13 junio 2019 (RJ 2019, 3347) y STS 27 enero 2020 (RJ 2020, 45).

2.2 **Normativa especial aplicable**

2.2.1 *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*

A tenor de su rúbrica, pudiera parecer, en línea de principio, que este sería el texto legal básico destinado a regular, específica y especialmente, la tutela del consumidor de crédito hipotecario. Ahora bien, debe señalarse también que el campo protector que esta Ley establece es bien restringido, en atención a su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1.2) que excluye de su influencia a las operaciones de préstamo o crédito hipotecario de su artículo 1.1 prestadas por entidades de crédito o por sus agentes.

Por tanto, de su ámbito queda excluido el crédito o préstamo hipotecario entre particulares; el concedido por entidades de crédito o por sus agentes a consumidores y, por supuesto, y obviamente, el concertado entre un profesional y quien no ostente la condición de consumidor en los términos previstos en el artículo 1.1 *in fine* de esta Ley –coincidente con el previsto en el artículo 3 TRLGDCU–.

Dado que ha de existir una relación jurídica de consumo, el prestamista o el intermediario ha de ser una empresa (persona física o jurídica) que, de forma profesional, realice cualquiera de las actividades afectas al ámbito de aplicación de la ley; empresas a las que se les impone la carga de inscribirse en el Registro administrativo al que se refiere el artículo 3[(18)] –precepto que ha sido desarrollado por el del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero[(19)]–.

---

(18) *Vid.* RRDGRN 18 enero 2011 (RJ 2011, 3434) y 5 febrero 2011 (RJ 2011, 3573).

(19) El incumplimiento por parte de las empresas de su deber de inscripción en este Registro se tipifica como falta muy grave en materia de consumo, de acuerdo con el artículo 13.3 de este RD 106/2011. Téngase en cuenta que la imposición de una sanción administrativa en materia de consumo no excluye la posibilidad de que sea indemnizado el consumidor de los daños y perjuicios derivados de la infracción (*vid.* artículo 48 TRLGDCU). No obstante, en el momento actual, no conviene obviar la posibilidad de que tales entidades puedan quedar sujetas al control y supervisión previsto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2014.

A tenor de la misma Ley 2/2009, pudiera entonces pensarse que la protección del consumidor es mayor cuanto mayor es el grado de profesionalidad del acreedor –que, aunque no sea una entidad de crédito, se ha preocupado por propiciar la inscripción de su empresa en un registro público admitiendo voluntariamente la supervisión de un órgano administrativo–. Puede entonces considerarse que la empresa que, debiendo inscribirse, no figura inscrita, incurre en una práctica comercial desleal (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal).

Cfr. SAP Madrid 6 mayo 2011 (AC 2011, 1218) que admite la acción de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra una entidad, que, en su publicidad, inducía a confusión acerca de su condición como entidad de crédito y su oferta comercial –engañosa– de productos financieros. Publicidad en la que se omitía «cualquier información que ofreciese una mínima concreción sobre las condiciones económicas y jurídicas de las operativas publicitadas».

A fin de determinar la cualidad como empresa de las personas físicas o jurídicas a estos efectos, la DGSJyFP[20] ha venido considerando que, puesto que el carácter de la habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general, ni tampoco en la específica, habrá de evaluarse, en cada caso, las pruebas obtenidas en uno u otro sentido. De este modo, ha señalado que los registradores, en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, pueden tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que puedan acceder directamente. Así, ha admitido la posibilidad de que el registrador pueda consultar de oficio el Registro Mercantil[21] u otros registros públicos[22] o el servicio de interconexión entre los Registros en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras[23]. De este modo, si recabada esta información se acredita «el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios, o su adquisición reiterada vía cesión»[24], existirá un un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional y, en esa medida, resultará aplicable la Ley 2/2009. Y, en particular, ha reputado que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente en ese sentido[25].

De otra parte, ni se fija una cantidad mínima o máxima del importe del crédito garantizado para que resulte inmerso en lo dispuesto en la Ley[26]; ni se requiere que el objeto de la garantía hipotecaria constituya la vivienda habitual del hipotecante[27], ni un inmueble de uso residencial –en cuyo

---

(20) *Vid.,* por ejemplo, RRDGRN 18 enero 2011 (RJ 2011, 3434); 5 febrero 2011 (RJ 2011, 3573); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015,4246); 31 mayo 2016 (RJ 2016, 4003); 7 julio 2016 (RJ 2016, 4252); 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592); 26 julio 2017 (RJ 2018, 61009); 14 diciembre 2018 (RJ 2018, 5462); 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899) y RDGSJyFP 14 marzo 2023 (RJ 2023, 4046).

De otra parte, debe también aclararse que, aunque se hubiera formalizado el préstamo con anterioridad a la Ley 2/2009, el cesionario que pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, siempre que esté dedicado profesionalmente a esta actividad, requiere el cumplimiento de los requisitos en ella establecidos. *Vid.* así, RRDGRN 22 julio 2016 (RJ 2016, 4266) y RRDGSJyFP 10 septiembre 2021 (RJ 2021, 5091) y 14 marzo 2023 (RJ 2023, 4046).

(21) A título meramente ilustrativo, RRDGRN 16 febrero 2012 (RJ 2012, 5965) y 26 julio 2017 (RJ 2018, 6109).

(22) Entre otras muchas, *vid.* RRDGRN 1 junio 2013 (RJ 2013, 5439); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4246) y 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592).

(23) Por ejemplo, *vid.* RRDGRN 4 febrero 2015 (RJ 2015, 4518); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4247); 31 mayo 2026 IRJ 2016, 4003); 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592), 2 septiembre 2016 (RJ 2016, 5491); 10 octubre 2016 (RJ 2016, 5271); 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).

(24) A título de ejemplo, *vid.* RRDGRN 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4246); 31 mayo 2016 (RJ 2016, 4003); 26 julio 2017 (RJ 2018, 6109) y RDGSJyFP 14 marzo 2023 (RK 2023, 4046).

(25) RDGRN 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).

(26) *Vid.* artículo 3, apartado c) y artículo 4.5 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

(27) Valora positivamente esta opción legislativa, Ordás Alonso, M., «La contratación…», pp. 6-7.

caso, se aplicaría la LCCI–, por lo que, bien puede afirmarse que el «ámbito de aplicación de dicha normativa viene determinada, por tanto, no por la naturaleza del bien hipotecado (parcela, vivienda o local de negocio), ni por la naturaleza física o jurídica de la persona prestataria, sino por el destino del préstamo o crédito concedido para una actividad ajena a la propia actividad empresarial o profesional del prestatario» (28).

Tampoco se restringe la aplicación de esta normativa a los estrictos contratos de préstamo, pues quedan incluidas también en la esfera de su influencia otras operaciones equivalentes de financiación, como así se reconoce, como la apertura de crédito –quizá amparable en el artículo 153 LH–, aunque no así las operaciones de financiación incluibles en la Ley 28/1998, de 13 de julio (art. 1.2) Sin embargo, dada la restricción del ámbito subjetivo de la norma, quedarán excluidas de la esfera de influencia de este Texto Legal, tanto las hipotecas del artículo 153 bis LH, cuanto las operaciones de financiación, o más bien, de refinanciación por la vía de la subrogación o de la novación modificativa amparables en la órbita de la Ley 2/1994 (29) –evidentemente, no las que se prevean constituir en atención al artículo 1203 o 1211 CC–, salvo que la entidad acreedora profesional hubiera suscrito el *Código de Buenas Prácticas* previsto en el Real Decreto-Ley 6/2012 (30).

Ahora bien, dichos contratos de préstamo, de crédito o financiación han de estar asegurados mediante hipoteca (art. 1.1.a.), siempre que no se trate de contratos de préstamo o de crédito incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI, de conformidad con lo previsto en sus artículos 2.1. a) y 2.1.b). En consecuencia, hipotéticamente, resultaría aplicable la Ley 2/2009 a préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca mobiliaria o con una hipoteca inmobiliaria sobre un inmueble de uso no residencial (*v.gr.* una finca rústica, un local comercial, una nave industrial, etc.) (31), pero resultará imprescindible que dicho préstamo no tenga como fin adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. De este modo, como sugiere la RDGS-

(28) RDGRN 13 diciembre 2018 (RJ 2018, 5462).

(29) Téngase en cuenta que el ámbito subjetivo tanto del artículo 153 bis LH, cuanto de la Ley 2/1994 (art. 1.1) es el mismo. *Vid.* artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

(30) El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, a la hora de delimitar qué entidades pueden adherirse al *Código de Buenas Prácticas* que esta norma regula, alude a las entidades de crédito y a «cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (art. 5). Por tanto, de acuerdo con su tenor literal, bien podrían empresas afectas a la Ley 2/2009 adherirse a dicho código. En esa medida, pudiendo adherirse y en función de que su aplicación puede dar lugar a una novación modificativa del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, habría que defender, atendiendo también a la literalidad del precepto, que, con semejante previsión contenida en una ley especial y posterior, se vería ampliado el ámbito subjetivo de este último texto legal.

(31) En ese sentido, *vid.* RDGSJyFP 4 febrero 2025 (JUR 2025, 19458).

JyFP 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899), la Ley 2/2009, podría resultar aplicable a un préstamo concertado por una persona-consumidora que se asegura mediante hipoteca sobre un local comercial recibido en herencia y que consta como arrendado, destinándose dicho préstamo a la financiación de obras de reforma del local.

Además del puro contrato de garantía hipotecaria, la Ley 2/2009 pretende también regular la *intermediación*[32] para la celebración de un contrato de préstamo o crédito, con o sin garantías, a un consumidor para cualquier finalidad siempre que dicha finalidad no sea la prevista en el artículo 2.2 LCCI.

A la vista de este restringido campo de aplicación, bien puede afirmarse que la regulación contenida en la Ley 2/2009 tiene una naturaleza residual. Y no solo porque de su órbita quedan excluidos la mayoría de créditos hipotecarios concertados por los consumidores, sino también porque su regulación, tal y como confirma el artículo 1.3, debe interpretarse y aplicarse sin perjuicio de lo establecido en otras leyes generales o especiales en materia de protección de derechos de los consumidores; resolviéndose el eventual conflicto normativo a favor de la norma más especial (esto es, la que contenga un régimen más preciso de las actividades crediticias definidas en el artículo 1.1.) o en pro de la que otorgue una mayor protección de los consumidores y usuarios.

2.2.2 *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*

Si el correspondiente contrato de crédito asegurado con una hipoteca inmobiliaria se formalizara a distancia por parte de un profesional o por un empresario o un proveedor en los términos definidos en el artículo 5 en relación con el artículo 2 de esta Ley 22/2007[33], aunque éste no fuera una entidad de crédito o no se tratara de una de las entidades comprendidas en el ámbito de la Ley 2/2009, con un consumidor que fuera persona física[34], se aplicaría el régimen jurídico especial de la Ley 22/2007 (*vid.* artículos 2.1 y 2.2, así como los artículos 4 y 5).

(32) Sobre la definición y extensión de esa definición de *intermediario* en al ámbito de la Ley 2/2009, *vid.* Ordás Alonso, M., «La contratación…», p. 8.

(33) Téngase en cuenta que el artículo 2 de esta Ley 22/2007, al definir su ámbito subjetivo de aplicación, menciona a qué empresas que prestan a distancia servicios financieros les resulta aplicable este cuerpo normativo y, así, hace alusión a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, entidades gestoras de fondos de pensiones, mediadores de seguros, sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y en general, cualesquiera otras que presten servicios financieros.

(34) Artículo 5. III Ley 22/2007.

Régimen jurídico que si bien desplaza la normativa en materia de contratos a distancia con consumidores previsto en los artículos 92 y ss. TRLGDCU (art. 93.d. TRLGDCU), no excluye la eventual aplicación de la disciplina común de tutela del consumidor contenida en este Cuerpo legal; ni, por supuesto, la normativa hipotecaria general, ni la específica prevista en la LCCI.

2.2.3 *Contratos de crédito inmobiliario con consumidores afectos a la LCCI*

Debe tenerse presente que una clase específica de estos contratos que se están examinando quedan afectos al ámbito de aplicación de la LCCI, siempre y cuando el prestatario, fiador o garante sea un consumidor (art. 2.1.b). Se trata de préstamos sin garantía real inmobiliaria sobre un inmueble de uso residencial cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir, a los que luego me referiré al estudiar el ámbito de aplicación concreto de la LCCI. No obstante, debe advertirse que se trata de contratos concluidos entre consumidores y empresarios, por lo que resultarán afectos al control de transparencia y de contenido previstos en el TRLGDCU.

3. LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1 **Ámbito temporal de aplicación**

La LCCI no se aplica a los contratos de crédito o préstamo inmobiliario anteriores a su entrada en vigor, salvo que sean objeto de novación o de subrogación con posterioridad a ese momento (Disposición Transitoria 1.ª LCCI). No obstante, téngase en cuenta que el contenido del artículo 24 LCCI (relativo al vencimiento anticipado), conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria 1.ª LCCI, es aplicable a todo contrato de crédito inmobiliario; incluso, a los contratos anteriores a su entrada en vigor. En esa medida, este precepto legal provoca, a juicio de la DGSJyFP[(35)], una modificación automática, *«ipso iure»,* en todo contrato de préstamo hipotecario anterior a la misma vigencia de la LCCI.

(35) *Vid.* RDGSJyFP 17 mayo 2022 (RJ 2022, 3180).

3.2 **Ámbito subjetivo de aplicación**

Para que resulte aplicable la LCCI, basta con que el prestamista sea una persona, física o jurídica que realice una actividad de concesión de préstamos de manera profesional. Tal y como puede apreciarse, la definición que ofrece la LCCI comprende el concepto de empresa que suministra el artículo 1.1 de la Ley 2/2009. Por este motivo, resultará aplicable, *mutatis mutandi*, la doctrina de la DGSJyFP antes examinada sobre la determinación del carácter profesional del prestamista. No obstante, también debe advertirse que, en consonancia con ella, el mismo artículo 2.1 LCCI entiende que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora (lo cual, evidentemente se dará cuando el préstamo lo es con interés)[(36)]. Esta previsión, sin embargo, choca con lo previsto en el artículo 42 LCCI que obliga a los prestamistas profesionales a inscribirse como tales en el Registro previsto en el artículo 27 LCCI. No obstante, hay que entender que el incumplimiento de la obligación de registro no afecta a la eficacia de los contratos que se pudieran celebrar[(37)].

De otra parte, el prestatario, fiador o garante ha de ser una persona física (art. 2.1 LCCI) sin necesidad de que ostente la condición de consumidora, salvo que, tal y como se advirtió, se trate de préstamos no garantizados sobre un inmueble de uso residencial destinados a adquirir o conservar inmuebles construidos o por construir; en cuyo caso, el prestatario, fiador o garante, que habrá de seguir siendo una persona física, deberá reunir la referida condición de consumidor. De ahí que, en estos casos, la DGSJyFP[(38)] considere necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores.

Conviene también tener presente que la LCCI se aplica al fiador o al garante que sea una persona física, aun cuando el préstamo garantizado no quede incluido bajo el ámbito de aplicación de esta LCCI[(39)]. Y así, por tanto, se aplicará la LCCI en el caso en que el préstamo hipotecario que grava un inmueble de uso residencial, concedido a una persona jurídica, fuera asegurado por una persona física, aunque ésta no sea un consumidor. Por ejemplo, el administrador (persona física) de una sociedad que

(36) Lo que permitirá incluir en la LCCI a préstamos inmobiliarios concedidos, aun ocasionalmente, por inversores, incluso particulares, en plataformas de financiación participativa. En ese sentido, *vid.* Agüero Ortiz, A., «Ámbito…», p. 115.

(37) Cordero Lobato, E., «Sub. capítulo 15…», p. 733.

(38) *Vid.* RDGSJyFP 27 julio 2020 (RJ 2020, 3423).

(39) *Vid.* RRDGSJyFP 28 octubre 2021 (RJ 2021, 5841) y 23 noviembre 2021 (RJ 2021, 5862).

garantiza el préstamo concedido a esa sociedad hipotecando una vivienda de su propiedad[40]. En cambio, si se trata de un contrato de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la LCCI solo resultará aplicable si el fiador o garante es un consumidor[41], con independencia también de que se aplique esta ley al contrato de financiación inmobiliaria asegurado.

3.3 **Ámbito objetivo de aplicación**

3.3.1 *Contratos de préstamo hipotecario sobre inmuebles de uso residencial*

La LCCI se aplica a contratos de préstamo en el sentido que precisa el propio artículo 4.3 LCCI, por lo que no existe inconveniente en ampliar su ámbito más allá del puro contrato de préstamo e incluir a contratos de crédito (*v.gr.* apertura de crédito, cuenta corriente de crédito), al pago aplazado[42] o a cualquier otra facilidad de pago similar; lo que permite dar cabida también al leasing inmobiliario o a los rentings inmobiliarios con opción de compra o a los censos consignativos[43]. Ahora bien, conviene aclarar que resultará aplicable la LCCI siempre que ese contrato de préstamo en el sentido visto resulta asegurado con un hipoteca u otra garantía real similar (*v.gr.* anticresis) constituida sobre un inmueble de uso residencial. En consecuencia, han de incluirse todos aquellos pactos y contratos de los que surja un derecho real de garantía sobre el derecho de dominio o sobre el derecho de uso de un inmueble de uso residencial, aun expectantes, con independencia de si ese derecho real de garantía surge de un contrato de garantía real inmobiliaria (*v.gr.* hipoteca, censo consignativo o una garantía real atípica) o de cualquier otra operación negocial con finalidad de garantía (arrendamiento financiero inmobiliario, reserva de dominio en una compraventa inmobiliaria con precio aplazado, etc.)[44].

De otra parte, en sentido estricto, no se exige que la garantía real tenga por objeto una *vivienda*, ni mucho menos que ésta sea una *vivienda habitual*[45]. En esa medida, pueden tener cabida en la órbita de

(40) *Vid.* RRDGRN 5 diciembre 2019 (RJ 2020, 780) y 20 diciembre 2019 (RJ 2020, 1135).
(41) *Vid.* RDGSJyFP 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).
(42) *Vid.* RDGSJyFP 9 octubre 2024 (JUR 2024, 453559).
(43) Agüero Ortiz, A., «Ámbito…», p. 110.
(44) Con detalle, Agüero Ortiz, A., «Ámbito…», pp. 124 ss. Comparte su criterio, Cordero Lobato, E., Sub. Capítulo 15 en *Tratado de los derechos de garantía*, I, 4.ª ed.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 728.
(45) *Vid.* artículo 21.3 LH.

influencia la LCCI todas aquellas operaciones de crédito aseguradas por una garantía real inmobiliaria, siempre que esa garantía recaiga sobre un inmueble apto para *residir* aun cuando no se destine estrictamente a servir de morada, tal y como, además, lógicamente de las viviendas, así sucede con trateros y garajes a los que expresamente se refiere el artículo 2.1. *in fine* LCCI.[46]

3.3.2 *Contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad de inmuebles construidos o por construir*

Estos son contratos que, incluidos en la LCCI [art. 2.1.b)] quedan expresamente excluidos de la órbita de la Ley 16/2011, de 24 de junio [art. 3.b)], de conformidad con la Directiva 2008/48/CE [art. 2.2.b)]. Pues bien, teniendo presente que el legislador, en este punto, se ha limitado a seguir los dictados de la Directiva 2014/17/UE (art. 3.1), la DGSJyFP, a través de la Instrucción de 20 diciembre 2019[47], considera que estos contratos pueden destinarse a la financiación de la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre inmuebles de uso residencial o de uso no residencial[48].

Debe aclararse también que si estos contratos de préstamo estuvieran garantizados mediante hipoteca sobre un inmueble de uso residencial ya estarían incluidos en la órbita de la LCCI por aplicación de su artículo 2.1.a). Por tanto, estos contratos del artículo 2.1.b) LCCI podrán ser préstamos personales o préstamos asegurados con una hipoteca u otro tipo de garantía real sobre un inmueble de uso no residencial siempre que su finalidad coincida con la descrita en este precepto y el prestatario, fiador o garante fuera un consumidor y el prestamista fuera un profesional en los términos vistos. De igual forma, a estos efectos, esos préstamos también podrían ser asegurados mediante una garantía diferente a la descrita en el artículo 2.1.a) LCCI.

Atendiendo estrictamente al significado gramatical de los términos del artículo 2.1.b) LCCI al utilizar el término «conservación», habrá que entender excluidos de su órbita a los contratos de crédito relativos a la concesión de un crédito cuyo objetivo fuera la renovación o el aumento de valor de un inmueble ya existente[49]. En esa medida, este término de «conservación», puede interpretarse en su sentido gramatical como mantenimiento

(46) Por eso mismo, cuando la hipoteca grava un solar, el correspondiente préstamo asegurado escapa del ámbito de la LCCI, tal y como así puede verse en la RDGSJyFP 28 enero 2025 (JUR 2025, 17523).

(47) *BOE* núm. 313, de 30 de diciembre.

(48) *Vid.* RDGSJyFP 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916). Además, vid. RDGSJyFP 4 febrero 2025 (JUR 2025, 19458). En ese sentido, *vid.* Saénz de Jubera Higuero, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo;* edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 26.

(49) *Vid.* Cº 14.º de la Directiva 2008/48/CE.

o cuidado[50]. Con este significado, cabría entender incluidos a todos los contratos de crédito cuyo fin fuera financiar gastos necesarios o de reparación. Sin embargo, en la DGRN, a través de su Instrucción 20 diciembre 2019, consideró que «adquirir o conservar derechos de propiedad» parece distinto de conservar la cosa objeto de la propiedad, por lo que tales préstamos quedan excluidos de la LCCI, sin perjuicio de que quepa aplicar, en su caso, la Ley 16/2011. Ahora bien, si la finalidad del préstamo fuese adquirir y rehabilitar una vivienda, ese préstamo sí resultaría incluido en la LCCI. También, lógicamente, habría que incluir a los créditos o préstamos destinados a evitar la ruina del edificio[51].

También cabe sostener que, dado que también se alude a «la conservación de derechos de propiedad», cabe justificar la inclusión en su regulación de aquellos créditos cuyo destino sea el de financiar la defensa jurídica de la propiedad o los derechos del propietario. De otra parte, puesto que la adquisición o la conservación lo es de derechos de propiedad, solo cabrá incluir en el ámbito de la LCCI a los contratos de préstamo que se encuentren causalmente conectados con un contrato traslativo-adquisitivo del dominio, o con contratos cuyo finalidad sea financiar la adquisición de la propiedad, en cuanto que el destino del crédito es la «adquisición de derechos de propiedad», o con contratos de servicios o de obra cuyo fin es la «conservación» de tales derechos. Cabe, pues, excluir de su ámbito a determinados contratos no traslativos del dominio o a ciertos contratos constitutivos de derechos reales de goce o los contratos relativos al derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico[52]. Pero permitirá incluir a los contratos de compraventa o a los contratos de arrendamiento con opción de compra de bienes inmuebles[53]; a la adquisición de acciones de una sociedad o a la participación del consumidor como socio en una cooperativa[54]. Al igual que podrán ser incluidos los préstamos o créditos destinados a verificar los pagos oportunos para

(50) *Vid.* Diccionario RAE, 22.ª ed. Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 261-2 del Código de Consumo de Cataluña extiende el ámbito de aplicación de la normativa especial de tutela del consumidor en materia de créditos o préstamos hipotecarios a la *rehabilitación.*

(51) RDGSJFP 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916).

(52) *Vid.* artículos 2 y 23 de la Ley 4/2012, 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

No obstante, a favor de la inclusión de estos derechos reales y de otros derechos reales de goce, como la superficie, en el ámbito de la Directiva 2014/17/UE, *vid.* Albiez Dohrmann, K. J., «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial». En *Revista de Derecho Privado,* mayo-junio 2016, p. 26.

(53). Evidentemente, este contrato no es un contrato traslativo del dominio, sino del uso. Pero el fin del contrato es financiar una futura adquisición.

(54). *Vid. artículo L.313-1 del Code* de la Consommation francés.

levantar un embargo o cualquier otro tipo de carga real cuyo impago pudiera dar lugar a la pérdida de un derecho de propiedad (*v.gr.* hipoteca, condición resolutoria, etc.), así como los destinados a refinanciar un préstamo anterior contraído con esa finalidad adquisitiva o para posibilitar la conservación de la propiedad (*v.gr.* un préstamo hipotecario) [55].

3.3.3 *Contratos de intermediación*

Asimismo, la LCCI se aplica a los contratos de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito incluibles en su ámbito de aplicación (art. 2.2). Teniendo en cuenta lo dispuesto en su artículo 4.5) debe otorgarse la condición de intermediario de crédito a toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla, a título oneroso, una actividad comercial o profesional que consiste en poner en contacto directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo incluido en el ámbito de la LCCI: a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo; b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo o c) celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista. El régimen jurídico de estos intermediarios profesionales se regula en los artículos 27 a 41 LCCI.

3.3.4 *Contratos de préstamo hipotecario o con finalidad inmobiliaria excluidos del ámbito de aplicación de la LCCI*

El artículo 2.4 LCCI enuncia un elenco de contratos de préstamo a los que no se les va a aplicar la LCCI aun cuando, de no existir esa declaración expresa, esta Ley sí les resultaría aplicable. Conviene aclarar que, en este punto, legislador sigue miméticamente el listado de exclusiones que incluía la Directiva 2014/17/UE en su artículo 3.2 y que, en parte, resulta en parte coincidente con las exclusiones del artículo 3 de la Ley 16/2011.

En primer lugar, resultan excluidos los contratos de préstamos concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya TAE sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general. Pues bien, es preciso, en primer lugar, que el contrato

(55) *Vid.* RDGRN 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899); 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916) y 27 julio 2020 (RJ 2020,3423).

responda a una oferta de crédito formulada por un empresario a sus empleados a título accesorio. Pero no parece necesario que esa oferta responda al cumplimiento de una obligación asumida convencionalmente por el oferente (en el mismo contrato de trabajo o en convenio colectivo). Sin embargo, la mención a título accesorio puede suscitar dudas. Cabe interpretar que el empresario no es un profesional del crédito, pero, pese a ello, concede crédito, pero solo a sus empleados, por lo que su eventual actividad crediticia resulta accesoria a su actividad principal. También es posible colegir que lo que en sí es accesorio es la misma promesa de crédito o el mismo crédito respecto a las obligaciones asumidas por el empresario respecto de sus trabajadores. Por tanto, cabe entender que, puesto que su principal obligación es pagar el salario pactado, el crédito que puede ofertar a título accesorio son los meros anticipos del salario futuro (56), esto es, sobre el trabajo no realizado todavía, por lo que, si lo otorga, no lo haría en cumplimiento de una obligación principal, sino a título accesorio. En consecuencia, resulta posible interpretar que el ámbito de exclusión resulta aplicable a los verdaderos anticipos salariales, pero también a los contratos de crédito que, por ejemplo, una entidad profesionalmente dedicada a la actividad crediticia pueda concertar con sus empleados y en unas condiciones más ventajosas que las que esta oferta al público (57), porque también en ese caso el crédito concedido lo es a título accesorio. Además, resulta imprescindible que el crédito concedido esté libre de intereses, aunque pueda tener costes, o tener intereses y/o gastos, pero siempre que éstos den lugar a una TAE inferior a la del mercado. Por tanto, hasta cierto punto, estos créditos están subsidiados, para el trabajador, por su empresario. Y siendo así, ese subsidio puede reputarse como una parte integrante del salario que se percibe en especie, tal y como cabe deducir del artículo 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. Es más, el artículo 43.1.1.º de esta Ley 35/2006, en su apartado c), consideran que debe computarse como rendimiento del trabajo en especie, en los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero, la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período. Como puede apreciarse entonces se vislumbra la real razón para la exclusión de estos contratos: la naturaleza salarial de estos créditos. No obstante, debe aclararse que la LCCI sí se aplicaría al fiador o garante de estos contratos excluidos; por

(56) *Vid.* artículo 29.1. II del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. De otra parte, téngase en cuenta las previsiones contenidas en los artículos 11.6 y 12 del Convenio OIT núm. 117 para prevenir el excesivo endeudamiento del asalariado.

(57) *Vid.* así, RDGRN 21 diciembre 2019 (RJ 2020, 990) y RDGSJFP 12.6.2020 (RJ 2020, 3368). Asimismo, *vid*. RDGSJyFP 30 diciembre 2024 (JUR 2024. 515301).

ejemplo, a una persona física que hipotecara un bien inmueble de uso residencial de su propiedad en garantía de una deuda ajena, a pesar de que el préstamo garantizado pudiera resultar excluido de su ámbito de aplicación[58].

En segundo lugar, quedan excluidos los contratos de préstamo a título gratuito y los préstamos que cabría calificar *low cost* (los concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes o relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial).

En tercer lugar, se excluyen los contratos que sean resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación. Hay que entender que la exclusión alcanza a contratos de transacción o a acuerdos de mediación o conciliación, que, debido a su misma naturaleza, permiten, pero también han obligado a las partes a negociar. Y siendo la negociación posible, y siempre que la intervención del juez, del mediador o del árbitro garantice el equilibrio entre las partes, no tendría sentido alguno someter a estos contratos al régimen jurídico previsto para los contratos de crédito inmobiliario. Ahora bien, también debe tenerse presente, pese a la dicción de este apartado d) del artículo 2.4 LCCI, que el contrato de crédito no es el resultado del acuerdo, sino que es el acuerdo la fuente de las obligaciones que asumen las partes. Y las partes bien pueden acordar, para salvar sus diferencias, que surja un nuevo crédito o que se modifiquen las condiciones de un crédito dimanante de un acuerdo pretérito –que puede estar sujeto a la LCCI–. En el caso de que ese acuerdo consista en una simple novación modificativa de un contrato sujeto a la LCCI, no cabrá estimar excluido ese crédito del ámbito de la LCCI, pues éste seguirá siendo el mismo. En cambio, si la novación es extintiva y surge un nuevo crédito o si nace un nuevo crédito sin extinción del anterior, éste es el que realmente quedará expulsado de la órbita de esta legislación especial.

Y, en último lugar, la LCCI no se aplica a la hipoteca inversa acogiendo en este punto la posibilidad que el artículo 3.3.b) de la Directiva 2014/17/UE brindaba al legislador, quien, acogiendo los dictados del artículo 3.4 de este instrumento jurídico comunitario, acordó ofrecer un marco jurídico que acaso estimó más adecuado para la regulación de este tipo de contratos y establecer así un elevado nivel de protección a través de la regulación contenida en el capítulo II bis de la Orden EHA/2899/2011 que regula el proceso de su contratación.

(58) RRDGSJyFP 28 octubre 2021 (RJ 2021, 5841) y 23.11.2021 (RJ 2021, 5862).

3.4 **Normativa de desarrollo de la LCCI**

La LCCI ha sido parcialmente desarrollada a través del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, así como por medio de la Orden ECE/482/2019. En particular, el artículo 2.4 de esta Orden procedió a modificar la Orden EHA/2899/2011 a fin de acomodarla a los dictados de la LCCI y desarrollar así las disposiciones contenidas en los artículos 6.2, 16.2, 17.4, 20.3 y 23.8, así como en el apartado 2 de la disposición final decimoquinta de este texto legal.

De ahí que, ahora, el artículo 19 Orden EHA/2899/2011 aclare que las disposiciones contenidas en sus rts. 20 a 32 resultan de aplicación a las actividades realizadas por cualquier prestamista, intermediario de crédito o su representante que opere en España dirigidas o relacionadas con el diseño, el proceso de comercialización, la concesión, la gestión y el cumplimiento de los contratos de préstamo inmobiliario incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI.

No obstante, conviene tener presente que esta Orden ECE/482/2019 procedió a introducir en la Orden EHA/2899/2011 un nuevo Capítulo II bis (arts. 32 septies a 32 duocecies) para así regular la hipoteca inversa; hipoteca a la que, como ya se vio, no se le va a aplicar la LCCI.

De otra parte, conviene tener presente que la disposición final tercera de esta Orden EHA/2899/2011 habilitaba al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Como consecuencia de esta habilitación puede verse la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos cuyo ámbito subjetivo de aplicación se limita, como ya su rúbrica indica, únicamente a las entidades de crédito.

Si bien se mira, todas estas normas de desarrollo, por su contenido, tienen como fin imponer reglas de conducta a los agentes que actúan en un mercado sujeto a supervisión, tal y como así, de otra parte, resulta de las previsiones del artículo 5 de la Ley 10/2014 y del artículo 43 LCCI.

3.5 **Legislación autonómica y LCCI**

Con anterioridad a la LCCI, algunas Comunidades Autónomas ya habían legislado en la materia sobre la que luego incidiría este texto legal [especialmente, *vid.* Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña (arts. 261-1 a 263.2) y la Ley 3/2016, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos

hipotecarios sobre la vivienda [59]]. Algunas otras, casi paralelamente a la LCCI regulan materias incluidas en su ámbito de influencia (*vid.* así, por ejemplo, artículos 91 y 93 de la Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha).

Frente a la posible confluencia de una competencia autonómica en materia de consumo y, en algunas Comunidades Autónomas, en materia de legislación civil [60], tampoco conviene orillar la posible concurrencia de títulos competenciales a favor del Estado *ex* artículos 149.1.1.ª, 6.ª, 8.ª, 11.ª y 13.ª CE, tal y como así reconoce la disposición final 1.ª LCCI.

Por eso mismo, la disposición adicional quinta LCCI aclara que, sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, en aras de la unidad de mercado, la normativa autonómica «deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia». De esta forma, como así se evidencia en la RDGSJyFP 30 julio 2021 (RJ 2021, 4421), la LCCI ha limitado las competencias autonómicas en este punto, por lo que, ahora, la competencia legislativa sobre el control de la transparencia material es estatal.

BIBLIOGRAFÍA

Agüero Ortiz A., «Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Dir. Carrasco Perera, A.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

— «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes»; *RDP*, mayo-junio 2023.

Albiez Dohrmann, K. J., «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial». En *RDP*, mayo-junio 2016.

Barral Viñals, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario» en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiv*a, Dir. Lauroba Lacasa, E. / Tarabal Bosch, J.; edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

(59) Cfr. STC 72/2021, de 18 de marzo.

(60) *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre.

Carrasco Perera, A., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, 2019.

Cordero Lobato, E., Sub. Capítulo 15 en *Tratado de los derechos de garantía*, I, 4.ª ed.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Ordás Alonso, M., «La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo»; *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2009 –BIB 2009\758–.

— *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia);* edit. Bosch, Barcelona, 2014.

Saénz de Jubera Higuero, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo;* edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

A.3 Acceso al crédito hipotecario. Deber de Transparencia*

Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Notario. Doctor en Derecho
salvarez@notariado.org

Resumen: *El acceso al crédito hipotecario es clave para el acceso a la propiedad de la vivienda. El sistema español había sido una pieza clave en la generalización de la vivienda en propiedad, pero la crisis de 2008 y la nueva jurisprudencia sobre consumidores pusieron en cuestión su justicia y sostenibilidad. Una de las cuestiones más problemáticas fue la aplicación del concepto de transparencia material en estos contratos, a partir de la anulación de la cláusula suelo. Se analiza la evolución de la jurisprudencia y los efectos que ha tenido la Ley de Crédito Inmobiliario en la aplicación del principio de transparencia, en particular el papel central que la ley confiere al notario en esta materia.*

Palabras clave: *Crédito inmobiliario. Hipoteca. Transparencia.*

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

Abstract: *Access to mortgage credit is key to access to home ownership. The Spanish system had been a crucial factor in the widespread ownership of homes, but the 2008 crisis and new consumer jurisprudence raised questions about its fairness and sustainability. One of the most problematic issues was the application of the concept of material transparency in these contracts, following the nullification of the floor clause. This analysis examines the evolution of jurisprudence and the effects that the Real Estate Credit Law has had on the application of the principle of transparency, particularly the central role that the law assigns to the notary in this matter.*

Keywords: *Real Estate Credit. Mortgage. Transparency.*

Sumario: 1. Introducción: acceso a la vivienda y al crédito hipotecario. 2. Acceso a la vivienda y transparencia: el objetivo de la regulación en la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario. 3. El concepto de transparencia formal. 4. El concepto de transparencia material. 5. La transparencia en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. 5.1 Objetivos y plazo de la información. 5.2 Contenido de la información. 6. El notario y la transparencia: actuaciones y efectos. 6.1 La justificación de la intervención notarial. 6.2 Ámbito de aplicación del acta previa. 6.3 Procedimiento de entrega de la documentación, 6.4 Al acta previa ante notario. 6.5 Los efectos de la intervención notarial: ¿Acreditación o presunción de transparencia? 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: ACCESO A LA VIVIENDA Y AL CRÉDITO HIPOTECARIO

Como reconoce la propia Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), el sistema hipotecario español ha favorecido que España sea un país de propietarios de su vivienda habitual. En efecto, alrededor de un 75 % de los españoles son propietarios de su vivienda habitual, por encima de la media europea (69 %) y de EE. UU. (65 %). Esto ha sido posible gracias al recurso al crédito hipotecario. En la actualidad cerca del 80 % de las viviendas habituales se compran con hipoteca, y del restante 20 %, la mayor parte son personas que compran con lo obtenido por la venta de una vivienda adquirida con hipoteca.

Los economistas y sociólogos enumeran los efectos positivos de la generalización de vivienda en propiedad. En el ámbito económico, ser propietario de una vivienda actúa como una forma de ahorro e inversión a

largo plazo. A medida que los propietarios pagan sus hipotecas, van acumulando capital en su vivienda, lo que incrementa su patrimonio y les ofrece una fuente de estabilidad financiera. Esta acumulación de capital puede ser clave para financiar otros proyectos personales o para la jubilación, lo que reduce la dependencia futura de ayudas sociales. Por otra parte, la propiedad de la vivienda tiende a fomentar la estabilidad en los hogares, ya que los propietarios no están sujetos a las fluctuaciones del mercado de alquiler. Pero los efectos más importantes son sociales, pues una alta tasa de propiedad de la vivienda promueve la cohesión comunitaria, y se traduce en comunidades más seguras y mejor organizadas, donde los residentes colaboran en el mantenimiento y mejora de los espacios públicos. Asimismo, tener una vivienda en propiedad influye positivamente en la calidad de vida de los individuos y familias. En resumen, una alta tasa de propiedad de la vivienda habitual genera beneficios tangibles en términos de estabilidad económica, cohesión social y mejora del bienestar individual, lo que puede contribuir al desarrollo y la prosperidad de las comunidades a largo plazo[1].

Por supuesto, no todos los efectos de la alta tasa de propiedad son positivos, pues se puede producir un sobre endeudamiento y puede reducir la movilidad laboral. Sin embargo, es evidente que es un elemento fundamental tanto económico como de cohesión social: no hay más que ver como las actuales dificultades para el acceso a la propiedad de la vivienda de los jóvenes se contemplan como un grave problema social[2]. En consecuencia, es esencial el acceso al crédito hipotecario. Lo que corresponde estudiar ahora es la importancia de la transparencia en el mercado hipotecario y su actual regulación.

2. ACCESO A LA VIVIENDA Y TRANSPARENCIA: EL OBJETIVO DE LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2019 DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La LCCI tenía como objeto inicial trasponer la Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pero se proponía también adaptar nuestra regulación a la nueva jurisprudencia sobre consumidores del TJUE y del TS posterior a la crisis de 2008, derivada de la aplicación de la

(1) Dipasquale, D., y Wheaton, W., 1994.
(2) Salas Rojo, P. 2024.

Directiva de Consumidores 93/13. Pero desde el punto de vista de sus objetivos de fondo. tiene el doble objetivo de conseguir la protección del consumidor y la seguridad del tráfico, regulando los dos ámbitos que han dado lugar a casi todos los litigios: por una parte, garantizando que los contratos cumplan con las exigencias de transparencia formal y material; por otra, reduciendo la posibilidad de que contengan cláusulas abusivas.

Esto último se consigue estableciendo normas imperativas sobre aspectos del contrato respecto de los que se habían producido abusos: intereses de demora, vencimiento anticipado, gastos, cambio de moneda en préstamos en divisa, etc… No hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 1.2 de la Directiva 13/1993 y la jurisprudencia del TJUE, las cláusulas que reproduzcan normas legales no están sometidas al control de abusividad. Camara[3] señala que esto no supone una protección total frente a la revisión judicial, citando la STJUE de 25 de enero de 2015 (Unicaja) relativa a los intereses de demora, que entendió que el límite legal del artículo 114 LH no excluía el carácter abusivo de intereses que cumplían ese límite. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en ese caso el TJUE argumentaba (a mi juicio de forma errónea)[4] que se trataba de una norma que no estaba dirigida específicamente a contratos con consumidores. Eso no sucede con las normas de la LCCI a las que nos hemos referido, que están específicamente dirigidas a los contratos con consumidores. No cabe duda que es así, pues está expresa y específicamente destinada a trasponer la Directiva 2014/17/UE cuyo artículo 1 concreta que su ámbito es el del crédito al consumidor. El que expresamente extienda su protección a personas físicas que actúan dentro de su esfera empresarial o profesional no las convierte en normas generales.

Pero donde la ley introduce mayores novedades es en la materia que nos ocupa: la transparencia. Para garantizar la transparencia se introducen nuevas normas que tratan de asegurar que el deudor reciba con antelación suficiente una información completa y que pueda comprender, también con suficiente antelación, su trascendencia jurídica y económica real. Se otorga un papel central al notario, que examino al final. Recordemos que en todo caso el deber de transparencia es algo que corresponde a la entidad financiera, de manera que las medidas tomadas, y en particular la intervención notarial, no pueden trasladar al notario esa obligación. Sin embargo, el sistema, como veremos, sí puede contribuir de manera decisiva a que se consiga.

(3) CÁmara Lapuente, S., 2019.
(4) Álvarez Royo-Villanova, S., 2016.

Conviene insistir en que la intención de la ley de garantizar al mismo tiempo la protección del consumidor y seguridad jurídica no es contradictoria. Si se expulsan las cláusulas abusivas de los contratos regulando por ley algunas cuestiones accesorias (gastos, intereses de demora, etc…) se está protegiendo sin duda al consumidor. El que este después no pueda reclamar ante los tribunales por abusividad no supone una menor protección de aquel, sino simplemente la consecuencia de que está adecuadamente protegido por una norma que sustrae esa cláusula del ámbito contractual y por tanto de las condiciones generales de la contratación.

Lo mismo cabe decir en materia de transparencia. Hay que tener en cuenta los perturbadores efectos sobre el mercado hipotecario que tuvo la STS de 9 de mayo de 20013 sobre la cláusula suelo, como ha destacado la doctrina[5]. Si la nueva ley consigue –con la participación de los notarios en particular– que los prestamistas proporcionen información suficiente y tempestiva a los prestatarios para que puedan decidir sobre la contratación, esto supone una mayor protección para el deudor, pues le permite conocer las condiciones y sus consecuencias mejor, y comparar mejor las ofertas. Es verdad que al mismo tiempo que las reclamaciones sobre estas cuestiones se reduzcan (aunque sigan siendo posibles, como veremos). Pero esto no supone que los deudores están más desprotegidos sino lo contrario: sencillamente se evita que quien esté adecuadamente informado trate de no cumplir sus obligaciones alegando una causa falsa. Las críticas al refuerzo de la transparencia con la intervención notarial parecen más bien motivadas por el indudable daño que una mayor seguridad jurídica supondrá para la nueva industria de reclamaciones en masa que ha crecido en España al calor de la jurisprudencia relativa a la cláusula suelo. Y a mi juicio esa industria repercute de manera indirecta pero claramente negativa en el acceso a la vivienda: supone un aumento de costes y riesgo para las entidades financieras, que obviamente repercuten en un mayor coste del préstamo y seleccionando a los prestatarios más solventes, en perjuicio del acceso al crédito de las clases medias y bajas.

Además, hay que señalar que el sistema hipotecario español ha resultado razonablemente competitivo a nivel europeo. Durante la mayor parte de los últimos 25 años los tipos de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España han sido más bajos que la media de Europa o de EE. UU[6]. Es cierto que en los últimos años (y en la actualidad) los tipos están en la media europea, no por debajo[7]. Pero en todo caso la situación es mucho mejor que la del crédito al consumo, que es de los más caros de

(5) Alonso Pérez, T., 2022.
(6) https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/01/27/mercados/1485535372_657122.html.
(7) https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/comparativa-hipotecas-europa.

Europa[8]. Esto demuestra que el sistema notarial/registral de seguridad jurídica y en general la regulación otorga unas garantías a los bancos que ofrece seguridad y por tanto permite ofrecer tipos más bajos.

Por ello hay que rechazar los discursos típicos de la época post-crisis de que el sistema hipotecario español era una forma de «estafa» a los consumidores. Lo que se produjo entonces fue una combinación de una burbuja inmobiliaria, una profunda crisis económica, y una pésima gestión por los bancos de los impagos de las hipotecas sobre vivienda habitual. Las consecuencias económicas y sociales fueron gravísimas, y pusieron en cuestión el propio sistema. Pero obviamente la solución no era destruir un sistema que había funcionado bien durante décadas sino reformarlo.

Habría que añadir que la transparencia es también necesaria no solo para la adquisición sino para el mantenimiento de esa propiedad. Es fundamental que el comprador y prestatario comprenda perfectamente las consecuencias jurídicas y económicas del préstamo para evaluar su capacidad de repago. Un buen ejemplo es el de los préstamos concedidos en divisas. Mientras que las famosas cláusulas suelo tenían un escaso efecto sobre la capacidad de pago, pues solo impedían una bajada por debajo de una cuota que casi siempre era inferior a la que se pagaba inicialmente, con los préstamos en divisas la situación era muy distinta. Las importantes variaciones en los tipos de cambio producían subidas importantes del importe debido en euros, y por tanto las cuotas en euros subían de manera notable, aumentando de manera grave el riesgo de impago. En este tipo de préstamos era muy complicado que una persona que recibía sus ingresos.

3. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA FORMAL

La transparencia formal en los contratos de crédito, también conocida como control de incorporación, es un concepto jurídico que se refiere a la obligación de las entidades financieras de redactar y presentar las cláusulas contractuales de manera clara, comprensible y accesible para el consumidor medio. A diferencia de la transparencia material, que se enfoca en garantizar que el consumidor puede comprender los efectos de los elementos esenciales del contrato, la transparencia formal se concentra exclusivamente en cómo se redactan y presentan las cláusulas. Su objetivo principal es asegurar que cualquier persona, sin conocimientos técnicos o jurídicos avanzados, pueda comprender el contenido del contrato que está firmando.

(8) https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/10/07/mercados/1475868986_749016.html.

Su concepto se deriva de los artículos 5 y 7 de la LCGC. El 5 exige que se dé efectivamente esa información y sea firmada por las partes y el 7 la la necesidad de que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. No se trata solo de que las cláusulas estén disponibles, sino de que el lenguaje sea tal que el consumidor pueda entenderlo sin esfuerzo adicional.

La transparencia formal se exige de todas las cláusulas del contrato, tanto de las que regulan aspectos fundamentales del contrato (tipo de interés o los plazos de amortización), como de las accesorias (comisiones por impago, vencimiento anticipado). El efecto de la falta de transparencia formal es la no incorporación de la cláusula al contrato, como establece el artículo 7 LCGC. Recordemos que estas normas se aplican a las condiciones generales, es decir a las predispuestas en los contratos, que son prácticamente todas en todos los casos. No se aplicará en el caso de que se hayan negociado individualmente. El TS ha precisado que el hecho de que sea una condición esencial no implica que no sea condición general de la contratación. Es cierto que las condiciones esenciales se negocian en ocasiones, dejando de ser en ese caso una condición general, pero el TS ha declarado que la prueba de esa negociación corresponde al empresario (STS 241/2013 de 9 de mayo).

Como señala Esquirol, la consecuencia de la falta de incorporación es más rigurosa que la del vicio del consentimiento (anulabilidad) pues determina la nulidad de la cláusula.

La transparencia formal no solo es un mecanismo de protección, sino una obligación de las entidades financieras, que deben informar adecuadamente a los consumidores, en el caso de los contratos de créditos inmobiliarios conforme al artículo 14 LCCI.

4. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Aunque la LCCI modifica las reglas de transparencia formal, garantizando la entrega de la información en su artículo 14, la verdadera novedad es su regulación de la transparencia material. La Directiva 2014/17 no la exigía, pero la LCCI no solo trata de mejorar la protección del prestatario, sino, además, devolver la seguridad jurídica al crédito hipotecario. Y justamente era la nueva jurisprudencia sobre transparencia material, y en particular la conocida de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, la que generó mayor litigiosidad e inseguridad.

El origen del concepto de transparencia material no es legal sino jurisprudencial, e incluso ahora la LCCI –aunque se refiere reiteradamente a

él– no lo define, lo que ha sido muy criticado por la doctrina[9], lo que nos obliga a repasar su evolución en la jurisprudencia.

Hay que comprender en primer lugar cuál es el fundamento de ese examen de transparencia material. La STS de 23 de marzo de 2017 dice que «*tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio y retribución».* El artículo 4.2 dice en concreto: *«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (subrayado añadido).*

Se ha discutido si ha de aplicarse esa exclusión en nuestro Derecho, pues la legislación de consumidores no tiene una regla equivalente al artículo 4.2. Con razón Cámara[10] ha lamentado que no se haya aprovechado la nueva ley para recoger expresamente la exclusión del examen de abusividad en estos casos. Pero la falta de ese reconocimiento expreso no impide que nuestro ordenamiento debe ser interpretado en ese sentido, tal y como lo ha hecho nuestro TS en la STS 406/2012, de 18 de junio, reiterada su doctrina por la de 9 de mayo de 2013[11] y en otras posteriores.

La razón de que el precio y el objeto principal se excluyan del examen de abusividad es que sobre este elemento sigue operando, aún en la contratación en masa, el principio de autonomía de la voluntad: el consumidor es libre de contratar o no y la competencia entre prestamistas debe garantizar que pueda obtener el mejor precio. En ese sentido el precio siempre es objeto de negociación. Es cierto que a menudo el cliente no puede negociar el tipo de interés que le ofrece una determinada entidad, pero puede (y es lo que sucede a menudo) acudir a diversos bancos y elegir la mejor oferta. Esto es muy distinto de lo que sucede con las cláusulas no esenciales: estas no solo no se negocian, sino que ni siquiera las tiene en cuenta el consumidor, muchas de ellas (intereses de demora, vencimiento anticipado) porque piensa que nunca entrarán en juego, y en las demás porque no le resulta económicamente rentable ese análisis ni la búsqueda de otro banco con mejores condiciones accesorias. Por ello, la normativa de consumidores permite anular esas cláusulas si son abusivas, aunque fueran claras y conocidas por el consumidor. Este, en cambio, sí presta atención al precio y a la prestación esencial, y lo negocia

(9) Cámara Lapuente, S., 2019, p. 2.
(10) Cámara Lapuente, S., ob. cit., p. 3.
(11) Álvarez Royo-Villanova. S., 2019.

con el prestamista o acudiendo a la competencia, y por ello no es necesario que los jueces los controlen. Tampoco sería conveniente, pues si los jueces pudieran –y en consecuencia debieran– enjuiciar si el precio en todos los contratos con consumidores es o no justo, no nos encontraríamos ya en la economía de mercado que consagra el artículo 38 de nuestra Constitución.

Sin embargo, para que verdaderamente exista un consentimiento sobre estos elementos esenciales, es necesario que el consumidor pueda realizar la comparación entre los elementos esenciales de las distintas ofertas, y para ello es imprescindible que sean perfectamente transparentes, es decir que estén claros sus términos y consecuencias. Como señala la STS de 9 de marzo de 2017 *«la regla de irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el deudor antes de su celebración»*.

El TJUE habla de transparencia material por primera vez en el Caso C-92/11 – RWE Vertrieb, referido a contrato de gas. Para que el consumidor pueda conocer los efectos económicos de ese contrato el TJUE requiere que se exponga *«de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste»* y que el consumidor pueda *«rescindir el contrato en caso de que el coste se modifique efectivamente»*.

En el caso C-26/13 – Kásler and Káslerné Rábai se trataba de un préstamo en moneda extranjera con una cláusula muy oscura en cuanto a la forma en que se realizaba el cambio de moneda. El TJUE entiende que en esas condiciones no se cumple el requisito de que *«el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo […] de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».* En sentido similar la STJUE C-348/14 – Bucura dice que el contrato tiene que permitir *«evaluar… las consecuencias económicas de su aplicación a efectos de calcular las mensualidades que deberá abonar en definitiva y, por lo tanto, el coste total de su préstamo»*.

La primera sentencia del TS que habló del control de transparencia acerca de las condiciones principales fue la 406/2012, de 18 de junio, si bien la que terminó de construir el concepto fue la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo. En ambas se habla de un doble control de incorporación y transparencia, y no de control de transparencia formal y material, que es la terminología que se ha impuesto después a través de la jurisprudencia del TJUE. Considera que la transparencia formal se refiere a la comprensibilidad gramatical de las cláusulas y la transparencia material a la posibilidad de comprender las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

La STS de 9 de mayo de 2013 adopta un concepto excesivamente exigente de la transparencia material. El argumento central (así lo entendió el Abogado General en la STJUE Gutierrez Naranjo, de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que revocó la sentencia en relación con los efectos del reconocimiento de la falta de transparencia)[12] es que el banco no ha aportado suficiente información sobre los efectos del suelo o tipo de interés mínimo. Argumenta la sentencia que *«no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés»* y que *«no hay información clara y comprensible del coste comparativo con otras modalidades de préstamo»*. Lo que pide el TS no es que el deudor conozca cuánto va a tener que pagar como mínimo –como en el caso Bucura–, lo que en el caso de una cláusula suelo no tiene especial complejidad. Lo que exige es que el banco le explique todas las consecuencias económicas comparadas con las posibles alternativas de préstamos, y todo ello en función de diversos escenarios de tipos de interés en el futuro. Se trataría, por tanto, de comparar las cuotas del préstamo contratado con las que resultarían de aplicar otras ofertas de préstamos sin suelo –que normalmente tenían un diferencial más alto– y de préstamos a interés fijo, todo ello con diversos escenarios de evolución de tipos de interés. Esto se separa de la doctrina del TJUE, según la cual la transparencia material supone solo conocer los efectos concretos de esa cláusula, no que el empresario esté obligado a hacer la comparación con todas las ofertas ni a predecir los escenarios futuros.

Este exceso se ha dio corrigiendo con posterioridad. Por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 2017, también relativa a una cláusula suelo, consideró que los hechos probados *«muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa»*. Parte de la idea de que es necesario que el consumidor pueda con la información suministrada tener un *«conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»*. El tribunal, a mi juicio, reinterpreta la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, pues entiende que su ratio dice que *«era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo… y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito»*. Como vemos, no se habla ya de la necesidad de escenarios y de intereses previsibles, sino de carácter sorpresivo, que era el argumento más atendible de los señalados por la

(12) Gomá, I., y Álvarez Royo-Villanova, S., «El TJUE declara la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, desautorizando a nuestro TS», *Blog Hay Derecho*. https://hayderecho.com/2016/12/22/el-tjue-declara-la-retroactividad-de-la-nulidad-de-las-clausulas-suelo-desautorizando-a-nuestro-ts/.

sentencia. La STS de 10 de abril de 2018 reitera que lo que exige respecto del suelo no es la simulación de escenarios, sino que en la información precontractual *«se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el contrato, con claridad y dándole un tratamiento principal».* Esto se confirma también por la STS 669/2017 relativa a la transparencia del índice IRPH. En la misma se dice que *«subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible…».* Añade que no hay obligación del banco de ofrecer otros préstamos ni por tanto hay que confundir la obligación de información con una responsabilidad por asesoramiento. Destaquemos que en el informe del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada sobre este tema al TJUE (C-125-18), se dice que «*es importante no confundir la exigencia de transparencia… con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva*» (núm. 114).

No obstante, hay que tener en cuenta que esa información ha de ser proporcionada al deudor con antelación suficiente como ha declarado repetidamente el TS (STS 8 de junio de 2017, 7 de noviembre de 2017, 16 de noviembre de 2017, 24 de noviembre de 2017, 24 de enero de 2018, 23 de marzo de 2018) pues solo de esa forma podrá el deudor tener tiempo para decidir si las condiciones le convienen.

Por tanto, la transparencia material consiste en proporcionar información suficiente para un consumidor medio, de manera que no haya nada que afecte a las prestaciones esenciales que pueda pasarle inadvertido, con antelación suficiente para que un consumidor medio pueda decidir no firmar la operación. Se trata de un estándar objetivo, esto es, que no depende de la comprensión real sino de que se ofrezca esa información[13].

En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, se ha discutido si implica la nulidad directa o simplemente abrir la puerta al análisis de abusividad. Marin Lopez[14] entiende que las STS de 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016 avalan la primera postura. En el mismo sentido se pronuncia ESQUIROL, basándose en la nueva redacción 5.5 LCGC, que declara nulas las condiciones generales incorporadas a los contratos de forma no transparente en perjuicio del consumidor. EN sentido contrario se pronuncia Camara. Hay que tener en cuenta que la LCGC y la LCCI al declarar directamente la nulidad de las cláusulas no transparentes siempre que perjudiquen al consumidor, parecen exigir el examen del desequilibrio en perjuicio del consumidor. La

(13) Cámara Lapuente, S., 2019.; Pertiñez Vilchez, 2019.
(14) Marín López, M. J., 2019, pp. 257 ss.

posición de Camara es la acertada a la luz de la jurisprudencia del TS y del TJUE. Así, la STS 991/2020 deja totalmente claro que la falta de transparencia de las condiciones esenciales simplemente abre la puerta al control de abusividad, no supone la nulidad directamente. La STS 19/04/2022 confirma esta doctrina señalando que la consecuencia no es la nulidad sino el examen de abusividad, como resulta de las SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriciuc).

Una vez definido el ámbito de la transparencia se plantea el problema de la prueba de la misma. La STS de 9 de mayo de 2013 considera que no se cumple necesariamente ni con el cumplimiento de la normativa bancaria ni con la explicación por el notario, pues esta tiene lugar en el momento de la contratación y no con anterioridad. Son inútiles las declaraciones genéricas de «conocer y aceptar» todas las condiciones del préstamo (STS 26 enero 2018) aunque sean manuscritas. Además el TS tanto en la STS de 9 de mayo de 2013 como en las posteriores entienden que la carga de la prueba corresponde al prestamista. Sentencias posteriores manifiestan que la información notarial puede tener trascendencia en la prueba pero (STS 8 de junio de 2017, 7 de noviembre de 2017, 16 de noviembre de 2017, 24 de noviembre de 2017, 24 de enero de 2018, 23 de marzo de 2018)*«no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual»*. Por tanto la prueba del cumplimiento de ese deber es en la práctica difícil: es necesario probar que la documentación entregada es suficiente para que un consumidor medio pudiera prever los efectos económicos, y además es necesario que eso se haga con la antelación suficiente.

5. LA TRANSPARENCIA EN LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

5.1 **Objetivos y plazo de la información**

La ley regula detalladamente la información precontractual a facilitar. No se trata de una novedad, pues había sido ya regulada en nuestro derecho de forma detallada desde la Orden de 5 de mayo de 1994, pero se amplía el contenido y se regula su forma y plazo de antelación.

El artículo 10 determina sus objetivos. El primero es que el prestatario pueda comparar esas condiciones con las ofrecidas por otros prestamistas. Esto –como ya hemos visto– no significa que el prestamista le ofrezca comparaciones con otros productos del mercado, sino que tiene que tener

la información completa con una antelación suficiente. El segundo es que pueda evaluar sus implicaciones, lo que supone comprender las consecuencias jurídicas y económicas. El tercero es decidir sobre la *«conveniencia o no de celebrar un contrato de préstamo»*, pero en realidad es una consecuencia de lo anterior: comprender los efectos le debe permitir evaluar si va a poder hacer frente al préstamo, aunque también comprobar si otro le conviene más.

La LCCI establece que toda la información se tiene que entregar con un mínimo de diez días de antelación a la fecha de la firma del contrato (art. 14.1), lo que ha sido interpretado por la DGRN excluyendo el de la puesta a disposición y de la firma. Por supuesto, la escritura puede otorgarse pasado ese plazo, pues se trata de un mínimo. Lo mismo hay que defender respecto del acta notarial, a pesar de la desafortunada redacción del artículo 15, que parece obligar a cerrar el acta si a los 10 días desde la recepción de la información no se ha otorgado el acta.

El elemento fundamental de la información es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que cumple además la finalidad de constituir una oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado que, como mínimo, deberá de ser de diez días (art. 14.1.a). A mi juicio, este plazo mínimo es demasiado breve, pues no había ninguna necesidad de hacerlo coincidir con el de la antelación de la información (en la Orden EHA/2899/2011 se fijaba un plazo mínimo de vigencia de 14 días).

5.2 **Contenido de la información**

El artículo 14 LCCI regula los documentos que se han de entregar.

El primer documento obligatorio es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Su objeto es incluir todas las condiciones financieras de la operación, y su contenido se detalla en el Anexo I de la LCCI.

El segundo documento es la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Este documento –no exigido por la Directiva– se presenta por separado para llamar la atención del deudor sobre determinadas cláusulas que se consideran especialmente sensibles o peligrosas para los intereses del deudor (índices de referencia, suelo, vencimiento anticipado, gastos). En realidad, la redacción definitiva de la LCCI convirtió este documento en superfluo, pues estas cláusulas o están prohibidas (suelo) o vienen ya fijadas por ley (tipo de demora, vencimiento anticipado) o se reflejan en otros documentos (gastos).

En el caso de préstamos a interés variable, es necesario un documento que muestre el cálculo de cuotas en distintos escenarios de tipo de

interés. Se han de mostrar las cuotas a las que daría lugar la aplicación los *«niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos veinte años»*. Se ha ampliado el plazo de 15 a 20 años pero a mi juicio se debía aplicar el plazo total del préstamo, es decir, por 20 años si el plazo es de veinte años o por los de los últimos 25 o 30 años si ese es el plazo total.

Se obliga también a entregar *«una copia del proyecto de contrato»*. Entiendo que no basta con un borrador genérico, sino que debe incluir las condiciones financieras pactadas, aunque estas figuren también en la FEIN. Se exige también un documento especial sobre la distribución de gastos, totalmente innecesario ahora que la ley la fija.

La letra f) exige que, en el caso de que se exija un contrato de seguro de amortización o de daños, se entregue un documento con *«las condiciones de las garantías del seguro que se exige»*. Esto plantea la duda de si esto es necesario solo cuando el seguro es un producto vinculado o también cuando es combinado, es decir, que el deudor puede o no suscribirlo. Entiendo que solo es exigible en el caso de los vinculados, pues cuando el deudor puede acudir a otros proveedores y por ello necesita saber cuáles son las condiciones que el banco exige (art. 17.3 LCCI).

No se establece ningún límite de contenido a estos seguros. De *lege ferenda* debería establecerse un modelo (como existe en Francia) en el que se especificaran las condiciones de los seguros que se pueden exigir. Por otra parte debería establecerse la necesidad de que los seguros fueran renovables anualmente para que la posibilidad de presentar seguros alternativos fuera real.

Finalmente, el 14.2 precisa que la entrega de la documentación no agota las obligaciones de información del prestamista, que se deberán complementar con otra información necesaria en el caso concreto y con las repuestas a las preguntas del prestatario.

La ley no regula la forma de remisión al consumidor de estos documentos, por lo que cualquiera será válida. Lo que sí es necesario es que una vez recibida el consumidor firme una declaración *«en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido»*. Toda la documentación junto con esta manifestación *«deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros»*. A partir de ese momento, se pasa a una segunda fase que es la del control y asesoramiento por el notario, que pasamos a examinar.

6. EL NOTARIO Y LA TRANSPARENCIA: ACTUACIONES Y EFECTOS

6.1 **La justificación de la intervención notarial**

La Exposición de Motivos encuadra la actuación del notario dentro del reforzamiento de la información precontractual para que exista la transparencia material. Dice que la información precontractual *«se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material».*

Como vemos, y ha señalado la doctrina[15] se da un papel central al notario, y la contribución de este se realiza en dos ámbitos. Por una parte, habla de que «se atribuye» al notario la función de asesorar, aunque como ya he dicho esta ya le corresponde por el artículo 147 del Reglamento Notarial, el artículo 81.2 de la LGDCU, y las normas de transparencia bancaria (Orden EHA/2899/2011). En realidad, la novedad es lo segundo, que como se titula el artículo 15 es la «comprobación de la transparencia material», es decir que la entidad cumple esa obligación, comprobando los plazos de entrega de documentación y que esta es completa. Como señala ALONSO PEREZ, esta comprobación abarca tanto la transparencia material como la formal, pues se extiende a toda la documentación[16].

6.2 **Ámbito de aplicación del acta previa**

En el aspecto subjetivo se extiende no solo a los prestatarios que hipotecan su vivienda habitual, sino a cualquier persona física que contrate *«préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial» (art. 2.1.a).* Los préstamos no hipotecarios pero *«cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir»*, están sujetos a la ley cuando el prestatario sea un consumidor (art. 2.1.b), pero la instrucción DGRN 20/12/2019 considera que no se les aplica el acta previa.

La obligación de comparecencia ante el notario corresponde también *«a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo»,* lo cual

(15) Alonso Pérez, ob. cit., p. 140.
(16) Alonso Pérez, ob. cit., p. 144.

incluye a fiadores e hipotecantes no deudores. Aunque el artículo 14.1 solo exige que la información se proporcione al prestatario, del art 15.4 dice se deduce que es necesaria también la remisión de la documentación a esos garantes (Marín López) [17]. Si el prestatario va a ser representado en el acta o en la escritura, la documentación la puede recibir tanto representado como representante.

En cuanto a su ámbito objetivo, la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 determina que en las ventas realizadas por un profesional con subrogación hipotecaria de una persona física están sujetas a la ley, y en el caso de subrogación entre particulares, solo si se realiza con asistencia del banco, pues en otro caso es un mero acuerdo privado. También se exige en las novaciones, aunque sean de modificación del plazo o reducción del tipo de interés de acuerdo con la Instrucción, si bien limitando el contenido de la información a lo que se modifica. En las novaciones realizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012), concluye que dado el carácter tasado por ley de estas modificaciones no tiene sentido aplicarlas.

En las subrogaciones activas, la DGRN dice *«el simple cambio del acreedor, en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, no exige el otorgamiento de las formalidades informativas que impone la ley»*. No obstante, como el cambio de banco implica en la práctica siempre un cambio de condiciones, habrá de aplicarse lo visto anteriormente para las novaciones en general, como imponen la DA 6.ª y la DT.1.2.

6.3 **Procedimiento de entrega de la documentación**

La entrega al prestatario no requiere forma especial, pero la remisión al notario se hace a través de una plataforma informática a la que cualquier notario puede acceder, garantizándose así la libre elección del notario (se regula en el Reglamento 309/2019).

En la práctica, lo más relevante es que la incorporación al sistema ha de hacerse al menos diez días antes del otorgamiento de la escritura. Siguiendo literalmente el artículo 14.1 sería suficiente que la remisión de la documentación al prestamista se hiciera con esa antelación, pero dado que el notario tiene que verificar ese plazo (art. 15.2.a) y que la primera comprobación que puede hacer el notario es la de la incorporación al sistema de toda la documentación más el recibo del prestatario, esa subida al sistema tendrá que hacerse con los diez días de antelación. Es cierto

(17) Marín López, ob. cit., p. 279.

que esto no es una prueba absoluta de que el deudor la ha recibido, pues se trata de una actuación del prestamista. Pero dado que la documentación incluye la manifestación del deudor de haberla recibido, parece que debe considerarse un principio de prueba suficiente, sobre todo, teniendo en cuenta que el prestatario habrá de comparecer ante el notario en el acta y habrá de ratificar que dicho documento de recepción fue efectivamente firmado por él.

6.4 **El acta previa ante notario**

La primera actividad que debe realizar el notario una vez que ha sido elegido es comprobar la integridad de la documentación y la fecha en la que se ha cargado en el sistema, tras lo cual debe concertar una cita con el deudor en un día anterior al de la firma. Además, la Instrucción de 13 de junio de 2019 de la DGRN establece que el notario debe controlar el depósito obligatorio en el Registro de las condiciones generales de contratación, a lo que obliga el artículo 7 LCCI, aunque se ha discutido la legalidad de esa interpretación[(18)].

La comparecencia puede ser personal o a través de representante como expresamente admite el artículo 15.3. Cámara se plantea cuál será el valor de la manifestación de comprensión por parte del representante, pero entiendo que tiene que ser el mismo que si lo hiciera el principal, pues de otra forma nunca se podría actuar representado y si la ley ha admitido la representación ha de ser con todas sus consecuencias. Es evidente que el poderdante asume un riesgo al dar el poder, y tendrá que tener la diligencia *in vigilando* o *in eligendo* que le garantice estar suficientemente informado. La misma regla se puede aplicar a avalistas y fiadores. No existe problema en que para el acta comparezca el apoderado y que sea el deudor el que asista a la escritura, ni tampoco en que suceda al revés: todo lo realizado con el apoderado ha de imputarse directamente al principal. En ese sentido se manifiesta la Circular de 24/5/2019, que excluye sin embargo el mandato verbal en este caso.

En cuanto a la actividad del notario, se ha criticado por algunos autores que se atribuya al notario el carácter de asesor, ya que no tiene especiales conocimientos financieros. Sin embargo, estas críticas parte de un concepto erróneo del asesoramiento notarial: el notario no asesora en el sentido de aconsejar sino en sentido de explicar. Así se deduce del art 81.2 de la LGDCU: *«Los Notarios… en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores*

(18) Alonso Pérez, T., ob. cit. p. 60. En contra, Barrio del Olmo, C., ob. cit., p. 1.

y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia». Es cierto, como señala Alonso Perez, que el legislador hace intervenir al notario como sujeto que «debe contribuir activamente a la consecución del nivel de transparencia adecuado»[19] pero en realidad esto es algo que sucede en todo caso. La diferencia en relación con el acta es que se produce con antelación a la firma del contrato y sin presencia de la otra parte contratante, lo que supone de hecho una mucho mejor contribución a la transparencia material, pues en este caso la antelación es fundamental para garantizar los derechos del deudor. En todo caso es cierto, como dice la autora, que la actuación del notario supone una «garantía de imparcialidad y de asesoramiento independiente en la perfección».

Ese asesoramiento debe realizarse en relación con «*las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y FiAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica».* Se requiere además la realización en presencia del notario, de *«un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada»*. El test modelo que se ha impuesto por el Consejo General del Notariado en la Circular de 24/5/2019 incluye el cuestionario exigido por la ley sobre la recepción de la información y una serie de preguntas sobre cuestiones prácticas de los efectos del contrato. Las primeras preguntas son semejantes a un cuestionario, y como señala Alonso Perez su finalidad es el control de la transparencia formal[20]. En cuanto a las preguntas sobre los efectos, se dirigen a asegurar la transparencia material. Se ha discutido acerca de su función. Siguiendo la Circular del Consejo General del Notariado que habla de test de «comprensibilidad», se ha dicho que se trata de comprobar que el deudor ha comprendido los efectos del contrato[21]. A mi juicio su función no tanto la de un examen de comprensión, sino una forma de complementar las explicaciones: al responder a cuestiones básicas sobre los efectos (¿Puede variar la cuota mensual de mi préstamo? ¿Puede reclamar el banco la totalidad del préstamo en algún caso? ¿Responde el prestatario solo con el bien hipotecado? ¿Tengo comisión de cancelación anticipada?) el prestatario podrá completar su información realizando nuevas preguntas y el notario ampliar las explicaciones. En todo caso, lo que sí contribuye es a poder probar la existencia de la información previa prestada por el banco y que esta era comprensible.

(19) Alonso Pérez, ob. cit. p. 144.
(20) Alonso Pérez, ob. cit. p. 169.
(21) Alonso Pérez, ob. cit. p. 170.

6.5 Los efectos de la intervención notarial: ¿Acreditación o presunción de transparencia?

El acta es un requisito imprescindible para el otorgamiento de la escritura (art. 15.5) y por ello, el artículo 15.7 exige que se reseñe en la escritura de préstamo.

El problema fundamental es si esta acta supone una garantía de cumplimiento de la transparencia material. El artículo 15.6 dice: *«Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material»*.

La primera parte de la frase es superflua, pues reitera los efectos que tiene cualquier acta, que solo hace prueba de lo declarado por el notario. Prueba que el notario ha prestado un determinado asesoramiento: el notario reflejará en el acta la actividad que ha desplegado, por lo que producirá los efectos de integridad y veracidad a los que hace referencia el artículo.

Aunque la redacción pudiera plantear dudas, parece que la manifestación sobre la comprensión de las cláusulas no la hace el notario sino el deudor. Además, la mayoría de la doctrina considera que el notario puede pronunciarse sobre la concreta percepción psicológica de un tercero sobre el contenido de un contrato. En este se sentido se pronuncian Cámara[22] y Pertiñez[23] que dice: *«parece ilusorio pretender que un acta notarial pueda dar fe de un hecho interno, como es el de la comprensión por el prestatario».* También la interpretación de la Circular del Consejo General del Notariado 1/2019. Además, del artículo 15.5 resulta que lo que ha de declarar el notario es que el deudor ha recibido la documentación y el asesoramiento. A favor del carácter acreditativo se ha manifestado Alonso Pérez[24], que sostiene también que la manifestación procede del notario. Creo –y corrijo mi posición anterior. que esta autora tiene razón en defender que cuando el notario aprecia la capacidad de los otorgantes, lo hace en relación con la actuación concreta que se está realizando y esto debe incluir el juicio de que entiende el contenido de la escritura. Por ello, en realidad el notario siempre está haciendo un juicio

(22) Cámara Lpuente, S., ob. cit, p. 5.
(23) Pertiñez Vilchez, ob. cit.
(24) Alonso Pérez., ob. cit., p. 176.

sobre la percepción psicológica del otorgante, y como sostiene esa autora no debe autorizar la escritura si no cree que existe esa comprensión.

Pero en realidad no es esta la discusión relevante, puesto que la jurisprudencia considera que el requisito de la transparencia material se cumple no de manera subjetiva sino objetiva. Es decir, que lo relevante es que la entidad haya ofrecido la información suficiente y comprensible sobre los efectos del contrato para un consumidor medio. La falta de comprensión de una persona podría dar lugar a un vicio del consentimiento, pero no afectaría a la transparencia material. Y, (como señala también Alonso Perez, es será difícil con el sistema del acta probar ese error y que se considere excusable). El conjunto de actividades y controles notariales va a ser una garantía del cumplimiento de esa obligación en la práctica totalidad de los casos.

En todo caso, no parece que la ley haya establecido que el acta suponga automáticamente el cumplimiento de la transparencia material, y es posible que no lo pudiera hacer sin infringir la Directiva 13/93. Además, la entrega de la documentación exigida por el artículo 14.1 no implica siempre el cumplimiento de la transparencia, pues es posible que sea necesario dar otras explicaciones o documentos en algún caso concreto, como establece el artículo 14.2.

Tampoco supone una presunción de cumplimiento de la transparencia. En el anteproyecto se incluía la presunción, pero se suprimió del proyecto a instancia del Consejo de Estado. Posiblemente porque la STJUE Bakkaus se deduce que sería contraria a la Directiva una norma que impusiera la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones de información precontractual al consumidor, por ser contraria al principio de efectividad (aunque es cierto que el caso concreto es muy distinto del que nos ocupa, como señala Alonso Pérez)[25]. Esto viene confirmado por los artículos 14.2 y 15.9, que reiteran que el prestamista debe, en todo caso, cumplir con sus deberes de información, de manera que la actividad del notario no puede suplir la del prestamista.

Eso no quiere decir, ni mucho menos, que el acta sea inútil. Por una parte, la actuación del notario también ha sido reconocida por el TS, no solo en relación al control de inclusión como hizo la STS de 9 de marzo de 2013, sino en relación con la transparencia material. La STS de 9 de marzo de 2017 declaró que la actuación del notario era un elemento a valorar al efecto pues *puede «acabar de cumplir con las exigencias de información»*, lo que fue matizado por las STS de 8 de junio de 2017 y otras que señalan que *«no puede por sí sola sustituir la necesidad de la información precontractual»*.

(25) Alonso Pérez, T., ob. cit. p, 184.

Pero sobre todo la actuación notarial contribuye en la práctica al cumplimiento por parte de los bancos de su obligación de transparencia material. Al realizar un control de la actividad precontractual del banco, garantiza que se haga y –al mismo tiempo– facilita la prueba de la misma. Por otra, adelanta el asesoramiento notarial a un momento anterior a la firma, aumentando la capacidad de reacción del prestatario si descubre que las condiciones no son las que le habían anunciado, o que suponen efectos que él no esperaba. Recordemos que la STS de 15 de enero de 2017 señaló en relación con la actuación notarial que *«Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor…»*. En este sentido, manifiesta Marín López[(26)] que si se cumple con lo previsto en el artículo 15 *«lo más probable es que el prestatario esté adecuadamente informado del contenido de los documentos de informativos que le facilitó el prestamista»* y también que el plazo de antelación de un día es suficiente. En el mismo sentido, pero de forma aún más clara se pronuncia Alonso Pérez, que con acierto señala que esto no debe verse como un problema de la ley sino justamente uno de sus objetivos, pues como dije al principio el objetivo es combinar la mayor protección del consumidor con la mayor seguridad jurídica. Recordemos que la seguridad reduce el coste de la incertidumbre y permitirá préstamos más baratos.

Por tanto, la actuación notarial no impide juzgar la transparencia material ni invierte la carga de la prueba, pero en la práctica hace mucho más difícil que una cláusula esencial pueda declararse no transparente, convirtiéndose, en palabras de Alonso Pérez, en una posibilidad remota.

7. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia comunitaria cambió el concepto de transparencia y dió lugar a multitud de reclamaciones judiciales que llegaron a poner en peligro el mantenimiento de nuestro sistema hipotecario. La LCCI, por ello, perseguía defender al deudor y dar mayor seguridad jurídica al sistema en su conjunto. La intervención notarial no supone ni un cumplimiento automático de la transparencia formal o material, ni siquiera una presunción iuris tantum de cumplimiento. Pero en la práctica garantiza el cumplimiento general de esas obligaciones y facilita su prueba gracias al control por parte del notario. Por otra parte, el acta previa ha supuesto una mejora en el asesoramiento notarial. El notario hace lo mismo que

(26) Marín López, ob. cit., p. 512.

antes (controlar la legalidad y explicar el contrato y sus efectos), pero el que se haga con unos días de antelación al día de la firma y sin presencia del prestamista mejora sustancialmente la comprensión del consumidor, ahora liberado de la presión del tiempo y de la presencia de terceros. Esto no quiere decir que no se pueda avanzar en cuestiones de transparencia formal y material y mejorar aún más el acceso al crédito. Se debería valorar prohibir los productos combinados, que suponen hoy el elemento de mayor complicación para comprender el coste del préstamo y que hacen más difícil la comparación y por tanto la competencia. Y finalmente, se deberían perseguir las prácticas bancarias que convierten de hecho los productos combinados en vinculados, al obligar de hecho a los prestatarios a contratar seguros para la concesión del préstamo.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M. T., «Función notarial y transparencia en la formación del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda». *Revista de Derecho Civil*. vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre, 2022) Estudios, pp. 137-194.

— «El Registro de condiciones generales de la contratación y los contratos de crédito inmobiliario (El artículo 7 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario)». En *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Aranzadi, Cizur Mayor 2022, pp. 97-124.

Ál.varez Royo-Villanova, S., «Las dudas sobre la transparencia del IRPH y el discutible informe del Abogado General». *Diario La Ley*, núm. 9516, 2019.

— «Los intereses de demora y la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *El notario del siglo xxi: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, núm. 68, 2016, pp. 16-21.

Barrio del Olmo, C., «Consulta al Registro de Condiciones Generales de la Contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios?», *El Notario del Siglo xxi*, julio 2019, núm. 86.

Cabanas Trejo, R., «La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿el final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?», *El Notario del siglo xxi, j*unio 2019, núm. 86.

Cámara Lapuente, S., *La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes. Especial Ley Reguladora de los Contratos de crédito Inmobiliario*. La Ley, marzo 2019.

— «Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», *El notario del siglo xxi,* núm. 84, 2019, pp. 18-25.

Carrasco Perera, A., «Régimen de condiciones generales de contratación en contrato de crédito inmobiliario». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Aranzadi. 2019.

— «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Aranzadi. 2019.

DIPASQUALE, D., y WHEATON, W., «Housing Market Dynamics and the Future of Housing Finance» *Journal of Urban Economics*, 1994, vol. 35.

ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (*Los) controles notariales de transparencia y contenido sobre los préstamos sujetos a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, Marcial Pons, 2021.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «El Control de transparencia material». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.* Aranzadi. 2019.

MATE SATUÉ, L. C., «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios: de la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, v. 6, núm. 1, (enero-marzo 2019), pp. 335-360.

NIETO CAROL, U. (*El) control de incorporación y transparencia en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, 2022.

PÉREZ HEREZA, J., «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El notario del siglo XXI,* marzo 2019, núm. 84, 2019.

PERTIÑEZ VILCHEZ, «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, 2019.

A.4 Crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento hipotecario *

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuena@telefonica.net

Resumen: *Se analizan en el presente capítulo las novedades legales en relación con la prevención del sobreendeudamiento hipotecario, particularmente el régimen jurídico de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia. Se realiza un estudio crítico al objeto de determinar si se ha transpuesto de forma adecuada la normativa europea sobre crédito hipotecario teniendo a la vista las recientes resoluciones al respecto dictadas por el Tribunal de Justicia de la UE.*

Palabras clave: *Evaluación de la solvencia. Crédito hipotecario, datos de solvencia patrimonial. Riesgo de crédito.*

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

Abstract: *This chapter analyses the legal developments regarding the prevention of mortgage over-indebtedness, particularly the legal regime of the lender's obligation to assess creditworthiness. A critical review is carried out in order to determine whether European mortgage credit legislation has been adequately transposed in the light of the recent rulings of the Court of Justice of the EU on this issue.*

Keywords: *Creditworthiness assessment. Mortgage credit, equity solvency data. Credit risk.*

Sumario: 1. La necesidad de una política eficiente en materia de sobreendeudamiento privado. 2. Concepto de crédito responsable: evaluación de la solvencia y evaluación de riesgo de crédito. 3. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el crédito inmobiliario. 3.1 Sujeto obligado a evaluar la solvencia. 3.2 ¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia? 3.3 ¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista? 4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.1 ¿Obligación de medios o de resultado? 4.2 Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.3 En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia. 4.4 ¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo? 5. Conclusión. ¿Respeta el Derecho español la normativa europea en materia de préstamo irresponsable?

1. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA EFICIENTE EN MATERIA DE SOBREENDEUDAMIENTO PRIVADO

La crisis financiera de 2008 evidenció las letales consecuencias que para el sistema económico puede tener un crecimiento desbocado del sobreendeudamiento privado. Cuando los particulares se endeudan más allá de su capacidad de reembolso su insolvencia posterior provoca situaciones de exclusión social y la absorción por el Estado de las consecuencias de ese exceso de deuda privada[(1)] (por ejemplo, subsidios para evitar la exclusión social del deudor insolvente).

La realidad ha demostrado que el sobreendeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden

(1) Sobre la conversión de deuda privada en pública a la luz del caso de España Cfr. ORDÀ; SCHULARICK, y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf: (Consultado el 10 de julio de 2024).

tener graves repercusiones sociales y económicas. Era necesaria una normativa que actuara en el terreno de la prevención. Y es que sobreendeudar a los particulares tiene a corto plazo consecuencias que pueden ser atractivas para los gobiernos, al margen de su color político, en tanto se puede generar artificialmente un crecimiento económico, ya que se potencia el consumo sin necesidad de subir los salarios[2]. Sin embargo, a medio y largo plazo las consecuencias de este modelo son tremendas. Generar préstamo de alto riesgo y trasladarlo a terceros a través del mercado secundario provoca crisis financieras mundiales. Nuestro sistema financiero opera con el privilegio de reserva fraccionaria y ello exige un mayor control del riesgo de crédito que proteja el sistema de crisis de solvencia de las entidades provocada por el fenómeno del descalce de plazos. Es evidente que el control no se hizo y la regulación no generaba los incentivos adecuados al comportamiento adecuado de los operadores. Lo cierto es que se concedieron préstamos sin evaluar la capacidad de reembolso del deudor, teniéndose en cuenta exclusivamente el valor del inmueble dado en garantía, con base en una tasación irregular realizada por una empresa participada por la entidad financiera.

Los excesos en la concesión de préstamos tienen como efecto un aumento de la demanda y un efecto inflacionista que favorece la creación de burbujas. Si además esa demanda se alimenta con incentivos fiscales a la compra de vivienda y bajos tipos de interés, la burbuja de deuda privada tiende a aumentarse. Por otro lado, las entidades transferían el riesgo de crédito a terceros a través del mercado secundario con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias[3]. Esta posibilidad relaja el rigor en la evaluación del riesgo[4]. Por eso, no es razonable afirmar después de lo que ha pasado, que las entidades financieras tienen incentivos para la evaluación del riesgo y que las sanciones administrativas son la medida disuasoria más

(2) Nuestro modelo económico se basa, al igual que el de la mayoría de los países, en el sobreendeudamiento privado como medio de crecimiento, dada la brecha cada vez mayor entre la productividad y los salarios. En este contexto el mantenimiento del consumo exige un flujo generoso de crédito. En el periodo de 1079-2020 la tasa de crecimiento de la productividad ha sido de un 61,8% y la del salario de un 17,5%. Cfr. Economic Policy Institute, «The productivity– Pay gap» https://www.epi.org/productivity-pay-gap/.

(3) Los bajos tipos de interés existentes en la época de la crisis favorecieron que los inversores adquirieran cédulas hipotecarias en busca de una mayor rentabilidad. La «alegre» expansión crediticia protagonizada por las entidades (particularmente las cajas de ahorro a las que se sumaron luego los bancos por razones de competencia) generó necesidad de financiación externa que encontraba oferta por parte de ahorradores ansiosos de rentabilidad.

(4) El Considerando 57 de la DCI advierte este riesgo: «La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo».

adecuada[5] frente al préstamo irresponsable. La realidad ha puesto de relieve que eso no es así. Todos estaban contentos con el préstamo irresponsable: el gobierno de turno ve cómo la economía crece, un consumo a crédito que beneficiaba al capital y todo sin necesidad de subir salarios. El consumidor optimista estaba encantado de convertirse en propietario, aunque a partir del día 20 de mes ya tuviera que sobrevivir gracias a la tarjeta *revolving* con la que las entidades financieras también obtenían importantes beneficios.

Esta burbuja inmobiliaria a todos beneficiaba y nadie tenía interés en acabar con ella. El Estado ha recaudado mucho dinero en impuestos y algunos colectivos (notario y registradores) hicieron su particular agosto. Todo terminó con un rescate bancario con dinero público que invita a las entidades sistémicas a actuar en situación de riesgo moral. Esto es lo que pasa cuando se enfoca una política de vivienda sobreendeudando a los particulares. Nada que objetar a que la población tenga vivienda en propiedad, pero siempre que tengan capacidad económica para ello. Aquí hemos hecho propietarios a los solventes y a los no solventes… y eso es gravísimo, como hemos podido comprobar.

Teóricamente, el primer interesado en hacer una evaluación adecuada de la solvencia es el prestamista pues la sanción más importante que padece es la pérdida de su derecho de crédito. Esto es cierto cuando el prestamista es un establecimiento financiero de crédito o cualquier empresa que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos y lo hace con capital propio (*balance sheet*)[6]. El problema es cuando las entidades financieras transfieren el riesgo a terceros a través del mercado secundario (el denominado «originar para distribuir») con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias. En tal caso el prestamista no padece las consecuencias de una irregular evaluación del riesgo.

Visto lo vivido, procede es analizar si se han tomado medidas eficientes en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento hipotecario. Adelanto ya que no, y explicaré por qué. De hecho, sigue sin tener interés hablar de préstamo responsable. Hemos implantado la regulación tarde y mal y porque nos han obligado desde la Unión europea.

---

(5) Alfaro Águila-Real, J., La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html (Consultado el 5 de junio de 2024).

(6) Como han señalado Celentani, M.; Ganuza, J. J., y Gómez Pomar, F., «*El régimen legal del crédito hipotecario en España*: un análisis económico» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F. (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 45 las entidades prestamistas pueden experimentar sesgos que las inclinen hacia operaciones de mayor riesgo, lo que a su vez puede llevar a decisiones ineficientes. Entre los factores que pueden contribuir a la aparición de tales sesgos, está el que los responsables de las decisiones de las entidades prestamistas solo absorben una parte limitada de las pérdidas que pueden ocurrir. La existencia de instituciones como el fondo de garantía de depósitos, que garantizan los ahorros de los depositantes y la responsabilidad limitada de las entidades de crédito que limita ésta y no los beneficios, son factores que incentivan la actuación de alto riesgo.

La Directiva 2014/15[7] (en adelante, DCI), es la primera respuesta del Derecho de la UE al problema del sobreendeudamiento hipotecario[8]. Se hace eco del papel relevante que tiene la regulación de la obligación evaluar la solvencia por parte del prestamista en la prevención de una nueva crisis financiera (*Vid.* Considerandos 55 y 56) y la necesidad de evitar comportamientos irresponsables de los operadores del mercado[9]. A pesar de ello y de la importancia de la cuestión, la regulación de la DCI merece reproches[10] por su indefinición y por el amplio margen dejado a los Estados miembros en su transposición. En la actualidad se está evaluando la revisión de esta directiva[11].

A continuación, se analizarán las novedades introducidas por la DCI en materia de préstamo responsable y su transposición al Derecho español de la mano de la Ley 5/2019, de 5 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCI). No puedo hacer en esta sede una exposición pormenorizada sobre esta cuestión[12], pero si señalaré las líneas generales del nuevo sistema y, sobre todo, sus carencias. Con todo, en primer lugar, procede hacer una necesaria delimitación conceptual entre el concepto de evaluación de la solvencia y el de riesgo de crédito.

2. CONCEPTO DE CRÉDITO RESPONSABLE: EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y EVALUACIÓN DE RIESGO DE CRÉDITO

Aunque muchas veces se utilizan como términos sinónimos, desde el punto de vista técnico no es lo mismo evaluar el riesgo de crédito que

(7) Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2011 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

(8) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(9) La crisis financiera ha demostrado que el comporta miento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(10) Cfr. Cuena Casas, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871 2894. https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302.

(11) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13090-Mortgage-credit-review-of-EU-rules_en.

(12) He tratado más detenidamente la cuestión en mi trabajo «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario», Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, pp. 175-235.

evaluar la solvencia del potencial prestatario. En ambos casos el objetivo es valorar la capacidad del prestatario de atender sus obligaciones en virtud del contrato de préstamo, pero esto se hace desde planos distintos en ambos supuestos.

Las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones dependen de dos variables: la capacidad de pago y la voluntad de pago[13]. La primera se mide de acuerdo con la entidad del patrimonio del deudor y el pasivo ya asumido por este. La incapacidad de pago puede ser inicial, presente ya en el momento de la concesión del préstamo (sobreendeudamiento activo), o sobrevenida por el acaecimiento de circunstancias (paro, divorcios, enfermedades) imprevisibles e inevitables, que llevan al deudor a situación de insolvencia con incumplimiento generalizado de sus obligaciones (denominado sobreendeudamiento pasivo). Este último supuesto no puede ser valorado ni medido por el prestamista y, por ello se ha dicho que la incertidumbre es el principal obstáculo del mercado de crédito[14]. Poco puede hacer el departamento de riesgos de una entidad para evitar que tales circunstancias sobrevengan, salvo que las mismas fueran ya previsibles en el momento de la concesión del préstamo. Por lo tanto, el objetivo de la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo* dado que este se produce por circunstancias imprevisibles.

Cuando se evalúa el riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista. El punto de vista que se valora es el del acreedor. Por ello, la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista[15]. Da igual el grado de esfuerzo que tenga que hacer el deudor para pagar. Lo importante es si puede pagar en las condiciones presentes en el momento de la solicitud.

Por el contrario, cuando se trata de evaluar la solvencia (concesión responsable de crédito) se pretende tener en cuenta la operación crediticia

(13) No en vano la palabra crédito procede del latín *credititus* (del verbo *credere*) que significa creer, confiar. El concepto, desde su raíz etimológica, se basa en la confianza que se deposita, sobre el cumplimiento de la obligación o promesa de pago de un deudor.

(14) Rona-Tas, A., y Giuseva, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics,* 41(2), 420.

(15) Esta diferencia se destaca en el informe del Financial Services User Group, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf Véase también esta delimitación en el informe realizado por ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf (Consultado el 20 de julio de 2024).

desde la perspectiva del potencial prestatario, el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Es decir, tiende a evitar el denominado «sobreendeudamiento activo», que el deudor asuma más compromisos de los que le permite su capacidad patrimonial. Una correcta evaluación de la solvencia no palía el sobreendeudamiento pasivo, y por ello si el acreedor ha hecho una correcta evaluación de la solvencia y luego el deudor no paga por circunstancias sobrevenidas, ninguna conducta reprochable se puede imputar al prestamista. Cosa distinta es que el impago se produzca por circunstancias ya presentes en el momento de la solicitud, por ejemplo, el deudor ya se encontraba sobreendeudado. En suma, una correcta evaluación de la solvencia no blinda al prestamista frente al incumplimiento por parte del deudor. Este depende de la capacidad de pago y de la voluntad de pago. La obligación de evaluar la solvencia tiende a cubrir la primera de las variables. *Solo cuando el deudor deviene insolvente por consecuencia de una incapacidad de pago ya presente o previsible en el momento de la concesión del préstamo* podría cuestionarse la actuación del prestamista en este terreno.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento por falta de voluntad de pago, la misma se puede valorar en cierta medida a través de los ficheros de solvencia patrimonial, es decir, a través del comportamiento de pago pasado, pero siendo este relevante, aun habiendo sido este comportamiento negativo, puede no ser decisivo si el mismo se ha producido por circunstancias exógenas.

En suma, la evaluación de la solvencia es un concepto más amplio, que engloba la de evaluar el riesgo de crédito y el objetivo es no solo proteger la solvencia del prestamista sino proteger al prestatario del impacto negativo que se deriva del hecho de asumir un pasivo que no va a poder pagar. No basta analizar que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones. Hay que dar un paso más y ver en qué condiciones el prestatario cumplirá el contrato. Se incumple esta obligación cuando, pudiendo cumplir el deudor, lo hace en condiciones extremas, descuidando otras necesidades básicas y ello porque el objetivo es prevenir el sobreendeudamiento. Lo razonable para una mejor medición del grado de cumplimiento es que se impongan ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 de la DCI se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembros la decisión de incorporarlos a su regulación. Nada de esto se ha hecho, como veremos en la LCCI. El único límite se encuentra en la regulación del mercado hipotecario [16] que exige respecto de los activos

(16) Artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos

de cobertura admisibles para las cédulas hipotecarias que el préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se trate de bienes inmuebles residenciales, el préstamo podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación. Fuera de esta regulación específica para el mercado hipotecario no hay límites objetivos de préstamo valor y préstamo– ingresos, lo cual dificulta sobremanera el control del cumplimiento de esta obligación por los prestamistas.

Esta delimitación conceptual es sumamente relevante y tiene consecuencias sustantivas, aunque desde el sector financiero no quieran verlas[17]. Lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad)[18] a ser mecanismo de protección del cliente bancario evitando su sobreendeudamiento, es decir, que el deudor se vea en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles»[19]. Asumir las consecuencias de este cambio de enfoque es clave para interpretar la norma europea y la LCI que la transpone.

Y es que con la nueva regulación europea se pretende, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. (Así se señala en la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014)[20].

---

de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

(17) Para una visión desde la banca Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, J., y Valencia Ortega, Los procesos de evaluación de solvencia en las entidades supervisadasReflexiones sobre la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2024 (Nárokuj, C-755/2022), Diario La Ley, núm. 10464, 2024.

A su juicio, nada ha cambiado con la nueva regulación y ya se venía cumpliendo desde siempre la obligación de evaluar la solvencia. El corporativismo extremo no ayuda a mejorar. Hacer las afirmaciones que se hacen en ese trabajo sin tener en cuenta lo acontecido en la crisis financiera de 2008 es verdaderamente llamativo. Destaca la vehemencia con la que se niegan las consecuencias civiles del préstamo irresponsable y el carácter disuasorio de las medidas administrativas. Esas mismas medidas que no han impedido la crisis financiera.

(18) Este cambio de orientación ya fue destacado por el TJUE en la sentencia de 27 de marzo de 2014 Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan. Asunto C565/12 en relación con la Directiva a 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19), se acerca al polémico concepto de sobreendeudamiento: «Hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles».

(19) En este sentido, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19).

(20) LCL Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan Asunto C565/12).

Y si el legislador español no asume este cambio, no debemos olvidar que existe el principio de interpretación conforme con el Derecho europeo[21]. Y ya adelanto, que no se ha asumido ese nuevo enfoque en la ley española. Como veremos, seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Y lo que es más grave, se sigue el modelo de la normativa prudencial aun cuando muchos prestamistas al amparo de la LCCI no tienen la condición de entidad de crédito ni de establecimiento financiero de crédito. Es decir, no son entidades supervisadas. No hay un interés público en la protección del balance de la entidad crediticia cuando no utiliza recursos procedentes de los depósitos del público. Sin embargo, deben asumir las obligaciones de conceder préstamos de manera responsable porque de lo que se trata es de prevenir el sobreendeudamiento privado.

3. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO

3.1 **Sujeto obligado a evaluar la solvencia**

Una regulación general de la obligación de evaluar la solvencia y de conceder préstamos de manera responsable la encontramos en el artículo 18 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios aprobada (en adelante, OTSB) que desarrolla el artículo 29 de la Ley 2/2011 de Economía sostenible. Esta regulación es general y se aplica tanto al crédito al consumo como inmobiliario y el destinatario es el cliente bancario (persona física) que no necesariamente tiene que ser consumidor.

En principio la OTSB solo es aplicable cuando el prestamista es una entidad de crédito quedando fuera los demás prestamistas que no tuvieran

(21) Así lo señala la famosa sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984 (Von Kolson-Kamann (Asunto 14/83): «la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales» (Cons. 26). Al respecto, SSTJUE 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C84/12, EU: C:2013:862, apartados 75 y 76; de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU: C:2016:835, apartado 59, y de 29 de junio de 2017, Popławski, C579/15, EU: C:2017:503, apartado 31).

tal condición. Sin embargo, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril[22] modifica el artículo 2 OTSB, extendiendo su ámbito de aplicación a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No obstante, esta ampliación solo afecta a las disposiciones previstas en las secciones 1.ª a 7.ª del capítulo II del título III de la OTSB relativo a los aspectos contractuales (información precontractual, tipos de interés, ventas vinculadas etc…). El artículo 18 OTSB no es aplicable a prestamistas inmobiliarios, sino tan solo establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito españolas extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la UE.

Esta regulación coexiste con la específica en materia de crédito al consumo[23] y con la de crédito inmobiliario contenida en el artículo 11 de la LCI. Cuando se trata de prestamistas a los que se aplica la OTSB se produce un solapamiento normativo, aplicándose de manera supletoria a la regulación específica.

El artículo 4.16 de la LCCI, define la evaluación de la solvencia como «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo*». Al igual que hace el artículo 4.17 DCI, se debe evaluar la capacidad de reembolso del prestatario sin que se pueda atender de manera exclusiva al valor del inmueble y su previsible revalorización, como criterio determinante para evaluar la solvencia (Considerando 55 DCI).

Según la normativa específica de crédito inmobiliario, el sujeto obligado a evaluar la solvencia es el prestamista, no el intermediario de crédito. La DCI habla de evaluar «en profundidad» la solvencia del prestatario teniendo en cuenta «factores pertinentes». El artículo 11 LCI concreta la mención de la DCI, ampliando el ámbito subjetivo. No solo se debe evaluar al consumidor**,** sino que la LCI lo amplía al potencial prestatario persona física, fiador o garante. Las mismas razones que aconsejan evaluar la capacidad de reembolso del deudor exigen que se haga para el fiador o garante quien también puede verse obligado a cumplir el contrato de préstamo. De hecho, esta extensión ya estaba presente en el artículo 18 de la OTSB.

El prestamista inmobiliario obligado a evaluar la solvencia es, según lo dispuesto en el artículo 4.2. LCI, «*toda persona física o jurídica que, de*

(22) Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

(23) Artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de 2011.

manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1. letras a) y b)». Tales prestamistas inmobiliarios deben estar inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 42 LCI. El ámbito es más amplio que el de la normativa sectorial bancaria[(24)] en el que el prestamista tiene que ser una entidad de crédito[(25)]. En este sentido, la LCI rellena un hueco regulatorio que extiende la obligación de evaluar la solvencia a sujetos que legalmente no estaban afectados por la regulación hasta ahora existente.

No están obligados a evaluar la solvencia el intermediario de crédito ni el representante delegado. Cosa distinta es que deban recabar información del cliente, tal y como se establece en el artículo 12.1 LCI.

Se trata de un deber precontractual. La evaluación de la solvencia debe realizarse «antes de celebrar el contrato de préstamo» (art. 11.1 LCI) o de cualquier aumento significativo del importe tras la celebración del contrato de préstamo (art. 11.7 LCI).

3.2 ¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia?

A diferencia del texto proyectado, la LCI los concreta estableciendo una lista de factores no exhaustiva señalando como criterios, *la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Así mismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral*.

En el articulado de la DCI solo se alude a «factores pertinentes» que se aclaran en el Considerando 55, donde se indica que deben tenerse en cuenta «*los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo*

(24) Anejo 9 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, dedicado al análisis y cobertura del riesgo de crédito. También hay que tener presente la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos. Este texto mantiene se vigencia a pesar de la derogación de la Circular 4/2004 por la Circular 4/2017.

(25) Tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (art. 1.2 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo, la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio».

No basta, pues, valorar los ingresos presentes, sino que el prestamista debe proyectarse al futuro, teniendo en cuenta cambios previsibles, como la jubilación, y, por supuesto, la ratio de endeudamiento, del potencial cliente, información que, como veremos, solo se puede obtener desde un fichero de solvencia positivo.

Con todo, debería haberse avanzado más, estableciéndose límites a la ratio préstamo-valor o a la ratio préstamo-ingresos, tal y como se sugería en el Considerando 55 de la DCI. Ello favorece el control del grado de cumplimiento de la obligación. Hay que recordar que sí existen límites en el artículo 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo.

3.3 **¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista?**

A este extremo se refiere el artículo 11.2 LCI, que deja margen de maniobra a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, si bien bajo la supervisión del Banco de España o autoridades competentes. Las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial.

Cuando el prestamista sea una entidad de crédito, se aplicará la regulación hasta ahora vigente respecto de los procedimientos para evaluar la solvencia y que completa la contenida en el artículo 11.2 LCI, que no deja de ser una mera declaración de principios en consonancia con lo establecido en la norma duodécima y el Anejo 6 de la Circular 5/2012. Esta normativa no es de aplicación a prestamistas que no tenían la condición de entidad de crédito, para los que la única norma que debe operar es la contenida en el artículo 11. 2 LCI que no concreta mucho respecto de los procedimientos para la evaluación de la solvencia, el valor que a cada variable (ingresos, deudas asumidas, etc…) debe darse en la creación de una prima de riesgo.

Esta ponderación sí es tenida en cuenta en el artículo 11.3 LCI cuando señala que, *en los préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato*

de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial. Se reproduce sin más, el artículo 18.3 DCI y con esta norma se trata de evitar la práctica habitual llevada a cabo en los años anteriores a la crisis financiera por la que los prestamistas no valoraban la capacidad de reembolso y atendían exclusivamente al valor del inmueble dado en garantía.

Pero como ya he adelantado, la regulación no establece criterios objetivos (ratios de préstamo-ingresos y préstamo-valor) [26], ni se señala la ponderación de cada variable para la fijación de la prima de riesgo. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el pasivo pendiente (deudas ya asumidas) del potencial cliente tenga un peso del 30 % en la fijación de la prima de riesgo que tenga un peso del 10 %. Lo que parece claro es que el valor del inmueble nunca puede ponderarse más del 50 % pues entonces sería la variable predominante que es lo que quiere evitar la ley.

Con todo, lo que debería, a mi juicio, haberse realizado de forma correcta es la tasación del inmueble a la que se refiere el artículo 13 LCI y que ahora es obligatorio realizar. Se exige que el tasador sea independiente del prestamista e intermediario de crédito y se utilicen normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente remitiéndose a la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

La indefinición sigue presente y la LCI no añade nada al respecto. La determinación del grado de corrección del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia sigue siendo compleja.

No obstante, se mantiene la vigencia de la OTSB, hay que tener en cuenta la norma contenida en su artículo 18.4 que dispone que «*en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios*». Para los prestamistas incluidos en el ámbito de aplicación de la OTSB, esa norma operará. Para los excluidos no. Realmente no haría falta aclarar este extremo porque la evaluación de la solvencia implica la comprobación de la capacidad de reembolso del potencial prestatario y la existencia de un seguro cubre la eventualidad de un incumplimiento que puede obedecer a razones distintas no presentes en el momento de la evaluación e imprevisibles (paro, divorcio, enfermedad). En estas circunstancias

(26) En el caso de Suiza, no puede financiarse en ningún caso más del 80 % del valor de tasación del inmueble. El prestatario deberá aportar el 20 % del precio de la vivienda. Así mismo, el importe de las mensualidades del préstamo hipotecario no debe superar el 33 % de los ingresos del prestatario. Semejante planteamiento se sigue en el artículo 28 de la *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001.

reside precisamente el riesgo de crédito del prestamista, en aquellas que no puede prever y que vendrían a estar cubiertas por un seguro. Pocas compañías cubrirán a un cliente que ya carece de capacidad de reembolso en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, difícilmente puede darse la hipótesis que contempla el artículo 18.4 OTSB. En cualquier caso, aunque nada diga la LCI, por lo dicho, si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso y tan solo se limita a exigir un seguro de reembolso, habrá incumplido su obligación de evaluar la solvencia. La existencia de aquél no afecta a la necesidad de cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia.

Lo mismo cabe decir de la exigencia de fiadores o garantes. La diligencia profesional con la que el prestamista debe cumplir con su obligación de evaluar la solvencia es la misma, aunque el deudor aporte garantes o fiadores. El test de solvencia positivo no puede descansar en la existencia de garantías adicionales[27]. Las garantías constituyen un refuerzo del derecho de crédito que palía la posibilidad de incumplimiento fundamentalmente por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo). Reitero lo dicho para el caso del seguro. No parece razonable que un tercero garantice a un deudor que en el momento de la constitución de la obligación ya no parece solvente[28]. Si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso del deudor y se limita a pedir garantías, habrá incumplido su obligación.

Con el régimen de la evaluación de la solvencia no se trata de blindar al prestamista ante un eventual incumplimiento del deudor, sino de evitar el

---

(27) Así se recoge en el Anejo 6 de la Circular 5/2012 cuando dispone que la capacidad de reembolso del deudor «se estimará bajo el supuesto de la utilización de las fuentes de renta habituales del prestatario, *sin depender de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía*, que deberán ser siempre considerados como una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera».

(28) Por eso son llamativas las medidas recientemente aprobadas para facilitar el acceso a la vivienda a los jóvenes avalando el Estado a través de avales ICO el 20 % del préstamo hipotecario concedido para la compra de la primera vivienda habitual para jóvenes y familias con menores a su cargo. La línea de avales está dirigida a personas menores de 35 años con ingresos menores de 37.800 euros al año (4,5 veces el IPREM) y a familias con hijos y su patrimonio no exceda de 100.000 euros. Es decir, el público objetivo de esta medida es de solvencia limitada a las que la entidad financiera prestará el 100 % del valor de la vivienda, quedando cubierto con el aval el 20 % inicial. Esta medida fomenta el sobreendeudamiento y violenta las normas de préstamo responsable. El solicitante deberá tener solvencia acreditada para pagar el 100 % del préstamo, lo cual parece poco probable dado el precio de la vivienda y los requisitos de limitados ingresos que se exigen. Si se quería ayudar a los jóvenes lo más efectivo sería que el Estado abonara el 20 % del precio, lo cual no parece posible con los niveles actuales de gasto público. La medida es inadecuada y poco eficiente, como ya se está poniendo de manifiesto en el sector que ya ha denunciado que en más del 60 % de los casos no permitirá la compra real de una vivienda pues muchos de los que reúnen los requisitos para obtener la ayuda pública no cumplirían los requisitos para una evaluación positiva de solvencia patrimonial. Se trata de una regulación que difícilmente encaja en la normativa de evaluación de la solvencia. https://theobjective.com/economia/2024-08-15/agentes-inmobiliarios-ineficaces-ico/ (Consultado el 15 de agosto de 2024).

sobreendeudamiento del cliente. Por eso, el que esté blindado el prestamista con seguros y garantes, no supone que se haya evitado el sobreendeudamiento privado que es otra de las finalidades de la nueva regulación en materia de evaluación de la solvencia. Ello a pesar de que el legislador español, a mi juicio, no se haya percatado de este cambio de enfoque.

Este cambio de paradigma hay que tenerlo en cuenta por más que, como veremos, erróneamente a mi juicio, se mantengan los esquemas propios de la normativa de supervisión financiera para atender a las consecuencias del incumplimiento. Este planteamiento era correcto cuando las normas de evaluación de la solvencia tendían exclusivamente a proteger la solvencia de la entidad.

En cuanto a los costes que conlleve la realización de las operaciones de evaluación de la solvencia, aclara el artículo 11.2 que «*en ningún caso podrán repercutirse al potencial prestatario*». Ello implica que no podrá cobrar comisión de estudio el prestamista por este concepto al potencial cliente cuando le deniega el préstamo, ni siquiera cuando la entidad prestamista haya incurrido en gastos al contratar con terceros para realizar tal evaluación. En el caso de que se conceda el préstamo, tampoco podrá cobrar al prestatario por el estudio de la solvencia, pero nada impedirá que tales gastos puedan incluirse en la comisión de apertura, pues, tal y como dispone el artículo 14.4 LCI, englobará «los gastos de estudio».

4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

4.1 **¿Obligación de medios o de resultado?**

Con carácter previo es preciso determinar cuándo existe un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, para lo cual es necesario examinar si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado.

En relación con su *naturaleza,* la obligación de evaluar la solvencia exige valorar las perspectivas de cumplimiento del prestatario para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. El mercado de crédito opera con información asimétrica por lo que no es posible exigir al prestamista la certeza acerca de la capacidad de pago del deudor. Desde este punto de vista, puede considerarse una obligación de medios[29]: el

(29) Así lo entiende en relación con la regulación contenida en la LCC, Ordás Alonso, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi, 146. Álvarez Olalla, *op.cit.,* p. 773. Melero Bosch, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión

prestamista debe hacer todo lo posible, con base en su diligencia profesional, por asegurarse de que el prestatario tiene capacidad de pago para reembolsar el préstamo. Obviamente, no es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones. Basta que se asegure de que potencialmente está en disposición de cumplir, sin que ello suponga un desmedido esfuerzo para el prestatario. Ahí reside, como he dicho la diferencia entre evaluación de riesgo de crédito y de solvencia.

No obstante, desde otra perspectiva, la realización de todas las operaciones necesarias para comprobar la capacidad de pago del prestatario puede configurarse como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa[30]. En este sentido, el prestamista incumple su obligación cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCI), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCI) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso o solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCI), o no se hubieran consultado las bases de datos de solvencia patrimonial, tal y como veremos, ordena el artículo 12 LCCI. El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Sí es un resultado exigible el que realice una evaluación con arreglo a los procedimientos legales y consultando los datos preceptivos.

Y ello al margen de cómo se desarrolle posteriormente la ejecución del contrato, de que el deudor cumpla o no finalmente con sus obligaciones. Es más, hay que tener presente, que el mercado de crédito opera con información asimétrica y el sistema de información crediticia español

---

responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*). Sáenz de Jubera, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 147.

Marín López, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en Carrasco Perera, A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 263. Díaz-Alabart, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE),* p. 230. A su juicio, La norma no pide el simple desarrollo de una actividad profesional, sino que precisamente por esta profesionalidad debe alcanzar un resultado adecuado; esto es una evaluación de solvencia bien hecha. No basta con que se informe suficientemente, sino que se obtenga conforme a la *lex artis* de los profesionales del crédito un resultado en cuanto a las probabilidades de devolver el préstamo.

(30) Marín López, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en Carrasco Perera A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. Díaz-Alabart, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE),* p. 230.

presenta deficiencias notables[31], como explicaré posteriormente, por lo cual es factible que el prestamista, utilizando la información a su alcance, el resultado de la evaluación arroje un resultado positivo, a pesar de que el deudor presente incapacidad de pago. Si el prestamista ha cumplido las normas específicas de gestión de riesgos y control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica a las que haré mención posteriormente, entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable. Por eso, el que exista información asimétrica en el mercado de crédito, en cierto modo blinda a los prestamistas frente a reclamaciones por préstamo irresponsable.

Si faltan datos en el sistema al que puedan acceder, la incapacidad de pago inicial del prestatario no será imputable al prestamista, sino al defectuoso sistema de información crediticia. Cuantos más datos de solvencia fluyan, más fácil es controlar el grado de cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y más eficiente es como mecanismo de prevención de sobreendeudamiento privado, con más datos, más fiable será el resultado en tanto a lo referente a la capacidad de pago. La voluntad de pago siempre es más compleja de adivinar, como veremos.

4.2 **Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia**

La clave de la eficacia de la regulación reside en las consecuencias derivadas del incumplimiento. Las mismas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, tal y como ordena el artículo 38 DCI. Será proporcionada la sanción cuando se adecúe a la gravedad de la infracción; efectiva, cuando evite que el infractor se beneficie de la comisión de la infracción y disuasoria, cuando tiene efecto preventivo[32]. Pues bien, veremos que la regulación española no cumple ninguno de estos requerimientos por lo cual hay una deficiente transposición de la norma europea.

Hay que distinguir dos aspectos desde el punto de vista del grado de incumplimiento de la obligación. El primero es valorar si el prestamista realizó o no las operaciones necesarias para evaluar la capacidad de reembolso. Así, por ejemplo, si exigió o no información sobre los factores pertinentes a que se hace referencia en el artículo 11.1 LCI (situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo,

(31) Trato de este tema en Sección 4.ª, Ap. VI del presente Tratado.

(32) Arroyo Amayuelas, E., «Comentario al artículo 21» en Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J., Ed. Aranzadi, 2014, p. 813.

los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos), consultó las bases de datos de solvencia patrimonial tal y como ordena el artículo 12.1 LCI, y estableció una prima de riesgo en función de los procedimientos a que se alude en el artículo 11.2 LCI.

La segunda vertiente de la obligación es si, una vez realizadas todas las operaciones para determinar la prima de riesgo del potencial cliente, el prestamista debe o no actuar en consonancia con el resultado. Es decir, si hay o no prohibición de contratar cuando el test de solvencia el negativo. Se trata de dos aspectos que, a mi juicio, no deben ser confundidos.

Al primer aspecto se refiere el artículo 11.4 LCI cuando dispone que «*la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información*». Se reproduce el artículo 18.4 DCI, aunque con algunos cambios. El texto de la DCI alude a que «el prestamista no *anule* o modifique ulteriormente dicho contrato» aunque en el Considerando 58 se refiere a «rescindir». Por el contrario, el artículo 11.4 se refiere a la facultad de «*resolver, rescindir o modificar*» y no se refiere a la nulidad. El que no se use este término, evidencia que las irregularidades en la evaluación de la solvencia no afectan a la validez del contrato, sino a la esfera del cumplimiento. Cuando la evaluación incorrecta de la solvencia sea imputable al prestamista, éste no podrá resolver el contrato, lo que parece lógico cuando se trata de su propio incumplimiento. Sí podrá hacerlo cuando el incumplimiento es imputable a la actuación del consumidor por ocultar datos de solvencia o falsificarlos. Es posible que el término «anular» utilizado en la DCI no lo haya sido en sentido estricto, dado que en el Considerando 58, utiliza la palabra «rescisión». Pero lo que merece ser resaltado es que el legislador español ha huido de la palabra nulidad, lo cual es relevante, como veremos, para saber lo que acontece cuando se concede el préstamo ante un test negativo de solvencia.

Por otro lado, se podría entender que esta prohibición de resolver se establece, precisamente porque, de no imponerse, el prestamista podría hacerlo, lo cual no tiene mucho sentido cuando es por evaluación incorrecta del propio prestamista. Quien podría hacerlo sería solo el consumidor en cualquier caso y pocos incentivos tiene para hacerlo, dado que le supondría la devolución total del préstamo. La restricción de la legitimación al prestamista tiene sentido cuando se trata de nulidad (absoluta), como hace la DCI, pero no cuando se trata de resolución.

En cualquier caso, no se prevé ningún tipo de consecuencia contractual específica, para el caso de que el prestamista haya evaluado incorrectamente la solvencia por causas a él solo imputables. Hay que tener en

cuenta que las normas establecidas en la LCI tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina (art. 44 LCI). Su eficacia en el ámbito contractual sigue siendo discutida[33]. En ausencia de norma específica se ha alegado la posible resolución del contrato a instancias del prestatario y la posible exigencia de una indemnización de daños y perjuicios[34]. Estas consecuencias tienen una nula eficacia disuasoria y violentarían el artículo 38 DCI. La resolución obligará al prestatario a devolver el capital prestado y pretender que un deudor sobreendeudado demande a una entidad financiera para reclamar unos daños y perjuicios es cercana a la ciencia ficción. En la práctica, parece que solo hay sanciones administrativas por mucho que la doctrina luche por defender sanciones contractuales que, a mi juicio, son ineficientes y absolutamente inútiles, tal y como la práctica ha puesto de manifiesto.

En cualquier caso, la comprobación acerca de la corrección o no del procedimiento de evaluación se complica porque, como he dicho, no se establecen ratios de préstamos-ingresos y préstamo-valor. De nada vale diseñar un régimen jurídico de la obligación de evaluar la solvencia si luego es complicado verificar su grado de cumplimiento. En el mismo error incurre, a mi juicio, la nueva DCC 2023.

4.3 **En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia**

Partiendo de que el prestamista ha hecho una evaluación correcta de la solvencia, arrojando un resultado negativo ¿Tiene prohibición de contratar? ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación? O hay prohibición de contratar o hay incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia de un contrato válidamente celebrado.

De nuevo el legislador español no aclara nada y reproduce la indefinición de la regla establecida en el artículo 18.5 de la DCI[35]. Dispone el

(33) Cfr. sobre esta cuestión Zunzunegui Pastor, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf.

(34) Arroyo Amayuelas, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 17. Defiende esta postura en el ámbito del crédito al consumo, Alvarez Lata, N., Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014, p. 611.

(35) «Los Estados miembros velarán por que: a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato;

artículo 11.5 LCI que «*el prestamista solo pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato*». La DCI (art. 38) no añade nada más y se limita a exigir que las sanciones por incumplimiento de las disposiciones nacionales dictadas en aplicación de la DCI, *sean eficaces, proporcionadas y disuasorias*[36].

¿Cuál es el régimen sancionador que establece la LCI? El artículo 44 LCI señala que «*las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores*». Por su parte, el artículo 46 LCI señala que «*la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.*» Es decir, aparentemente, el sistema se ordena desde la normativa de ordenación y supervisión que, como es bien sabido, tienden a proteger la solvencia de la entidad y la estabilidad del sistema financiero. No van dirigidas a la protección del consumidor en su contrato con la entidad. Se omite toda referencia a las consecuencias que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene en el contrato de préstamo celebrado con el prestatario. O no se quiere que tenga ninguna o nos remitimos al régimen civil general que, como veremos, es todo menos disuasorio. La intervención del legislador en este ámbito era imprescindible.

Por el contrario, este aspecto está claro en el artículo 18.6 OTSB dispone que «*la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su*

(36) «Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».

plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes». En el régimen vigente hasta la fecha, la concesión del préstamo ante un test negativo carecía de consecuencias específicas en el terreno contractual. El prestamista era libre para contratar, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que, en su caso, pudieran derivarse por la normativa de supervisión bancaria por la ausencia de evaluación correcta de la solvencia. Si se concedía el préstamo ante un test de solvencia negativo, el contrato era perfectamente válido y el deudor se veía obligado a cumplir. Este ha sido el régimen vigente en España sobre la evaluación de la solvencia, el cual se ha mantenido en el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC).

La DCI quiso dar un paso más respecto de la Directiva de Crédito al Consumo de 2008[37] y como señala en el Considerando 22, «*resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo*». Interpretar la DCI en los mismos términos que la DCC y llegar a las mismas conclusiones no parece razonable, porque –insisto– la DCI pretende ser más estricta en el ámbito del crédito inmobiliario. Buena prueba de ello es que se ha trasladado el criterio de la DCI a la nueva Directiva de Crédito al consumo[38] cuyo artículo 18.6[39]reitera la regla prevista en el artículo 18 DCI.

La clave está en determinar si la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y reproducida en el artículo 11.5 LCI establece o no una prohibición del prestamista de contratar cuando el resultado de la evaluación de la solvencia del cliente arroja un resultado negativo[40]. En caso afirmativo hay que determinar cuáles serían las consecuencias que se derivan de tal prohibición.

La primera opción de interpretación es la que entiende que existe prohibición de contratar cuando el test de solvencia del cliente arroja un resultado negativo.

---

(37) Directiva 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

(38) Directiva (UE) 2023/2225 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

(39) Los Estados miembros velarán por que el prestamista no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan en la forma requerida en dicho contrato, teniendo en cuenta los factores pertinentes a que se refiere el apartado 1.

(40) *Vid.* Más extensamente mi trabajo Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, RCDI Núm. 764, pp. 2871 a 2924.

Partiendo del tenor literal de la norma del artículo 18.5 DCI, reproducido en el actual artículo 11.5 LCI, no son pocos los autores (41) que entienden que hay prohibición de contratar ya que, de lo contrario, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia, cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado. Aquí residiría el endurecimiento del régimen de la DCI respecto de la DCC, prohibiendo la contratación.

Los partidarios de la existencia de una prohibición de contratar o bien consideran nulo el contrato (42) o bien consideran que no es nulo por tratarse de una norma de conducta. En tal caso, se entiende que la violación de tal prohibición legal daría lugar a incumplimiento contractual y a la correspondiente indemnización y sanción administrativa. En suma, se da tratamiento civil como deber precontractual a lo que previamente han considerado una prohibición legal (43), planteamiento a mi juicio, muy discutible desde el punto de vista técnico, poco coherente y, sobre todo, poco disuasorio.

Según este planteamiento, el cliente debería demandar a la entidad financiera para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo perdiendo el beneficio del plazo y cargar con los costes de reclamar daños y perjuicios al prestamista. Ello sin tener en cuenta los problemas probatorios del daño y el papel del prestatario en la operación por cuanto ha aceptado un préstamo sin tener capacidad de reembolso. Podrá también poner en conocimiento del supervisor la irregularidad, y que éste imponga una sanción al prestamista, siempre que la infracción «no tenga carácter ocasional o aislado», sanción administrativa con nulo impacto en el contrato con el prestatario.

Además, como consideran que hay prohibición legal, el prestatario podría demandar a la entidad incluso aunque no hubiera incumplido su contrato de préstamo y el prestamista también podría ser objeto de sanción

---

(41) Díaz-Alabart, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ Ue), Incluso para el crédito al consumo, ya lo defendía* Alvarez Lata, N., Comentario al artículo 14 LCC, p. 609. Arroyo Amayuelas, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 8. Anderson, M, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, en Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales, Marcial Pons, 2016, p. 58.

(42) Zunzunegui, F., Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios Revista del Mercad Financiero, 2015,2, p. 20. Nasarre Aznar, S., y Simónmoreno, H., «Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 139, 2015.

(43) Arroyo Amayuelas, E., *op. cit.,* p. 17.

administrativa –insisto– aunque el prestatario hubiera cumplido. Así mismo, en el caso de que el deudor hubiera incumplido por circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, paro, enfermedad, divorcio) también podría el prestatario demandar al prestamista porque habría concedido el préstamo en contra de una prohibición legal. Todos estos efectos son un sinsentido que pueden fulminar el mercado de crédito.

Pero lo más importante es que este planteamiento pegado a la letra de la norma lleva a consecuencias que son contrarias a la DCI. No solo creo que esta interpretación no es la correcta, sino que voy más allá: violenta la DCI (art. 38) porque las sanciones administrativas y una demanda de responsabilidad civil tiene nulo efecto disuasorio.

La segunda opción de interpretación es la que entiende que no existe prohibición legal de contratar, si bien la regulación debe incentivar que los prestamistas solo concedan préstamos cuando el test de solvencia sea positivo. Responsabilizar al prestamista de las consecuencias del préstamo irresponsablemente no necesariamente conlleva una prohibición de contratar.

A mi juicio, como ya mantuve en su momento[(44)], no hay prohibición de contratar y la mención que se hace en el artículo 18 DCI y que se reproduce en el artículo 11 LCI que ordena que el prestamista solo *pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia es positivo* significa que esta actuación debe tener algún tipo de consecuencia, *pero solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato*. Se destaca este matiz en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) cuando señala que «*el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista*[(45)]».

Por tanto, el prestamista que concede un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe responder en caso de impago del deudor. Si

(44) Cuena Casas, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, *cit.,»* pp. 2897 ss. En el mismo sentido, Alvarez Olalla, P., «La obligación de evaluar la solvencia», en Vivienda e hipoteca, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Coordinado por Domínguez Luelmo, A., Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 166. Luquin Bergareche, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015, p. 300.

(45) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial» *[COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD)].* https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2011:318:0133:0138: ES: PDF.

se mantiene que hay prohibición de contratar, para ser coherentes, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones[46], lo cual, como he dicho, es un efecto indeseable. Este resultado es el lógico cuando se sanciona con nulidad el contrato celebrado con un test de solvencia negativo. Esta es la solución del Derecho checo y de ahí que el TJUE en sentencia de 11 de enero de 2024[47] haya concluido que aunque el consumidor haya cumplido el contrato, éste puede demandar a la entidad por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Esta es una consecuencia lógica derivada de la sanción de nulidad que prevé específicamente el Derecho checo, pero que no necesariamente tiene que darse en todos los supuestos. Dependerá de la sanción que imponga cada Estado miembro. El legislador español no ha establecido la sanción de nulidad y por ello creo que ese efecto no necesariamente se produce.

Pero, sobre todo, a la hora de establecer el alcance del artículo 11.5 LCI, hay que tener en cuenta la solución interpretativa que se adopte no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es controlar el riesgo bancario y otra anularlo. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino *anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia*, el deudor incumple, fruto de ese sobreendeudamiento activo. Solo en ese caso cabe reacción por parte del prestatario y, en su caso, el supervisor bancario. No se castiga el haber dado un préstamo ante un test de solvencia negativo, sino el haberlo hecho y que *ello* haya provocado el incumplimiento del deudor. Sin éste, no hay consecuencias. De hecho, la libertad de contratación se mantiene en el artículo 18.6 OTSB que ha sido modificada con posterioridad a la aprobación de la LCI. Lo que la norma europea quiere es que haya consecuencias cuando se concede un préstamo ante test de solvencia negativo, pero ello no implica necesariamente que esa finalidad se logre a través de una prohibición de contratar y de una nulidad contractual.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese

(46) Por el contrario, para Anderson, M., «La Directiva 2014/17/UE, *cit.»,* p. 58, nota 26, defiende que el consumidor pueda reclamar a la entidad prestamista antes de que se produzca el incumplimiento. También lo defiende Arroyo Amayuelas, *op. cit.,* p. 18. ¿Pero qué prestatario va a emprender semejante aventura? ¿Para qué? Si resuelve el contrato, deberá devolver el capital prestado y eso solo ya es un daño para el propio prestatario. Cosa distinta es que no se vea penalizado el consumidor por reembolso anticipado, pero esto lo tiene que establecer la ley y la LCI no lo hace.

(47) Asunto C755/22, Nárokuj s.r.o. Y EC Financial Services, a.s. He comentado esta sentencia en el blog de la Fundación Hay Derecho «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/ 31 de enero de 2024.

en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito.

Si la DCI no prohíbe la contratación **¿**qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y el artículo 11.5 LCI? A mi juicio, es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto –insisto– de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que *disuadan* al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo[(48)]. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar, además de las sanciones impuestas por el supervisor.

La responsabilidad del prestamista por haber concedido un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe derivarse en los casos en los que no son circunstancias sobrevenidas (desempleo, divorcio, enfermedad) del consumidor las que provocan el impago. Es decir, el prestamista debe responder cuando siendo el test negativo, el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Si se mantieneue hay prohibición de contratar, el prestamista respondería aun en los casos en los que el deudor no cumple por circunstancias sobrevenidas y no por su falta de capacidad de pago inicial. Incluso el prestamista podría ser sancionado en caso de que el deudor cumpliera porque ha contratado teniéndolo prohibido, lo cual, insisto, es absurdo salvo que expresamente se disponga la nulidad del contrato.

Hay que atender al efecto útil de la DCI y que se consiga la finalidad que persigue que no es solo la protección de la solvencia de la entidad, sino también la del consumidor (o persona física a la que es de aplicación LCI), pero sobre todo, no se puede desnaturalizar el negocio bancario y «*transferir al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*» (Considerando 56 DCI). Defender planteamientos que desnaturalizan y directamente «se cargan» el mercado de crédito y generan una injustificada exclusión financiera no me parece de recibo.

(48) Álvarez Olalla, P., «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en Cuena Casas, M. (Dir.), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables, Thomson Aranzadi 2017, p. 794.

4.4 ¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo?

La única consecuencia que prevé de manera expresa en la LCI es la sanción administrativa impuesta por el supervisor (arts. 44 y siguientes LCI).

La LCI no entra en las eventuales sanciones de Derecho privado que, a mi juicio, deberían haberse establecido de manera expresa evitándose las reglas generales que cabría deducir desde el punto de vista de la teoría general del contrato. Tales sanciones debían consistir como ya defendí[49] en la eventual pérdida del prestamista de intereses moratorios y remuneratorios tal y como se ha establecido en otros ordenamientos[50]. Cuando el acreedor reclamara el cumplimiento al deudor éste podría oponer por vía de excepción el carácter irresponsable del préstamo y que se había concedido con un test de solvencia negativo. De esta forma, el deudor no tendría que demandar el prestamista ninguna indemnización, evitándose los costes que ello le conllevaría. El control del préstamo responsable se llevaría a cabo no solo por el supervisor bancario (sistema que ha fracasado como se comprueba con la crisis financiera de 2008), sino también por los jueces.

También propuse que, si el prestamista concedió el préstamo con test de solvencia negativo, en caso de declaración de concurso del consumidor, fruto de este sobreendeudamiento activo, la Ley Concursal debía contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternativamente, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (arts. 486 y ss del Texto refundido de la Ley concursal aprobado por Real decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

Con estas medidas está claro que el prestamista «*solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato*». Y lo hará por voluntad propia, sin necesidad de prohibiciones legales. Lo hará porque la ley establecería incentivos para hacerlo. El mercado de crédito es un mercado privado y el legislador, en el ámbito de la contratación lo que tiene que hacer es establecer incentivos.

En su momento defendí que para transponer la DCI el legislador español debía introducir sanciones específicas de Derecho privado porque

---

(49) Cuena Casas, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *cit.,* p. 2899.

(50) En Francia, los artículos L312-16 L341-27, L341-28, L341-31 y L.341-33 del Código de Consumo prevén la pérdida de intereses remuneratorios. En Bélgica el *Code de Droit É conomique*, artículo VII.201, VII.209, prevé la pérdida de los intereses moratorios y la reducción de la obligación de restituir el capital.

entiendo que las sanciones administrativas y la responsabilidad civil no suponen un mecanismo disuasorio al préstamo responsable, tal y como exige la DCI. Es claro que las entidades financieras prefieren que el control del préstamo irresponsable quede «en casa» en manos de un supervisor que puede no actuar, tal y como la experiencia ha demostrado. El sistema no puede seguir igual y si algo temen las entidades financieras es un control judicial del préstamo irresponsable. Los jueces sí actúan. Bien lo saben tras la cascada de acciones de nulidad por cláusulas abusivas en contratos del préstamo hipotecario. El lobby bancario actuó evitando que alguna enmienda prosperara (51).

Pues bien, tales sanciones de Derecho privado no se han establecido y por ello creo que no hay una transposición correcta y eficiente de la DCI en la LCI. De hecho, el TJUE ya en sentencia de 10 de junio de 2021 (52) ha declarado no disuasorias las sanciones administrativas con ocasión de la regulación de la evaluación de solvencia en Derecho polaco. Entiende que para que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de las infracciones que cometieron.

«Tal sanción (multa administrativa) no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva».

«Para determinar si una normativa nacional aplica suficientemente las obligaciones derivadas de una directiva determinada, debe tenerse en cuenta no solo la normativa específicamente adoptada a efectos de la transposición de dicha directiva, sino también el conjunto de normas jurídicas disponibles y aplicables».

---

(51) El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados (Enmienda núm. 186): Se introducía el siguiente texto: *8. Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.*

En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.

BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-3, de 23/03/2018 La enmienda no prosperó en el Congreso de los Diputados por un voto. 165 votos a favor y 166 en contra.

(52) Asunto 303/20, *Ultimo Portfolio Investment Luxembourg* EU: C: 2021:479, apartado 32.

Y es que si lo que se pretende es prevenir el sobreendeudamiento, la sanción debe tener impacto en la relación contractual con el consumidor. ¿De qué le vale al consumidor la sanción administrativa si tiene que devolver el préstamo con sus intereses? Por tal razón el titular del Juzgado de Primera instancia de Fuenlabrada (Auto 2/2024 de 31 de enero de 2024) [53] considera que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe implicar sanciones civiles. Por tal razón ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE en estos términos: ¿Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 se oponen a una interpretación del Derecho nacional por la que ante el incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia la mera previsión de sanciones administrativas excluye la posibilidad de declarar la nulidad del contrato de crédito o imponer otra consecuencia civil? Aunque referida al crédito al consumo, la interpretación será extrapolable al crédito inmobiliario dada la simetría de la regulación. Habrá que esperar a esta sentencia cuyas consecuencias son de gran trascendencia.

5. CONCLUSIÓN: ¿RESPETA EL DERECHO ESPAÑOL LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE PRÉSTAMO IRRESPONSABLE?

La regulación contenida en la LCI sobre la evaluación de la solvencia es censurable y poco ha cambiado respecto de la situación anterior a la crisis. La LCI se centra en los abusos en la contratación bancaria y el legislador «se olvida» de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad) a ser mecanismo de protección del cliente bancario. Con la nueva regulación europea se pretende, a mi juicio, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado.

Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCI, cosa que no ha sucedido. Seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Se impone una aplicación conforme del Derecho europeo para que sea realidad el mandato impuesto por la norma europea de que las sanciones al préstamo irresponsable deben ser proporcionales, efectivas y disuasorias. Una interpretación que indirectamente beneficie al prestamista

(53) Id. Cendoj: 28058420012024200001.

irresponsable, por ejemplo, denegando al deudor la exoneración del pasivo insatisfecho en el proceso concursal ((art 487.1.6.º TRLC)) por endeudamiento irresponsable del deudor sin tener en cuenta el incumplimiento del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia sería contraria a la normativa europea de préstamo responsable(54).

BIBLIOGRAFÍA

ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf.

Alfaro Águila-Real, J., *La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo* https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html.

Alvarez Lata, N., «Comentario al artículo 14 LCC», en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014.

Álvarez Olalla, P., La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, en Cuena Casas, M. (Dir.), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables, Thomson Aranzadi 2017.

Anderson, M., «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español», en Arroyo Amayuelas, E., y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales, Marcial Pons, 2016.

Arroyo Amayuelas, E., «Comentario al artículo 21» en Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J., Ed. Aranzadi, 2014.

— «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona.

Celentani, M.; Ganuza, J. J., y Gómez Pomar, F., «*El régimen legal del crédito hipotecario en España*: un análisis económico» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

(54) Sobre esta importante cuestión mi trabajo y la jurisprudencia al respecto emanada de los juzgados de lo mercantil, Cfr. «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), núm. 12, 2024, pp. 61-96.

Cuena Casas, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871 2894. https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302.
— «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario», Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, pp. 175-235.
— «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/ 31 de enero de 2024.
— «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), núm. 12, 2024, pp. 61-96.
Díaz-Alabart, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE).*
Economic Policy Institute, «The productivity-Pay gap» https://www.epi.org/productivity-pay-gap/.
Financial Services User Group, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf.
Luquin Bergareche, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015.
Marín López, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en Carrasco Perera A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019.
Melero Bosch, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*).
Ordà; Schularick, y Taylor, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf.
Ordás Alonso, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi.
Rona-Tas, A., y Giuseva, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics,* 41(2), 420.
Sáenz de Jubera, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019.
Zunzunegui Pastor, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf.

A.5 Gestión público-privada de situaciones de crisis*

Ana María De la Encarnación
Departamento de Derecho Administrativo
Universitat de València
Ana.maria.encarnacion@uv.es

Resumen: *El papel de las Administraciones Públicas en la gestión de las crisis vinculadas al crédito hipotecario resulta clave en la protección de los colectivos vulnerables y para mitigar el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias. Analizamos a continuación las actuaciones administrativas implementadas hasta el momento, así como diversas alternativas públicas que complementan estas acciones en la protección de las personas deudoras hipotecarias, en concreto aquellas acciones destinadas a evitar una intervención administrativa más severa, como son las medidas de fomento, las fórmulas de tenencia alternativa e, incluso, la mediación administrativa.*

Palabras clave: *Administración Pública; vivienda; intervención administrativa; crisis habitacional; vivienda vacía.*

* Este artículo se enmarca en el Proyecto «La planificación administrativa» (PID2023-152781NB-I00), Plan Nacional, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2024-2026.

Abstract: *The role of Public Administrations in managing crises related to mortgage credit is crucial for ensuring the protection of vulnerable groups and mitigating the social and economic impact of foreclosures. This analysis examines the administrative actions implemented thus far, as well as various public alternatives that complement these efforts in safeguarding mortgage debtors. Specifically, it focuses on actions aimed at preventing more severe administrative intervention, such as incentive programs, alternative tenure arrangements, and even administrative mediation.*

Keywords: *Public Administration; housing; public intervention; housing crisis; vacant housing.*

Sumario: 1. Derechos sociales, vivienda y acción pública. 1.1 El derecho a la vivienda. 1.2 Exclusión residencial y colectivos vulnerables. 1.3 Poderes públicos y vivienda. 2. La Administración Pública en la gestión de la crisis habitacional. 3. Alternativas públicas ante el desafío inmobiliario. 3.1 Medidas de fomento. 3.1.1 Ampliación del parque público de vivienda protegida. 3.1.2 Actividad subvencional y ayudas directas. 3.2 Medidas de intervención. 3.2.1 Actuaciones relacionadas con los espacios infrautilizados. 3.2.2 Las cesiones de uso: vivienda vacía y arrendamientos forzosos. 3.2.3 La mediación administrativa sobre vivienda vacía. 3.3 Medidas basadas en fórmulas de tenencia alternativa. 3.3.1 El derecho de adquisición preferente en favor de la Administración. 3.3.2 Soluciones cooperativas. A) Las cooperativas de cesión de uso. B) La nueva aparcería urbana. Bibliografía.

1. DERECHOS SOCIALES, VIVIENDA Y ACCIÓN PÚBLICA

1.1 **El derecho a la vivienda**

Disfrutar de una vivienda digna y adecuada es uno de los derechos que reconoce la CE a todas las personas españolas en su artículo 47, encomendando a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para ello y establecer cuantas normas sean pertinentes para hacer efectivo este derecho, lo que, según el artículo 148.1.3 CE, es competencia de las Comunidades Autónomas (CCAA) [(1)].

Sin embargo, a pesar de que la vivienda debe ser considerada una necesidad de primer orden por ser un elemento esencial para que cualquier

(1) González Pérez, J. (2009), p. 14.

persona pueda integrarse con normalidad en la sociedad, debido precisamente a las funciones que la estructura residencial cumple en la organización social[2] y por ser el derecho al que se recurre para describir el ideal de una vida digna[3], la Constitución la sitúa entre los denominados derechos sociales; éstos han sido tradicionalmente reconocidos como los derechos por excelencia de los más débiles y vulnerables[4], entendiéndose como derechos prestacionales o de estatus positivo por obligar al Estado a realizar una acción positiva, al contrario que los derechos de estatus negativo, que garantizan la protección de una esfera de autodeterminación individual e implican la abstención del Estado[5]. Por ello, relegado, como el resto de derechos sociales, a la categoría de «derecho de efectos indirectos», cuando no de cláusula programática, el de vivienda aparece con frecuencia *desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas con escasa relevancia jurídica*[6], sin que suponga en modo alguno el reconocimiento a obtener una vivienda en propiedad que constituya el domicilio de la persona, sino que se traduce en legislación y acciones de fomento e intervención administrativa a llevar a cabo por los poderes públicos.

En los últimos años hemos sido testigos de un empeoramiento sostenido de las condiciones de acceso a la vivienda, haciendo visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesa el discurso de estos derechos sociales, como el hecho de tratarse de derechos proclamados en los textos jurídicos, pero escasamente realizados o garantizados en la práctica. Concretamente, el año 2008 será recordado por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la llegada de la crisis económica, que se manifestó con particular crudeza en materia de vivienda. Quedó reflejado el peso del factor económico en el modelo urbanístico español, gobernado por el simple pulso de la coyuntura económica en el que la construcción se convirtió en el principal motor de la economía[7], alimentado principalmente por la caída de los tipos de interés hipotecario y una rentabilidad inferior de los mercados financieros[8].

A partir de ese momento quedó patente la desconexión entre la vertiente social y económica de la vivienda, al ser considerada tradicionalmente como un activo financiero, de inversión y generación de capital, y no tanto como una necesidad básica del ser humano. Pero también puso

(2) Pisarello, G. (2003), p. 25.
(3) Gifreu Font, J. (2020), p. 791.
(4) Pisarello, G. (2009), p. 2.
(5) Jellinek, G. (1919), pp. 63-76.
(6) Pisarello, G. (2003), p. 20.
(7) Ministerio de Vivienda (2010), Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español, p. 5.
(8) Beltrán de Felipe, M. (2009), *CyT*, núms. 161-162, p. 464.

en evidencia la ausencia de alternativas habitacionales para un número creciente de personas tras aumentar los casos de ejecución por impago de hipotecas.

1.2 **Exclusión residencial y colectivos vulnerables**

Más de una década después los desahucios no han cesado y la falta de vivienda continúa provocando serios problemas de exclusión social a los colectivos más vulnerables, que requieren de actuaciones transversales y urgentes por parte de las diferentes Administraciones Públicas (AAPP) competentes a fin de aumentar la oferta de vivienda social y de vivienda asequible. Todo ello se ha visto incrementado tras la pandemia por COVID-19, al multiplicar los casos de vulnerabilidad sobrevenida por los ceses de actividad y pérdida de empleo[(9)], agravado nuevamente por la crisis energética de 2022.

Esta situación ha supuesto la necesaria adopción de medidas específicas para el mercado de la vivienda, muy especialmente en materia de alquiler, a fin de contribuir al mantenimiento de los hogares de familias que se encuentran en riesgo de exclusión; la exclusión social es un concepto que define las nuevas situaciones de pobreza y desarraigo social que se están produciendo en las sociedades más desarrolladas[(10)] y que se suele caracterizar como un fenómeno estructural, dinámico, multifactorial, multidimensional y heterogéneo, que es abordable desde las políticas públicas[(11)]. Esta exclusión social suele ser una causa o consecuencia de la exclusión residencial[(12)].

1.3 **Poderes públicos y vivienda**

La crisis económica, sanitaria e incluso energética han supuesto un gran retroceso en el avance de la garantía de los derechos sociales en toda Europa, lo que deriva, en parte, de la falta de mecanismos públicos

(9) Gifreu Font, J. (2020), *RDUA*, núms. 337-338.

(10) Hernández Pedreño, M. (2008).

(11) Subirats Humet, J. (2004), *Colección Estudios Sociales 16*, Fundación «la Caixa».

(12) Según la clasificación ETHOS *(European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*, 2005), tener una vivienda implica disponerla en tres niveles básicos: social, legal y físico. Desde el punto de vista social de uso, tener una vivienda permite la privacidad y el disfrute de relaciones sociales. En el ámbito legal, presupone la existencia de un título legal sobre la misma (en propiedad o alquiler), que confiere seguridad en la ocupación y exclusividad en la tenencia. Por último, el dominio físico se define por sus condiciones de habitabilidad, al disponer de un alojamiento decente y adecuado a las necesidades de la persona y su familia. Véase Busch-Geertsema, V. (2010), p. 22.

adecuados de garantía[13]. La materialización del derecho a la vivienda depende de un gran componente político, como es la concreta asignación presupuestaria que las distintas AAPP destinen a este sector, fundamentalmente a través de los Planes de Vivienda, estatales y autonómicos. Es aquí donde se pone de manifiesto la pobre atención financiera y jurídica que ha recibido el derecho a la vivienda en nuestro país, que es el mal generalizado de los derechos sociales en España; el incremento en la demanda de asistencia de recursos sociales ha comportado un denodado esfuerzo de gestión pública, que no siempre ha tenido los resultados deseados[14], por lo que la percepción por la sociedad del funcionamiento de la Administración se ha visto enormemente afectada.

El papel de las AAPP en la gestión de las crisis relacionadas con el crédito hipotecario resulta, así, fundamental para garantizar la protección de los colectivos vulnerables y reducir el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias. La legislación sobre vivienda ha fomentado durante años un modelo al servicio del lucro de la propiedad del suelo[15], reconociéndole valor no por lo que es, sino por lo que puede llegar a ser, asumiendo las expectativas del valor del suelo y dañando el derecho de la ciudadanía a acceder a una vivienda digna a un precio razonable. Esto ha tenido especial visibilidad en España a lo largo de la década de los 2000, cuando las AAPP de todos los signos políticos se limitaron a ser espectadoras de esta realidad, que parecían considerar inevitable e incluso positiva al generar riqueza, justificando con excusas su incapacidad para actuar[16].

La nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV) nos vuelve a recordar en su artículo 7 que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DE LA CRISIS HABITACIONAL

Durante los primeros años de la crisis las medidas más relevantes impulsadas por el Gobierno Central para dar respuesta a la emergencia habitacional se circunscribieron a la protección de la persona deudora hipotecaria

(13) Ferrajoli, L., *et al.* (2004), p. 110.
(14) Defensor del Pueblo, «Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales», p. 344.
(15) Burón, J. (2008), CyT, núm. 155, p. 12.
(16) Beltrán de Felipe, M. (2009), p. 469.

mediante disposiciones para facilitar la dación en pago, moderar el crecimiento de esta deuda mediante el establecimiento de tipos de interés especiales, la posibilidad de renegociar o suprimir parte de la deuda, y la introducción de moratorias para la ejecución hipotecaria en caso de impago[17]. Todas ellas supusieron un cambio de paradigma en la gestión de la crisis inmobiliaria en nuestro país, por ofrecer un mayor grado de protección a los colectivos vulnerables al humanizar los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias, garantizando el derecho a la vivienda de las personas en situaciones de exclusión residencial. Estos mecanismos de protección social y garantía del acceso a la vivienda han implicado la colaboración público-privada para buscar soluciones en esta materia.

Las distintas medidas implementadas a lo largo de estos años han tenido diferentes intensidades, ya que inicialmente dieron respuesta a la crisis financiera y posteriormente hubo que adaptarlas a la crisis sanitaria tras estallar la pandemia, pero todas ellas se han centrado, por un lado, en la cesión de viviendas privadas que se han adicionado al parque de vivienda pública mediante acuerdos entre la Administración y los mal llamados «grandes tenedores». Y, por otro en el fomento del alquiler social a cambio de medidas subvencionales (beneficios fiscales o financieros).

La norma pionera para paliar los efectos de la crisis económica fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que estableció una mayor protección en los procedimientos de ejecución hipotecaria permitiendo su suspensión temporal en supuestos especialmente graves y situaciones de vulnerabilidad. Asimismo, recoge el novedoso Código de Buenas Prácticas destinado principalmente a las entidades financieras, a modo de guía de actuación en los procedimientos de desahucios, que obligaba a aquellas a ofrecer reestructuraciones de deuda y alquileres sociales como alternativa a las ejecuciones hipotecarias, incluida la dación en pago de la vivienda y el alquiler de la misma a un precio reducido; aunque la ausencia de normas imperativas[18] que obligaran a las entidades financieras a cumplir con sus obligaciones de servicio público o de interés general económico y las estrictas condiciones exigidas a las familias para acogerse a los beneficios condenaron el Código al fracaso.

A nivel autonómico, cada Comunidad adoptó su propia normativa en base a su realidad social y económica, lo que ha resultado en diferentes niveles de protección y condicionamiento en los desahucios, siendo común la existencia de requerimientos que debían cumplirse antes de proceder al lanzamiento de una vivienda. Ya en 2015, la norma catalana (Ley 24/2015,

(17) Bosch Meda, J. (2021), *DAG*, núm. 2, p. 222.
(18) Pisarello, G. (2013), «Espaço Jurídico: Journal of Law», núm. 3, p. 153.

de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética), fue pionera en la protección de las personas en riesgo de exclusión residencial al establecer que los grandes tenedores estaban obligados a ofrecer un alquiler social a quienes estuvieran en situación de vulnerabilidad antes de proceder al desalojo (art. 5), situación que debía ser acreditada por los Servicios Sociales. De este modo, al exigir a los grandes propietarios la cesión temporal de viviendas o la oferta de alquiler social, introducía un (novedoso) mecanismo de colaboración público-privada entre las AAPP y aquellos con el objetivo de ampliar el parque de vivienda accesible [19]. Se aseguraba, además, la Administración la reducción del número de viviendas vacías bajo amenaza de arrendamiento forzoso.

Muchas de estas medidas fueron reproducidas a nivel estatal por el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, mediante el que se pretendía responder a la situación de vulnerabilidad de los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria, especialmente aquellos que ya hacían un elevado esfuerzo para el pago de las rentas, pero también de aquellos que, sin estar previamente en esa situación, se encontraran entonces en la misma circunstancialmente [20]. Con este objetivo, se establecieron la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, entre otras medidas. Posteriormente, el RDL 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, destinado a paliar los efectos de la pandemia, amplió esta protección a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad, al prohibir los lanzamientos sin alternativa habitacional durante el estado de alarma, lo que obligaba de nuevo a la parte propietaria (generalmente grandes tenedoras) a ofrecer alquileres asequibles.

El RDL 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, introdujo mayor seguridad y garantías al otorgarle a la arrendataria de una vivienda habitual la posibilidad de instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica que le imposibilitase encontrar una alternativa habitacional.

---

(19) Esta norma fue declarada parcialmente inconstitucional por STC 32/2019, de 28 de febrero, en cuanto a la obligación de las grandes tenedoras de la dación en pago y la obligación del alquiler social, por invadir competencias estatales.

(20) García Rubio, F. (2022), p. 189.

Ya en 2022, la crisis energética derivada de la invasión rusa en Ucrania supuso la adopción del RDL 6/2022, de 29 de marzo, de medidas urgentes en el marco del Plan Nacional en respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania y del RDL 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y otras situaciones de vulnerabilidad, que han establecido la limitación de la actualización de la renta en los arrendamientos de vivienda.

La LDV recoge todas aquellas medidas, adoptadas con carácter de excepción para paliar la crisis económica, sanitaria y energética, con la finalidad de otorgarles un carácter más permanente; recordemos que aquéllas fueron implementadas mediante instrumentos propios de las situaciones de urgencia[21] (Reales Decretos Leyes, artículo 86CE). A grandes rasgos, regula el precio del alquiler en las que denomina «zonas tensionadas» en las que impondrá límite al precio del alquiler (aquí aún nos falta el muy necesario desarrollo reglamentario); prohíbe los desahucios a quienes formen parte de los colectivos vulnerables cuando no exista alternativa habitacional; y establece la obligación de alquiler social a las grandes tenedoras en los casos de desahucio.

3. ALTERNATIVAS PÚBLICAS ANTE EL DESAFÍO INMOBILIARIO

Dado que aún queda un largo camino por recorrer, analizamos a continuación diversas estrategias para la intervención administrativa en la gestión de crisis habitacionales. Estas opciones incluyen medidas de fomento, como subvenciones y ayudas directas, así como la construcción de viviendas de protección oficial y la rehabilitación del patrimonio construido, hasta fórmulas de tenencia alternativa, como los derechos de tanteo y retracto ejercidos por la propia Administración y los modelos cooperativos. También consideramos las medidas de intervención administrativa más gravosas, que abarcan la cesión de uso de viviendas y el arrendamiento forzoso de inmuebles vacíos.

(21) Algo que la doctrina ha criticado duramente al afirmar que, para aprobar normas que no pueden adentrarse en el campo de la reserva de ley, basta con hacer uso de la potestad reglamentaria (Huergo Lora, A. (2020), además de que es cuestionable que la extraordinaria y urgente necesidad pueda durar más de 3 años, puesto que su prolongación en el tiempo debería exigir un estudio y tramitación sopesado mediante el procedimiento legislativo ordinario, sobre todo por tratarse de materia de vivienda. García Rubio, F. (2022), *RVAP*, núm. 59, p. 188.

3.1 **Medidas de fomento**

3.1.1 *Ampliación del parque público de vivienda protegida*

El acceso a la vivienda es una aspiración inaccesible para amplios segmentos de población con ingresos familiares limitados o en situación de vulnerabilidad, debido a la práctica inexistencia de un parque asequible y social[22]. Recordemos que uno de los principios rectores reconocidos por la CE (art. 47) es la obligación de los poderes públicos de reconocer, tutelar y regular el derecho a la vivienda[23], lo que se traduce, entre otras actuaciones, en promover que haya suelo suficiente apto para ser edificado y levantar edificios de uso residencial en un ambiente espacial que reúna las condiciones que exige una vivienda digna. En concreto, son las CCAA las que, ex artículo 148.1.3 CE, disponen de estas competencias exclusivas en vivienda (urbanismo y edificación del territorio), junto con los municipios (art. 25.2, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL) como encargados de la promoción y gestión de las mismas.

En España la construcción de vivienda protegida se frenó drásticamente con anterioridad a la crisis económica[24]. La elevada rentabilidad del mercado inmobiliario (vivienda libre) y el alto precio del suelo hicieron disminuir las posibilidades de una intervención eficaz de las AAPP, mientras la promoción privada huía de la vivienda protegida por su evidente falta de atractivo (rentabilidad). además de que la promoción de estas viviendas requiere de una estructura de apoyo económico exigente, difícil de conseguir en las condiciones actuales.

De manera general, en las grandes ciudades apenas se ha promovido la construcción de vivienda pública desde la década de los 2000. Ante un mercado libre en el que predomina el ánimo de lucro y la propiedad como régimen de tenencia, la apuesta por el alquiler social es uno de los principales caminos a seguir por las políticas públicas de vivienda[25]. Pero los diferentes gobiernos en los tres niveles territoriales han permitido que, durante la crisis económica, haya sido el propio mercado el que desempeñara el papel activo en la solución de los problemas de la vivienda, incluso a través de la venta de parte de los parques públicos de vivienda a los

(22) Gifreu Font, J. (2023), *RCDP*, núm. 66, p. 60.

(23) STC 32/2019, de 28 de febrero.

(24) Así ha sido finalmente denominada por el artículo 3.f) LDV, que define la vivienda protegida como aquella sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural, estableciendo dos modalidades distintas: vivienda social y vivienda de precio limitado.

(25) Burón, J. (2008), p. 21.

fondos de inversión, dejando de ser las viviendas sociales un factor contra-cíclico y regulador del mercado inmobiliario[26], por lo que no han servido para disminuir las desigualdades sociales.

Tras la crisis sanitaria ha quedado patente que ampliar el parque de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública es una necesidad, ya sea de titularidad pública o privada, con priorización del régimen de alquiler. Lo es para mantener una dinámica ascendente de crecimiento de este parque, dirigida a la población con capacidad económica insuficiente para acceder a una vivienda en el mercado libre (vivienda asequible) y a las personas más vulnerables (vivienda social). Con la LDV, el parque de vivienda social estará integrado por viviendas construidas sobre suelo público y destinado principalmente al alquiler social, aunque la norma también recoge otras formas de tenencia temporal, incluso la cesión de uso, dando respuesta así a las necesidades de los sectores de la población con mayores dificultades económicas.

Algunos de los retos a los que se enfrenta la Administración pasan por garantizar la financiación para la construcción de vivienda protegida, por lo que es necesario que el Gobierno prevea, en el Plan estatal de Vivienda, subvenciones para su construcción, preferentemente con destino al alquiler, sin perjuicio de financiar otras actuaciones en materia de vivienda, también necesarias. Igualmente, es necesario que se garantice una financiación pública que permita la construcción de viviendas protegidas, dadas las dificultades actuales de acceder a la financiación privada que ofrecen las entidades financieras. Otro de los retos a los que parece haber dado solución la LDV es el relacionado con la «fuga de viviendas» en origen protegidas[27]. Resultaba fundamental que el esfuerzo de financiar y construir un parque protegido no se perdiera por una regulación inadecuada, algo que ha modificado finalmente el artículo 16.1.d) LDV al establecer que el régimen de protección pública de las viviendas tenga una duración permanente, que se vincula indisolublemente con la calificación urbanística del suelo, por lo que serán considerados inmuebles permanentemente protegidos.

En cualquier caso, dado el enorme número de viviendas vacías en nuestro país, la construcción de vivienda social podría relegarse a un segundo plano, destinando menos fondos públicos a la promoción de nuevas viviendas, para emplearlo en la financiación de compra o alquiler de vivienda de segunda mano, por lo que es necesario que estas viviendas vacías vuelvan de nuevo al mercado. Recordemos que el Libro Blanco de la

(26) Chinchilla Peinado, J. A. (2020), p. 6.
(27) Gifreu Font, J. (2023), p. 61.

Sostenibilidad[28] ya apuntaba que el objetivo primordial pasaba por primar la reutilización y rehabilitación del patrimonio construido, causando así los menores daños económicos, sociales y ecológicos posibles.

3.1.2 *Actividad subvencional y ayudas directas*

Otra de las posibilidades tradicionales para combatir las crisis sociales y económicas son las subvenciones y ayudas. El recurso a las subvenciones públicas ha sido, sin lugar a dudas, una de las fórmulas empleadas por todos los niveles administrativos, siendo las Entidades Locales las que ejercitan esta potestad (ex artículo 3.1.b), Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de subvenciones) vinculada a la ayuda social, generalmente complementaria de la estatal y autonómica. Recordemos que el artículo 26.1.c) LBRL establece, para los municipios de más de 20.000 habitantes, la obligación de atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social[29].

En cuanto se refiere a las prestaciones económicas destinadas a evitar la exclusión residencial o sinhogarismo, las AAPP y el legislador han dispuesto toda una batería de medidas concretas (subvenciones y ayudas públicas), además de la adjudicación de viviendas a través de bolsas de alquiler social y del Fondo Social de Viviendas.

En cuanto a las ayudas económicas encontramos, entre otras, las de emergencia social, que son prestaciones económicas complementarias y de carácter extraordinario o coyuntural, destinadas a paliar aquellas situaciones en que puedan hallarse las personas afectadas por un estado de necesidad. Se considerarán situaciones de urgencia social aquellas que, requiriendo una actuación inmediata y urgente originen gastos extraordinarios para cubrir necesidades específicas de carácter básico, y que, de no ser atendidas, podrían producir un grave deterioro o agravamiento del estado de vulnerabilidad y de desprotección de la persona o de la unidad de convivencia. Ejemplos del destino de estas ayudas son aquellos que sean imprescindibles para el uso de la vivienda habitual; los excepcionales en los que concurran circunstancias de grave o urgente necesidad social y que se consideren de interés para la atención de personas con importante problemática; o los destinados a cubrir necesidades básicas familiares, entre otros.

---

(28) Ministerio de Vivienda (2010), *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*, *op. cit*, p. 9.

(29) Lo que ha sido interpretado por la STC 41/2016, de 3 de marzo, como un título competencial municipal y no solo como una obligación de servicio público.

Y no podemos olvidar que también la actividad subvencional se da en forma de ayudas indirectas (no se trata de ayudas económicas directas), con objeto de ampliar el parque de vivienda asequible existente y que van destinadas a las personas que son grandes tenedoras. En este sentido, la LDV recoge, tanto incentivos fiscales para quienes destinen viviendas al alquiler social (art. 28), como ciertas bonificaciones en impuestos (deducciones en el IRPF, bonificaciones en el IBI) para quienes mantengan los precios del alquiler en los límites que se establecen, y para quienes colaboren con programas de vivienda asequible (art. 29).

3.2 **Medidas de intervención**

3.2.1 *Actuaciones relacionadas con los espacios infrautilizados*

Las crisis contemporáneas de vivienda se caracterizan, no por una carencia de inmuebles, sino por su falta de disponibilidad para el mercado residencial. La oferta existente puede calificarse de inadecuada[(30)], pero nunca de insuficiente. Es el caso de España, donde el tradicional modelo urbanístico residencial expansionista, volcado en la construcción de nuevos edificios y ocupación de suelos, ha dejado como herencia un parque inmobiliario infrautilizado al forzarse la expansión de los procesos de urbanización a ritmos muy superiores a los del crecimiento de la población y su renta disponible[(31)].

La extensa variedad de espacios en desuso que contienen las ciudades contemporáneas exige una revisión de las estrategias urbanas. El agotamiento de los ciclos productivos y la reconversión industrial han generado una gran cantidad de edificios vacíos e infrautilizados que constituyen anomalías en la lógica estructural de las ciudades. Escuelas, mercados, locales comerciales o cines, entre muchos otros, constituyen un amplio espectro de «vacíos fosilizados» por su pérdida de función[(32)], en muchas ocasiones con ubicaciones inmejorables en la ciudad y con posibilidades de ser adaptados e incorporados a la oferta residencial. Estos procesos de abandono, a su vez, han desencadenado profundas interferencias en el tejido social, creando situaciones de degradación urbana y de conflicto. La conservación del espacio construido supone hablar en términos de ahorro, no solamente económico, sino sobre todo energético y medioambiental, lo

(30) Etxabe Gutiérrez, I. (2022), núm. 143, p. 5.
(31) Naredo, J. M., y Montiel, A. (2011), p. 18.
(32) Grávalos Lacambra, I., y Di Monte, P. (2024), *ZARCH*, núm. 22, p. 132.

que también debe ser puesto en valor. La justicia ambiental y social también son lenguajes de valoración[33].

Corresponde a la Administración hacer una apuesta por la rehabilitación y readaptación del parque inmobiliario infrautilizado frente a la nueva construcción. Se debe considerar el espacio habitado y adecuarlo a las necesidades sociales, lo que incluye entre otras actuaciones, la reorganización y regeneración del espacio vacío e infrautilizado, ya sea público o privado, de forma que puedan satisfacer las carencias habitacionales de ciertos colectivos. Esta idea, recogida inicialmente en el Libro Blanco de la Sostenibilidad, se ha plasmado finalmente en la Disposición Adicional Segunda LDV, al establecer que la prioridad de la política de vivienda debe pasar por analizar el patrimonio de la Administración General del Estado y de los organismos públicos a ella adscritos, con el objeto de identificar posibles oportunidades de suelo u otros inmuebles susceptibles de reutilización para uso residencial.

Parte de la doctrina sostiene, además, que la «puesta en uso del vacío», podría ayudar a acabar con la gentrificación de muchos barrios, entendida en el sentido de promoción social de un área residencial y posterior expulsión de la población original de características socioeconómicas humildes, por otro grupo de una estratificación social superior[34]. Recordemos que una de las consecuencias de la gentrificación es la atracción de vivienda turística; esta reinterpretación del tradicional destino de la vivienda residencial convirtiéndola en una actividad empresarial gracias a las plataformas virtuales, está originando situaciones indeseables donde la función social de la propiedad de una vivienda queda superada por el interés económico. Cuando esta explotación económica se lleva a cabo en un contexto en el que la carencia de vivienda a precio asequible se ha convertido en un problema real en nuestro país, esta opción se torna, además, mucho menos atractiva y completamente injusta.

3.2.2 *Las cesiones de uso: vivienda vacía y arrendamientos forzosos*

La vivienda residencial vacía es una patología urbana, económica, social y ambiental[35], que genera *turistificación*, edificios en ruina y, por tanto, costes adicionales para las arcas públicas (vigilancia, reparación, etc.), además de ocupación ilegal, lo que supone un funcionamiento ineficiente de las infraestructuras y servicios públicos. El artículo 34 LDV

(33) Martínez Alier, J. (2008).
(34) Díaz, I. (2011), *Encrucijadas*, núm. 2.
(35) Moreu Carbonell, E. (2020), p. 186.

recoge el concepto de vivienda deshabitada o vacía, pero solo en el sentido de especificar la obligación de los poderes públicos de censar y actualizar los datos sobre las mismas –lo que supone un adelanto, dado que los últimos indicadores datan de 2011–, otorgando asimismo a los Entes Locales la posibilidad de aplicar un recargo de hasta el 150 por cien del impuesto sobre bienes inmuebles a las que lleven vacías más de dos años, en función del tiempo que lleven desocupadas (art. 72, RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).

Seguimos, por tanto, sin una definición legal (estatal) sobre vivienda desocupada o vacía. Una de las primeras normas que trató de conceptualizarla fue la ahora derogada Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a los solos efectos de imputar rentas a la parte propietaria, considerando como vivienda desocupada la que se encontrase en dicha condición durante más de diez meses al año, alternos o de forma continuada. En la actualidad debemos acudir al concepto que nos proporciona el Instituto Nacional de Estadística (INE), que recoge que una vivienda familiar se considera desocupada o vacía cuando no es la residencia habitual de ninguna persona ni es utilizada de forma estacional, periódica o esporádica por nadie. Se trata de viviendas deshabitadas. Mientras que denomina vivienda secundaria a la vivienda familiar que es utilizada solamente parte del año, de forma estacional, periódica o esporádica y no constituye residencia habitual de una o varias personas.

En cuanto a su número, el INE dejó de publicar el Censo de Población y Vivienda en 2011. Atendiendo a aquellos datos, en 2011 había un total de 25.208.623 viviendas, de las que el 71,7 por cien eran viviendas principales, el 14,6 por cien eran secundarias y el 13,7 por cien estaban vacías. Incluso con datos sin actualizar somos conscientes de que nuestro país va a la cabeza de Europa en viviendas desocupadas, pero a la cola de vivienda social, porque en vez de penalizarse la desocupación de edificios y viviendas vacías, o de incentivarse y regularse su ocupación para conseguir un uso más eficiente del patrimonio construido, lo que en realidad se ha penalizado es la construcción de vivienda social.

Acabar con la desocupación en las viviendas es una obligación de nuestros poderes públicos, tal y como recoge la Ley de Suelo (LRSU) cuando establece que uno de los fines de las políticas públicas es posibilitar el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual, así como favorecer y fomentar la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso (art. 3.3.b). Algo que, sin embargo, no aparece siquiera mencionado en la LDV.

No obstante, y volviendo al planteamiento inicial, el alto número de viviendas vacías o infrautilizadas, sobre todo en manos de entidades

financieras, junto con una gran demanda insatisfecha, una oferta insuficiente y numerosos procesos de privación de vivienda, hicieron que los legisladores autonómicos tomaran cartas en el asunto por considerar que se trataba de una cuestión inaplazable. Las CCAA dieron, así, un paso adelante en la propuesta e implementación de herramientas para atajar la emergencia social habitacional,[36] adoptando diversas medidas de protección en los procedimientos de desahucio para evitar el desamparo de estos colectivos en situación de vulnerabilidad, pero también a través de medidas destinadas a la puesta a disposición de estos colectivos de las viviendas desocupadas o vacías. Medidas que, sin embargo, fueron declaradas inconstitucionales en algunos casos (Andalucía, Valencia, País Vasco, entre otros), por invadir competencias estatales.

Estas medidas autonómicas comparten dos elementos comunes; el primero, un mismo objetivo, como es el de garantizar el derecho a una vivienda digna. El segundo, la forma de implementarlo, ya que las normas aprobadas han moldeado el derecho de propiedad y el de vivienda mediante la ampliación del alcance del principio de función social[37], estableciendo, de acuerdo a sus particularidades concretas, que la existencia de viviendas desocupadas cuando no exista causa que así lo justifique es una forma de incumplimiento de este principio. Este fue el principal motivo argumentado en los recursos interpuestos por el Gobierno al cuestionar la constitucionalidad de las normas autonómicas[38], recursos que en su gran mayoría han sido resueltos por el Tribunal Constitucional con distinto resultado.

De forma general, las medidas contenidas en estas normas autonómicas responden a dos estrategias para la movilización de la vivienda vacía[39]. De un lado, medidas de fomento o incentivadoras para la puesta en alquiler de estas viviendas, aunque no todas se dan en todas las CCAA, ni tampoco de la misma forma, dado que se han establecido de forma muy heterogénea tanto en su formulación, como en su definición e implementación.

---

(36) Lo que ha estado provocado por la inacción estatal en la protección de los deudores hipotecarios, lo que supuso incluso la condena a España por el TJUE (STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, caso Aziz) declaró que las normas estatales en materia de ejecución hipotecaria eran contrarias al Derecho Europeo por no vincular la posible existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario a la emergencia de un derecho del deudor hipotecario a oponerse al procedimiento de ejecución (Boix Palop, A. (2020), *RUE*, núm. 44).

(37) Rodríguez de Santiago, J. M. (2018), p. 1166.

(38) La tesis que recoge el TC en la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo para declarar inconstitucionales las normas autonómicas es sencilla: las CC. AA no podrán superar el nivel de protección social establecido por los poderes centrales, imponiendo así a las Autonomías un límite para el desarrollo de coberturas públicas, incluso en el marco de sus propios títulos competenciales. Lo que comporta en la práctica una supeditación de los títulos sociales –en concreto del derecho a la vivienda– a las necesidades de los mercados. Quintiá Pastrana, A. (2017), p. 229.

(39) Verdú Martínez, M. T. (2018), p. 582.

De otro, medidas coercitivas y penalizadoras de la tenencia de viviendas desocupadas (impositivas, sancionadoras y de carácter social), estableciendo, en su caso, la expropiación temporal del uso de la vivienda para mantener a la persona beneficiaria en la posesión del inmueble, para su cesión posterior en arrendamiento forzoso[40]. Esto fue debido mayoritariamente a la reticencia mostrada por las entidades financieras de asumir la responsabilidad social que les correspondía y la imposibilidad para lograr acuerdos de cesión de las viviendas desocupadas en su haber; actitud esta inaceptable, más aún en supuestos como el de la SAREB, que dispone de un parque de viviendas integradas por inmuebles de entidades financieras que fueron rescatadas con dinero público[41]. Esta intervención por parte de las CCAA sobre el derecho de propiedad no ha pasado el filtro del Tribunal Constitucional en la mayoría de casos. Esto es algo incomprensible, como recuerda la Sindicatura de Greuges de Catalunya, ya que las entidades financieras tienen un gran stock de viviendas vacías, mientras que la Administración Pública tiene dificultades para dar respuesta a la demanda social por no disponer de viviendas suficientes; y aún es más incomprensible que personas que precisan acceder a una vivienda social la necesiten porque el sector bancario ha propiciado su desahucio.

3.2.3 *La mediación administrativa sobre vivienda vacía*

La mediación puede jugar, también, un importante papel en las crisis de vivienda. Los sistemas alternativos al judicial en la resolución de controversias (del inglés *Alternative Dispute Resolution, ADR*), con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, están de moda por la acuciante necesidad de agilidad y rapidez en la jurisdicción española[42], sobre todo la mediación por sus evidentes ventajas sobre el arbitraje.

Estas formas alternativas han llegado incluso a la resolución de conflictos cuando una de las partes es una Administración Pública ya que prácticamente cualquier materia amparada por el Derecho Administrativo, con algunas excepciones[43], es susceptible de ser resuelta

(40) Tornos Mas, J. (2014), p. 2859.
(41) Síndic de Greuges de Catalunya (2018), «El derecho a la vivienda: cuestiones urgentes», p. 6.
(42) García de la Rosa, C. (2018), *RGDP*, núm. 46.
(43) El artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que éstas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas jurídico públicas y privadas, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción (STS 5272/2003, de 22 de julio), y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los

en mediación. En este sentido, el Protocolo de Mediación Contencioso-Administrativa (CGPJ, 2016), enuncia, con mero carácter orientativo e ilustrativo, que las materias susceptibles de mediación van desde las más tradicionales, como la responsabilidad patrimonial o la fijación del justiprecio en la expropiación forzosa, hasta cuestiones tan novedosas como la vivienda, tanto la turística, como la residencial que es la que ahora nos interesa.

Como recuerda Marzal Raga[44], se ha demostrado que la mediación puede ser un buen mecanismo para la efectiva garantía de la función social de la propiedad inmobiliaria y para la resolución de conflictos en materia de vivienda cuando la relación se rija por el Derecho Administrativo, dando respuesta a los fallos regulatorios, incluso cubriendo vacíos legislativos y deficiencias que aquejan el régimen jurídico de declaración de vivienda vacía en la correspondiente legislación autonómica. Un buen ejemplo es la mediación destinada a evitar la declaración de vivienda vacía y sus consecuencias jurídicas, siendo la más grave la expropiación de uso de la misma y el arrendamiento forzoso. Mediante el acuerdo transaccional se pueden lograr los objetivos de movilización de vivienda y puesta a disposición del mercado de manera más eficaz que a través del recurso a la expropiación temporal del uso de la vivienda. De forma que estos conflictos, que enfrentan a las AAPP con la ciudadanía, pueden llegar a solucionarse de forma efectiva sin hacerlo a través de la vía contenciosa. Incluso en esta vía (contenciosa) existe la posibilidad de acudir a la mediación *intrajudicial*, que tiene lugar en el seno de un proceso judicial ya iniciado en aquellos conflictos en que se ve implicado el derecho a la vivienda y que ha demostrado ser de gran utilidad en supuestos complicados relacionados con la vivienda[45].

Sin embargo, a pesar de las ventajas que supone esta menor intervención administrativa gracias a la mediación en los conflictos administrativos en materia de vivienda, aún son muchos los ámbitos en los que el desarrollo del procedimiento de mediación dista mucho de ser satisfactorio, porque como bien nos recuerda Santamaría Pastor[46], *el no transigir nunca es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones Públicas*.

---

mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Tampoco sería posible en la actuación administrativa que vulnere derechos fundamentales, cuya protección está confiada en exclusiva a los tribunales (art. 114.2, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

(44) Marzal Raga, C. R. (2022), *RGDA*, núm. 60.

(45) STSJ de Galicia, de 8 de febrero de 2019 (incidente de mediación 6937/1997, edificio Fenosa) y Auto núm. 208/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas, de 7 de noviembre (rec.190/2016).

(46) Santamaría Pastor, J. A. (2015), p. 45.

3.3 **Medidas basadas en fórmulas de tenencia alternativa**

3.3.1 *El derecho de adquisición preferente en favor de la Administración*

El derecho de adquisición preferente es otra de las opciones de las que dispone la Administración para aumentar el parque público de vivienda. Los derechos de tanteo y retracto permiten a su titular adquirir un bien con preferencia frente a cualquier otra persona interesada en el mismo. En el tanteo, la preferencia de adquisición se ejercita antes de que se realice la transmisión del bien, respectando las mismas condiciones. En el derecho de retracto, la preferencia de adquisición se ejercita después de que se realice la transmisión del bien, dejando sin efecto la operación celebrada, abonando el precio que efectivamente se hubiese pagado.

La configuración legal del ejercicio de estos derechos, previstos por prácticamente todas las CC. AA, los convierte en un instrumento idóneo para incrementar el parque de viviendas destinado a alquiler social, pero también para la adquisición de vivienda no protegida (libre) en función de las necesidades de vivienda acreditadas en cada municipio ante la fuerte demanda residencial. La propia LDV contiene dos preceptos con directa incidencia sobre los derechos de adquisición preferente (aunque sobre ambos preceptos pesan varios recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite). De una parte, el artículo 16 LDV, referido a los principios aplicables a la vivienda protegida, entre los que se encuentra el reconocimiento de estos derechos de tanteo y retracto, junto con algunas reglas para su ejercicio. De otra, el artículo 27 LDV, que dispone la integración de las viviendas adquiridas mediante tanteo o retracto en el parque público de vivienda y su calificación permanente como vivienda pública, sirviendo de instrumento para hacer efectivo el derecho de acceso a una vivienda reconocido a los sectores de la población con mayores dificultades.

Pese a las ventajas que tiene el ejercicio del tanteo y el retracto, lo cierto es que el porcentaje de viviendas adquiridas de esta forma por la Administración es todavía muy bajo, prácticamente anecdótico. Sin perjuicio de comprender que probablemente no todas las viviendas transmitidas que podían haber sido adquiridas por la Administración en ejercicio de estos derechos pudieran no ser idóneas o viables desde un punto de vista económico y financiero (bien sea por su situación, por el precio de transmisión de la vivienda, por el elevado coste de rehabilitación u otras circunstancias), lo bien cierto es que la conformación y ejercicio de estos derechos presentan un elevado grado de complejidad

que necesariamente desincentiva su elección como técnica para la formación de vivienda pública[47].

3.3.2 *Soluciones cooperativas*

Si la idea es el establecimiento de un auténtico servicio público de vivienda, basado en el principio del universalismo proporcional[48], que aplicado al campo de la vivienda supone organizar un sistema donde todas las personas tengan acceso a una vivienda digna según su nivel de ingresos, llevado a la práctica significa tener tres modalidades de vivienda: 1) vivienda social para hogares en situación de vulnerabilidad; 2) vivienda asequible para aquellas personas con cierto nivel de ingresos, pero con dificultades para pagar precios de mercado; y 3) vivienda libre, para quienes puedan y quieran pagar precios de mercado[49]. Si el proveedor habitual de vivienda libre es el sector privado y el de vivienda social el sector público, la vivienda asequible aparece gracias a fórmulas de colaboración público-comunitaria o público-privada. Por lo que, de nuevo, el papel de la Administración Pública resulta fundamental.

Aparecen, así, fórmulas que no son novedosas, pero sí innovadoras en el campo de la vivienda asequible, como las cooperativas de uso, reformuladas para adaptarlas a las nuevas necesidades de una sociedad que busca soluciones para el sangrante problema de la vivienda, pero también reaparecen figuras como la *masovería urbana*, entre otras.

A) Las cooperativas de cesión de uso

En nuestro país, la tendencia residencial del *co-housing* ha adoptado, entre otras, la forma de cooperativas de vivienda que han vuelto a la vida gracias a los dictados de la economía colaborativa. Estas cooperativas no son desconocidas en nuestro país, pero habían caído en desuso. Una cooperativa de viviendas es una entidad que asocia normalmente a personas físicas que precisan alojamiento y se unen mediante la auto-promoción de viviendas a estricto precio de coste –ya que carece de ánimo de lucro–. Su regulación, por Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, recoge la posibilidad de que entre sus fines también esté el de la construcción de edificaciones complementarias, la prestación de servicios a las viviendas y su

(47) Marzal Raga, C. R. (2024), pp. 150 y 162.
(48) Francis-Oliviero, F., *et al.* (2020), *PJPH*, núm. 44.
(49) Burón, J., y González de Molina, E. (2021), «Colaboración público comunitaria: una nueva solución para generar más vivienda asequible», *DS*, núm. 7.

rehabilitación. Las personas cooperativistas son socias de la sociedad cooperativa y promotoras indirectas, por un lado, y adjudicatarias de una vivienda por otro, que bien puede hacerse en régimen de propiedad a cada persona socia, bien sea en régimen de cesión de disfrute para su uso.

Esta opción resulta interesante dado que no se reciben en régimen de compra ni de alquiler, sino que lo que se adquiere es el derecho de uso de la vivienda durante 99 años (art. 53 LSRU), pagando por ello un capital inicial y una cuota mensual por el derecho al uso. De ahí que se consideren una fórmula alternativa al derecho de propiedad y una solución habitacional que promueve una ciudad más justa.

En el caso de la vivienda asequible, la Administración ha recogido el testigo, implicándose en el modelo cooperativo, para proveer el suelo (dotacional), que continuará siendo de titularidad pública, pero puesto a disposición de fundaciones y cooperativas, que serán las titulares de los inmuebles, para su uso durante dicho plazo, gestionándolo a través del derecho de superficie. Al finalizar este plazo, las viviendas revierten al patrimonio municipal (aunque es posible pactar la transmisión mortis causa del derecho de uso). Esta forma de tenencia, que no es en propiedad ni en alquiler, impide cualquier forma de enajenación o traspaso a terceros de las mismas, incorporándose, además, al exiguo parque municipal de viviendas públicas protegidas.

B) La nueva aparcería urbana

La novedosa aparecería urbana es muy similar al contrato tradicional de aparcería –rural–, que es un régimen de tenencia en el que el uso y disfrute de las tierras, propiedad de una tercera persona, es cedido temporalmente a la persona aparcera a cambio del reparto de los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones[(50)] (art. 28.1, Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos). En Valencia, la aparcería está representada por la figura de *les mitges*; así, en función de la cuota de partición de cosechas correspondiente a cada una de las partes, se hablaba de la *parceria a mitges* si la cuota de cada parte se fijaba en la mitad de la cosecha; de ahí que también pudiera aplicársele el calificativo de *parceria al terç, parceria al quart*, etc[(51)].

Esta figura, que sufrió una enorme disminución en su uso a partir de los años 80, según datos del Censo Agrario (INE) ha vuelto, sin embargo,

(50) Ruíz Maya, L. (1989), «El arrendamiento y la aparcería», *REAS*, núm. 150, p. 42. Clemente Meoro, M. (2004), «Artículo 28. Contrato de aparcería», p. 757.

(51) Febrer Romaguera, M. (2000), *Dominio y explotación territorial en la Valencia foral*, UV, p. 261.

a la vida gracias a las necesidades derivadas del ya mencionado *estilo de vida colaborativo*. En Cataluña, por ejemplo, se regula la variante urbana del contrato de *masovería*[52], que es aquel por el que se cede el uso de una vivienda por el plazo que se acuerde, a cambio de que las cesionarias asuman las obras de rehabilitación y mantenimiento de la misma. Se satisfacen así dos objetivos, ya que por un lado reduce el número de viviendas vacías debido a su mal estado (rehabilitación); y por otro, da solución a la necesidad de vivienda a través de formas alternativas a la propiedad[53], al recoger el intercambio de quienes necesitan vivienda con quienes la tienen, pero no la usan.

BIBLIOGRAFÍA

Beltrán de Felipe, M., «Las legislaciones de vivienda social», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núms. 161-162, 2009, pp. 453-472.

Boix Palop, A., «La Ley valenciana 2/2017, por la función social de la vivienda, tras el control de constitucionalidad operado por la STC 80/2018», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 44, 2020, pp. 177-189.

Bosch Meda, J., «Las nuevas formas de vivienda de alquiler social en Cataluña (2015-2020): un análisis desde el marco teórico europeo», *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 67, núm. 2, 2021, pp. 219-241.

Burón, J., «Una política de vivienda alternativa», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 155, 2008, pp. 9-40.

Burón, J. y González de Molina, E., «Colaboración público comunitaria: una nueva solución para generar más vivienda asequible», *Documentación Social*, núm. 7, 2021.

Busch-Geertsema, V., «Defining and measuring homelessness», en O'sullivan, Eoin *et al.* (Eds.), *Homelessness Research in Europe*, FEANTSA, 2010, pp. 19-39.

Chinchilla Peinado, J. A., «Dignidad y adecuación de las viviendas sociales para las personas en riesgo de exclusión. Un elemento en la construcción del derecho a la Ciudad», en Barrero, Concepción; Socías, Joana (Coords.), *La ciudad del siglo xxi. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* 2020.

Clemente Meoro, M., «Artículo 28. Contrato de aparcería», en Pasquau Liaño, Miguel (Dir.), *Ley de Arrendamientos Rústicos* (Comentarios doctrinales y formularios prácticos), Thompson-Aranzadi, 2004, pp. 757-758.

Conill, J.; Cardenas, A.; Castells, M.; Hlebik, L., y Hlebik, S., *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*, UOC, 2012.

(52) Artículo 3.k), Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

(53) Conill, J., *et al.* (2012), *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*, UOC, p. 97.

Díaz, I., «Desplazamiento, acoso inmobiliario y espacio gentrificable en el caso de Sevilla», *Encrucijadas. Revista Critica de Ciencias Sociales,* núm. 2, 2011, pp. 48-68.

Etxabe Gutiérrez, I., «De la contradicción a la alternativa: la teoría urbana crítica como base para una investigación empírica en torno al derecho a la vivienda en el Área Metropolitana de Bilbao», *EURE*, vol. 48, núm. 143, 2022, pp. 1-22.

Febrer Romaguera, M., *Dominio y explotación territorial en la Valencia foral*, Universitat de València, 2000.

Ferrajoli, L. *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004.

Francis-Oliviero, F. *et al.*, «Theoretical and practical challenges of proportionate universalism: a review», *Panamerican Journal of Public Health*, núm. 44, 2020, pp. 1-11.

García de la Rosa, C., «La mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa: dificultades para su implantación eficaz», *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 46, 2018, pp. 1-19.

García Rubio, F., «La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquileres de vivienda mediante Decreto-Ley», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, 2022, pp. 164-234.

Gifreu Font, J., «Mecanismos de colaboración público-privada para la provisión y la explotación económica de vivienda asequible: un juego de suma positiva», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023, pp. 56-85.

— «La vivienda en tiempos del COVID-19, ¿nuevas vulnerabilidades sociales? Del impacto inicial a los retos del futuro», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 337-338, 2020, pp. 247-304.

— «Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos citadinos o un derecho independiente?», en Barrero, Concepción; Socías, Joana (Coords.), *La ciudad del siglo xxi. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* 2020.

González Pérez, J., «El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo de 2008», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 86, 2009.

Grávalos Lacambra I.; Di Monte P., «Temporary Use Toolkit. Herramientas para la reactivación de edificios en desuso», *ZARCH*, núm. 22, 2024, pp. 132-145.

Hernández Pedreño, M., «Pobreza y exclusión en las sociedades del conocimiento», en Hernández, Manuel (Coord.), *Exclusión social y desigualdad,* Editum, 2008, pp. 15-58.

Huergo Lora, A., «Estado de alarma en el país de los Decretos-leyes», 2020; disponible en https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes.

Jellinek, G., *System der subjektiven öffentliche Rechte*, Mohr, 1919.

Martínez Alier, J., *La crisis económica vista desde la economía ecológica,* Icaria, 2008.

Marzal Raga, C. R., «El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública», *Anuario de Derecho Municipal,* núm. 17, 2024, pp. 143-168.

— «La mediación de Derecho Administrativo en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2020, pp. 1-39.

Moreu Carbonell, E., «Función social de la propiedad y viviendas vacías. Diez preguntas y respuestas para el debate», en Paleo, Natalia (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente,* Tirant lo Blanch, 2020.

Naredo, J. M., y Montiel, A., *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*, Icaria, 2011.

Pisarello, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, 2003.

— «Los derechos sociales y sus "enemigos": elementos para una reconstrucción garantista», en Valiño, Vanesa (*Coord.*), *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, Observatori DESC, 2009.

— «El derecho a la vivienda, constitucionalización débil y resistencias garantistas», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 135-158.

Quintiá Pastrana, A., «El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, 2017, pp. 225-267.

Rodríguez de Santiago, J. M., «Artículo 33 CE: Derecho a la propiedad privada y a la herencia», en Rodríguez-Piñero, Miguel; Casas Baamonde, M. Emilia (*Dirs.*), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución,* Wolters Kluwer-BOE, 2018.

Ruíz Maya, L., «El arrendamiento y la aparcería», *Revista de Estudios Agro-Sociales,* núm. 150, 1989, pp. 41-97.

Santamaría Pastor, J. A., «El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015.

Subirats Humet, J., *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea,* Colección Estudios Sociales 16, Fundación La Caixa, 2004.

Tornos Mas, J., «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014.

Verdú Martínez, M. T., «Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado», *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, vol. 50, núm. 197, 2018, pp. 577-608.

A.6 Hipoteca inversa y vivienda habitual: su fracaso histórico y su viabilidad

Pedro Garrido Chamorro
Notario
pgarrido@notariado.org

Resumen: *La hipoteca inversa es un instrumento que puede ser útil para responder a las necesidades de financiación que los ciudadanos con frecuencia se encuentran en los últimos años de su vida, utilizando como palanca la propiedad de su vivienda, pero permitiéndoles disponer de ella hasta el final. Sin embargo, la figura no ha tenido un excesivo desarrollo, debido por un lado a las incertidumbres que han quedado abiertas en su defectuosa regulación, en relación con aspectos como la delimitación de lo que sea vivienda habitual del solicitante, la situación y relaciones de solicitante, hipotecante y beneficiario cuando no sean la misma persona, la posibilidad de constitución sobre otros inmuebles y su régimen legal en tal caso, la posición de herederos y acreedor en relación con el activo y pasivo hereditarios, los límites a la cobertura hipotecaria de los intereses devengados, etc. Esas dudas han podido causar la desconfianza en la figura, y consecuentemente su escasa utilización. Por ello, este trabajo intenta aclararlas y apunta soluciones regulatorias. A la vez, se observa una grave carencia en la oferta de unos productos satisfactorios para los eventuales solicitantes, seguramente debido a la ausencia de unas soluciones que cubran a la vez los aspectos puramente financieros y los actuariales o de seguros.*

Palabras clave: *Hipoteca, hipoteca inversa, ancianidad, vivienda habitual, renta vitalicia, seguro de sobrevivencia.*

Abstract: *A reverse mortgage is a tool that can be useful in addressing the financial needs that citizens often face in the later years of their lives. It leverages the ownership of their home, allowing them to continue living in it until the end. However, this construct has not seen significant development, partly due to uncertainties left by its flawed regulation. These uncertainties include issues like defining what qualifies as the applicant's primary residence, the roles and relationships when the applicant, mortgagor, and beneficiary are not the same person, the possibility of applying a reverse mortgage to other types of properties and the legal framework in such cases, and the position of heirs and creditors concerning the inherited assets and liabilities, the limits on mortgage coverage for accrued interest, among others. These doubts may have caused distrust in the reverse mortgage, leading to its limited use. Therefore, this paper aims to clarify these issues and propose regulatory solutions. At the same time, there is a significant lack of satisfactory products for potential applicants, likely due to the lack of solutions that address both the financial aspects and the actuarial or insurance components.*

Keywords: *Mortgage, reverse mortgage, old age, primary residence, life annuity, survivorship insurance.*

Sumario: 1. Introducción: la potencial utilidad social de la hipoteca inversa. 2. La configuración legal de la hipoteca inversa y sus dudas interpretativas. 2.1 La disposición adicional 1.ª de la ley 41/2007. 2.2 Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa. A. Sujeto acreedor: entidades prestamistas. B. Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios. C. Objeto: vivienda habitual del solicitante. D. Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito. E. Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito. F. La transmisión voluntaria de la finca hipotecada. G. Tasación de la finca. H. Comercialización y transparencia de estas operaciones. I. Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante». J. Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias. 3. Las disfunciones de la figura, y sus vías de solución.

1. INTRODUCCIÓN: LA POTENCIAL UTILIDAD SOCIAL DE LA HIPOTECA INVERSA

El moderno instrumento financiero que constituye la hipoteca inversa responde a una necesidad propia de las circunstancias socio económicas

actuales: personas que han acumulado un cierto patrimonio mediante los ahorros procedentes fundamentalmente de su trabajo, en la vejez se encuentran con unos recursos limitados debido a la insuficiencia de las prestaciones que les proporcionan el sistema público de pensiones y los instrumentos de ahorro-previsión que hayan podido acumular durante su vida, y tienen como principal activo patrimonial la vivienda que han adquirido. Esta situación es frecuente en España, país de propietarios donde según el Instituto Nacional de Estadística, en 2023, el 79,6 % de los hogares disponen de la vivienda en propiedad, porcentaje que entre las personas de 65 o más años se eleva muy notablemente, hasta el 89,1 %.

Nos encontramos, pues, con una necesidad muy concreta: casi el 90 % de los hogares de personas de 65 o más años disponen de un activo patrimonial importante, su vivienda, del que no se pueden desprender en vida, puesto que necesitan seguir ocupándola hasta su fallecimiento, pero en muchos casos perciben unas pensiones o ingresos periódicos insuficientes. Resultará por tanto muy indicado el instrumento financiero que les proporcione una liquidez con cargo a ese activo patrimonial que es su vivienda, permitiéndoles a la vez conservar su uso durante el resto de su vida. Un medio para ello puede ser le venta de la nuda propiedad de la vivienda, con reserva del usufructo vitalicio (conjunto y sucesivo si se trata de un matrimonio), si encuentran un inversor dispuesto a pagar un precio, obviamente reducido en mayor o menor medida, por la compra de un inmueble que no va a poder disfrutar, ni probablemente a realizar, durante la vida potencialmente larga de esa persona o personas.

La estrechez de ese mercado abre un evidente espacio a la intervención de operadores empresariales o profesionales, que podrán disponer unos recursos mayores para cubrir esas necesidades, obviamente a cambio de un beneficio empresarial. La fórmula, de carácter financiero-actuarial, será la concesión al titular de la vivienda de un préstamo o crédito, con entrega inmediata o periodificada de su capital, y aplazamiento de la devolución del capital y pago de intereses hasta el fallecimiento de los prestatarios (que por definición no disponen de recursos para esos pagos periódicos, puesto que lo que pretenden con esa operación de préstamo o crédito es precisamente complementar sus insuficientes ingresos habituales). La entidad prestamista cobrará su crédito con los intereses devengados al vencimiento, es decir en la fecha de fallecimiento de los prestatarios, por regla general mediante la realización del inmueble, el cual a su vez constituye la garantía del cobro para la misma. Y los prestamistas tendrán la ventaja de que las cantidades percibidas, al constituir un préstamo y no una renta, no tributarán como rendimientos.

El diseño ideal de la operación, que satisfaría en la máxima medida las finalidades de las dos partes, sería aquél en que el importe de la deuda,

con todos los intereses, fuera igual al valor de realización del bien. Pero la incertidumbre sobre la fecha del vencimiento de la operación, o fallecimiento de los prestatarios, hace imposible un cálculo exacto, y genera un riesgo para la parte acreedora (si esa fecha se retrasa de forma importante y los intereses más el capital objeto de disposiciones sucesivas superan el valor de la vivienda). La elusión de ese riesgo conduce a una severa limitación de la concesión de crédito en la mayoría de los casos.

Debe por otra parte señalarse que, si bien este tipo de operaciones provoca el frecuente agotamiento del patrimonio de los prestatarios o acreditados, ello no plantea problema alguno desde el punto de vista de las legítimas de sus eventuales herederos forzosos, puesto que no se trata más que de un negocio a título oneroso, de disposición y gasto de su patrimonio, para el que no existe limitación legal alguna. No obstante, esto choca frecuentemente con la percepción social de un cierto deber moral de conservación y transmisión del patrimonio a los descendientes.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, *de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, ha pretendido organizar un instrumento jurídico para atender a estas necesidades, mediante la introducción de la hipoteca inversa, intentando encajarla en los límites demasiado estrechos que nuestro ordenamiento jurídico delinea para las hipotecas, flexibilizando algunos de ellos en la medida necesaria.

No obstante, debe reconocerse que la acogida e implantación de la figura ha sido extraordinariamente pobre, y el número de hipotecas inversas constituidas reducidísimo. Las causas del fracaso de la hipoteca inversa son, en nuestra opinión, fundamentalmente dos: la defectuosa configuración legal de esta institución en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 41/2007, que la llena de dudas interpretativas y por consiguiente de inseguridad jurídica debido a las dificultades e incertidumbres que por ello presentará su acceso al registro, y las estrechas condiciones económicas en que la concesión de la misma se ha desenvuelto, debido a los riesgos implícitos en la figura, que la han hecho poco atractiva en la mayoría de los casos.

Una prueba más de la necesidad social de este tipo de figuras se encuentra en la Disposición adicional décima tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que establece, sin más, unos beneficios fiscales y arancelarios para los créditos inmobiliarios concedidos a personas en situación de dependencia y destinados principalmente a financiar el coste de los cuidados de la misma, que tengan como garantía un derecho real de anticresis, sobre una vivienda

destinada al mercado de alquiler. Se trataría de una figura sin precedentes en la práctica en nuestro país, y sin mucha presencia real en los mercados, pero que responde a necesidades parecidas del prestatario.

2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA HIPOTECA INVERSA Y SUS DUDAS INTERPRETATIVAS

2.1 **La disposición adicional 1.ª de la Ley 41/2007**

La Ley 41/2007 introdujo la figura en una disposición adicional, la 1.ª, donde se articulan el régimen y los requisitos institucionales de la misma, con una reseñable falta de precisión de su perfil y límites y de coordinación con el ordenamiento hipotecario, lo que ha provocado una notable inseguridad en el uso de este contrato. Debe tenerse en cuenta que para atender eficazmente a los objetivos de las dos partes la hipoteca inversa requiere excepcionar o suavizar algunos de los principios que en materia de hipotecas establece la legislación hipotecaria, y se aplican en la práctica registral, con un rigor probablemente excesivo. Entre ellos cabe citar el principio de especialidad, la prohibición del anatocismo o interés compuesto y sobre todo la limitación de la cobertura hipotecaria de los intereses a cinco años. Se hace necesario, por ello, proceder a un detenido análisis de este texto legal.

La citada disposición adicional primera define y regula la hipoteca inversa en unos términos que van a requerir un análisis y esfuerzo interpretativo detenidos. Se define en ella la hipoteca inversa con base en el cumplimiento de una serie de requisitos configuradores, que deben verificarse para que el contrato encaje en el tipo legal y por tanto le sea aplicable la regulación especial que para el mismo se establece.

Esos elementos configuradores son: Que la finca hipotecada sea precisamente la vivienda habitual del prestatario (denominado en ocasiones, de forma algo confusa, solicitante); que la misma haya sido previamente tasada, y quede asegurada en función del valor de dicha tasación; que el prestatario y los beneficiarios adicionales que en su caso se designaran sean mayores de 65 años o personas en situación de dependencia o afectadas por una discapacidad; que la deuda solo sea exigible al fallecimiento del prestatario o, si así se estipula, del último beneficiario, y por último que el prestamista sea una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito, o un entidad aseguradora, autorizada para operar en España.

De cumplirse estos requisitos, y resultar por tanto el contrato encuadrable en la figura de la hipoteca inversa, se aplicará una serie de normas,

o efectos especiales, distintos de los de las hipotecas ordinarias. No obstante, la aplicación y el sentido de estas normas dista mucho de ser claro, lo que, como hemos apuntado, puede ser al menos en parte causa del escaso éxito de la figura. Debemos pues, analizar detenidamente el sentido y aplicabilidad de todas estas reglas, con la doble finalidad de precisar su alcance, y a la vez apuntar la necesidad de una clarificación *de lege ferenda* de algunas de ellas.

2.2 **Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa**

A. *Sujeto acreedor: entidades prestamistas*

Establece la D. A. 1.ª, en su párrafo 2, que estos préstamos o créditos solo podrán ser concedidos por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España (estas últimas, de acuerdo con su respectiva normativa sectorial).

Esta exigencia no plantea mayores dudas interpretativas, y debe valorarse favorablemente, puesto que el control del cumplimiento de las exigencias en materia de transparencia y comercialización solo se garantiza adecuadamente si quedan sujetas al régimen que para estas entidades rige en España.

Ahora bien. esta norma no implica la prohibición absoluta de que, al amparo de la autonomía de la voluntad, pueda concluirse el contrato de hipoteca inversa o uno análogo entre particulares, si bien a los mismos no les serán aplicables las normas, efectos y ventajas especiales que introdujo la D. A. 1.ª, como analizaremos al final.

B. *Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios*

La D. A. 1.ª empieza estableciendo, como requisito del tipo negocial de la hipoteca inversa que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar deben ser de edad igual o superior a los 65 años, o estar afectados de dependencia o de una discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento. Ese «solicitante» debe ser además el ocupante, como vivienda habitual suya, de la finca hipotecada. Y seguidamente habla del «deudor» y el «prestatario» como términos, al parecer, equivalentes al del «solicitante».

La terminología empleada adolece, sin embargo, de cierta falta de precisión. En esta operación pueden existir uno o varios deudores o prestatarios, un hipotecante (que aparentemente podría ser no deudor),

y un beneficiario, con posiciones jurídicas diversas, y que deben reunir los requisitos legales para que el contrato celebrado entre dentro del tipo establecido en la D. A. 1.ª y quede sujeto a su régimen y ventajas regulatorias.

Así, aunque parece que la norma está pensando en un prestatario que hipoteca la finca de la que es propietario y constituye su vivienda habitual, pueden presentarse otras muchas situaciones en las que esta figura podría resultar útil.

Con frecuencia, los prestatarios pueden ser unos cónyuges titulares de una vivienda conyugal ganancial o que les pertenezca privativamente por partes iguales o en otra proporción, que recibirían el préstamo para los dos respondiendo de él solidariamente y distribuyéndose la deuda por partes iguales en la relación interna. Esto puede plantear problemas en la determinación de la carga de dicha deuda en la herencia de los dos cónyuges: si la responsabilidad es solidaria parece que el acreedor, pese a que como dice el párrafo 6 de la D. A. 1.ª «solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia», podrá reclamar la deuda por su total importe de una u otra de las dos herencias con ese límite. Y seguidamente entre los herederos de uno y otro de los dos cónyuges debería liquidarse la debida compensación, en ese supuesto de que una de las dos herencias hubiera soportado más carga que la que le correspondiera en la relación interna.

Pero puede también ocurrir que el deudor y el hipotecante no coincidan, en todo o en parte, situación que no ha sido objeto de ninguna regulación en la norma. Así, es posible que los dos cónyuges sean prestatarios, y por tanto deudores solidarios con esa limitación de la responsabilidad de sus respectivos herederos, pero solo uno de ellos sea el hipotecante, propietario de la vivienda.

Y es también posible que el préstamo se conceda a una o varias personas y en garantía del mismo se constituya una hipoteca sobre un bien propiedad de un tercero (por ejemplo, el hijo de los prestatarios) que constituya la vivienda habitual de los prestatarios, en exclusiva o de forma compartida con otras personas, frecuentemente de la misma familia. El propietario actuaría por tanto como hipotecante no deudor, y podría tener además la posición de heredero, con responsabilidad limitada por esa deuda de los causantes, como veremos.

Todas estas y otras posibles combinaciones de las figuras del deudor y el hipotecante no han sido contempladas con la debida claridad en el texto legal. No obstante parece que todas ellas deberían entrar sin problema alguno dentro de su confusa redacción, con tal que la finca hipotecada sea la vivienda habitual de los prestatarios, que es lo único que literalmente exige la D. A. 1.ª en sus párrafos 1 y 10.

Distinta es la figura del beneficiario, que según parece sin ser deudor ni responsable del préstamo o crédito va a percibir las cantidades entregadas en virtud del contrato. El título que le habilita para esa percepción deberá ser un negocio con el prestatario, bien de donación de esas cantidades o de préstamo entre ambos con obligación de reembolso en las condiciones que hayan acordado o incluso, si se trata del cónyuge del prestatario, de aportación a la sociedad de gananciales mediante un pacto en capitulaciones matrimoniales, al amparo de la autonomía de la voluntad existente en ese terreno.

Y el hecho de la designación del beneficiario en el contrato de préstamo o crédito da lugar a una estipulación a favor de un tercero, que según Roca Guillamón[1] le convierte en titular de derechos frente al prestamista, concretamente el de exigir la entrega de las cantidades que se hubieran pactado durante su vida, sin aparecer como deudor. Ahora bien, en muchas ocasiones ese convenio negocial entre prestatario y beneficiario será tácito, lo que generará una notable dificultad de prueba del acuerdo realmente concluido entre ambos. Resulta interesante, por lo demás, la duda que se plantea sobre la eventual revocabilidad de esa estipulación a favor del tercero, que dependerá de sus propios términos: su carácter oneroso o gratuito, la previsión de su extinción ante ciertos acontecimientos (ruptura conyugal, necesidades de los hijos o descendientes, etc)[2].

No obstante, debemos señalar que si el título o acuerdo con el beneficiario fuera una donación a su favor ordenada por el propio prestatario, podría la misma llegar a ser inoficiosa, planteándose un confuso conflicto con los herederos forzosos del mismo. Especialmente, si el prestatario/donante ya hubiera fallecido y el beneficiario pretendiera ejercer durante un largo plazo su derecho de continuar percibiendo las entregas periódicas y vitalicias acordadas, las cuales deberán ser reembolsadas a cargo de la herencia del prestatario como luego veremos.

C. *Objeto: vivienda habitual del solicitante*

La D. A. 1.ª se limita a decir, en su párrafo 1, que es requisito constitutivo de este tipo contractual que el préstamo quede garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante. Y añade en el párrafo 10 que de instrumentarse

(1) *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro, Coord. Por Angel Luis Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid 2010.

(2) Serrano de Nicolas, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 44.

hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante no serán de aplicación a las mismas los apartados anteriores de la D. A. 1.ª No concreta más esta exigencia, y por consiguiente, como ya hemos apuntado, no parece exigir además que la vivienda pertenezca en propiedad al solicitante del préstamo. Cabe, por tanto, que sea de un tercero (su cónyuge, hijo, o persona ligada al mismo por otras relaciones familiares o meramente personales), de forma que el solicitante, perceptor del préstamo y obligado a su pago sea distinto del hipotecante no deudor. Por lo demás, no concretándose qué se entienda por vivienda habitual, parece que lo más razonable sea acudir al concepto que se establece en la normativa fiscal[3], no obstante lo cual debe realizarse una interpretación flexible en este punto, ya que es posible que una persona tenga y utilice simultáneamente más de una finca como viviendas habituales simultáneas.

Esta exigencia puede encajar mal con la criticable, absurda e infundada norma del párrafo 5, en el sentido de que si el bien hipotecado hubiera sido transmitido *voluntariamente* por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Más adelante analizaremos esta disposición, pero no parece que de ella se desprenda la exigencia de que la vivienda sea a la vez de propiedad del prestatario y ocupada por el mismo, como veremos. Y por la misma motivación, tampoco parece que se deba interpretar que si el deudor hipoteca su vivienda habitual y luego se traslada a vivir en otra, sea o no de su propiedad, ello deba motivar el vencimiento anticipado del préstamo o la exclusión del contrato a partir de ese momento de este tipo contractual.

En cualquier caso, queda muy patente aquí cómo sería más que deseable una clarificación de la norma, mediante una nueva redacción más precisa.

D. *Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito*

Establece el párrafo 1.b de la D. A. 1.ª que el deudor podrá disponer del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. No es muy correcto que esta alternativa se establezca como un requisito configurador del tipo contractual, ya que no hay otra posibilidad: bien se recibe el importe prestado mediante disposiciones periódicas o no, es decir mediante una o varias disposiciones concretas, o «únicas» (sic).

(3) Serrano de Nicolas, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 48.

Pues bien, lo que esta norma parece sugerir es que la operación puede articularse de dos formas, desde el punto de vista de la disposición del importe prestado o acreditado:

– Bien mediante la disposición, con carácter vitalicio o durante un plazo determinado, de una cantidad periódica, mensual por ejemplo, para el prestatario o/y el beneficiario. En una operación diseñada así, las disposiciones mensuales se interrumpirían el día en que hubiera fallecido el último de los dos o concluido el más breve plazo pactado, y en ese momento se fijaría el importe total de la deuda, formada por el sumatorio de esas entregas como principal, más los intereses devengados por cada una de ellas y acumulados hasta la fecha de vencimiento.

La incertidumbre sobre la duración de esas disposiciones periódicas haría que la efectiva suma de las mismas pueda resultar de escasa cuantía, si el fallecimiento se produce pronto, en cuyo caso los herederos tendrán facilidad para pagar la deuda acumulada evitando así la ejecución sobre la vivienda hipotecada u otros bienes de la herencia, Por el contrario, si el prestatario o en su caso el beneficiario vivieran un número elevado de años, la deuda acumulada podría alcanzar una cuantía importante, que sumada a sus intereses podría eventualmente no quedar cubierta suficientemente por el valor de realización de la finca hipotecada. Ello provoca que las entidades concedentes de este tipo de operaciones, con su lógica aversión al riesgo, solo estén dispuestas a financiar la entrega de una cantidad periódica reducida en relación con el valor de la vivienda.

Por ello, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 41/2007, normalmente se acordará que las disposiciones periódicas únicamente alcancen hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución: ello elimina el riesgo para la entidad prestamista de que la acumulación de una elevada cuantía de capital dispuesto deje sin cobertura hipotecaria a su crédito, y facilitará por tanto la concesión del préstamo o crédito. Pero a la vez tiene para el prestatario el inconveniente de que no le garantiza la disposición de esos medios durante toda su vida, sino únicamente hasta cierta edad, quedando desprotegido a partir de la misma. Claro es que la goma no se puede estirar indefinidamente: la obtención de crédito mediante la hipoteca sobre la vivienda estará siempre limitada por el valor de la misma.

Además, debemos reiterar que si hubiera fallecido el prestatario dejando descendientes, y existiera un beneficiario designado por el mismo en el contrato (por ejemplo, su cónyuge o pareja de hecho) a título gratuito, la eventual larga vida de éste con la consiguiente acumulación de una importante deuda con cargo a la herencia puede provocar la inoficiosidad de esa disposición a su favor.

– También se puede acordar una entrega limitada de cantidades, mediante una disposición única (por ejemplo, para financiar un tratamiento médico del prestatario), o bien varias disposiciones determinadas («únicas», en la confusa terminología de la D. A. 1.ª: por ejemplo, diez entregas anuales de un importe prefijado, que no obstante se interrumpirían si antes se produce el fallecimiento del prestatario y el eventual beneficiario).

En estos supuestos, se atenúa el riesgo de acumulación de una deuda importante por capital, aunque la de intereses continuará creciendo hasta el fallecimiento del deudor o beneficiario. Todo ello podrá permitir el incremento de las cantidades prestadas, si bien resulta claro que por esta vía no se propiciará el objetivo de obtener unos ingresos vitalicios, que con frecuencia constituirá la verdadera finalidad de este tipo de operaciones.

En conclusión, la amplísima autonomía de la voluntad que existe en este punto permitirá diseñar la operación de múltiples formas, en función de los objetivos pretendidos por la parte prestataria. Y se observa con claridad cómo el principal obstáculo a la obtención de una percepción vitalicia de cuantía suficiente se encuentra en la aleatoriedad de la duración de esa percepción y los riesgos de falta de cobertura de la operación, por lo que la entrada en juego de instrumentos capaces de atenuar ese riesgo a un coste razonable puede ser fundamental.

Por otra parte, se debe apuntar que en estas operaciones frecuentemente la forma más ajustada de instrumentación sea la apertura de crédito, a la que reiteradamente hace referencia la D. A. 1.ª Esta figura puede resultar adecuada porque permite pactar expresamente que los intereses que vayan devengando (y por definición no se abonan a su devengo, sino tras el fallecimiento del deudor o beneficiario) se carguen, por ejemplo con periodicidad anual o trimestral, a la cuenta y en consecuencia desde ese momento quede novada la obligación de su pago, acumulándolos al principal, y por tanto devengándose intereses sobre la total deuda resultante. LA DGRN, en varias Resoluciones (de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, y de 11 de enero de 2011) así lo ha admitido, pese a la prohibición tradicionalmente sostenida en nuestro ordenamiento del devengo de intereses sobre los propios intereses acumulados. Esa prohibición la deducía la DGRN del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (que únicamente establecía, al tiempo de las resoluciones citadas, la limitación de la cobertura de intereses a un máximo de cinco años).

Posteriormente, se ha modificado el artículo, añadiendo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y seguidamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo en términos más rigurosos, mediante un tercer párrafo que prohíbe que los intereses de demora sean capitalizados en ningún caso, sin posibilidad de pacto en contrario. En cualquier caso, aparte de que esta norma solo rija para los préstamos que entren dentro del ámbito de aplicación de

la Ley 5/2019, debe observarse que la prohibición de capitalización se refiere solo a los intereses de demora y no a los ordinarios, lo que quizás podría fundamentar una interpretación menos restrictiva del pacto de interés compuesto que la que, quizás de forma excesivamente rigurosa, se ha venido manteniendo hasta la fecha.

En cualquier caso, las Resoluciones citadas señalan por un lado que el Tribunal Supremo en sentencias reiteradas ha señalado la validez del pacto de anatocismo, por lo que los límites que se pueden deducir del artículo 114 de la Ley Hipotecaria se deben entender referidos solo a la eficacia frente a terceros del pacto de capitalización de los intereses. Y por otro lado, fundamentalmente, apuntan cómo en los contratos de crédito en cuenta corriente en rigor, tras cada vencimiento, no hay unos intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, los mismos solo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente, por lo que la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino solo el saldo final de la cuenta, no pudiendo por tanto hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos (aunque los mismos se vayan devengando sobre la totalidad del saldo que en cada momento arroje dicha cuenta).

E. *Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito*

La regulación del vencimiento del préstamo, en los términos que establece el párrafo 1.c de la D. A. 1.ª, constituye una de las características definitorias de este tipo contractual, de modo que la deuda solo será exigible al fallecimiento del prestatario o del último beneficiario (si así se estipuló en el contrato), y solo en ese momento se puede proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, lo que habrá servido para garantizarles la disponibilidad vitalicia de la vivienda.

No tendría sentido la prolongación del vencimiento durante la vida del beneficiario (distinto del prestatario) para asegurarle el uso de la vivienda, en el caso de que el mismo no la ocupara (lo que no se exige expresamente). Ello parece motivar la excepción prevista de que el vencimiento se alargue hasta el fallecimiento del beneficiario únicamente en el supuesto de que así se haya pactado de forma expresa.

Una vez producido el fallecimiento del deudor (o, en su caso, del beneficiario), la D. A.1.ª, en sus párrafos 5 y 6, da a sus herederos una doble opción: bien abonar la totalidad de la deuda con sus intereses (sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación, previsión

que no se entiende muy bien, puesto que en ese momento por definición habría vencido el préstamo), o bien optar por no reembolsarla.

Si los herederos optan por no reembolsar la deuda, se crea una extraña situación, ya que el acreedor podrá ejecutar la hipoteca mediante cualquiera de los procedimientos legales, sin que sea aplicable el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (es decir, la limitación de la cobertura de la garantía hipotecaria a cinco años de intereses). Puede también embargar para el cobro de lo que se le deba cualquiera de los restantes bienes de la herencia, lo que es lógico, puesto que se trata de una deuda del causante.

Ahora bien, se crea aquí una especie de «beneficio de inventario» legal a favor de los herederos, ya que dice la norma que el acreedor «solo podrá obtener el recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». La limitación de la responsabilidad de los herederos por estas deudas del causante sin necesidad de formular expresamente la aceptación a beneficio de inventario nos parece acertada, para hacer más viable la figura dentro del ámbito de las relaciones familiares, y tomando en consideración que la principal garantía, que es la base del préstamo, es la hipoteca. No obstante, hubiera sido deseable una mayor precisión, por ejemplo mediante una concreción de las normas sobre el procedimiento para la formulación del inventario de los bienes que integran el caudal hereditario, lo que parece necesario para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor. Y en estos casos, debe entenderse que se pierde el beneficio de la limitación de la responsabilidad si los herederos no actúan con la diligencia debida en ese proceso de puesta de los bienes a disposición del acreedor.

La incertidumbre legal se agrava, por otra parte, en el supuesto de prórroga del vencimiento hasta el fallecimiento del beneficiario, cuando el prestatario/ hipotecante le haya premuerto. Aquí se produciría una coyuntura de riesgo de reducción de las garantías del acreedor, que quizás solo pueda disponer del procedimiento de ejecución hipotecaria para el cobro de lo debido. Porque esa situación no impide la partición de la herencia del fallecido, si bien es cierto que los bienes de esa herencia siguen respondiendo de una deuda de vencimiento futuro y cuantía indeterminada. Esto dificulta notablemente la ejecución sobre los otros bienes de la herencia, que deben ser entregados a los herederos, por lo que parece que como mínimo debe interpretarse que los herederos responderían de esa deuda con sus bienes, si bien con el límite del valor de lo que respectivamente hubiera percibido cada uno (aparte del problema de la posible inoficiosidad de la disposición gratuita a favor del beneficiario al que nos hemos referido ya).

F. *La transmisión voluntaria de la finca hipotecada*

El párrafo 5 de la D. A. 1.ª introduce otra norma que carece de sentido institucional, presenta una redacción muy defectuosa y llena de dudas interpretativas, y seguramente le haga acreedor de una interpretación correctora, apartada de su literalidad.

El citado párrafo comienza estableciendo, como acabamos de ver, el derecho de los herederos del deudor, una vez hayan fallecido el mismo y los beneficiarios, de cancelar el préstamo sin comisión alguna por tal cancelación.

Y continúa en un segundo apartado diciendo que si el bien ha sido transmitido voluntariamente por el deudor el acreedor puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que la garantía se sustituya por otra suficiente. No se entiende el sentido que pueda tener colocar esta última norma en un apartado que comienza con los efectos del fallecimiento del deudor y los beneficiarios. Quizás cabría interpretar que se refiere al supuesto de que se haya pactado un plazo para el vencimiento de la deuda posterior a esa fecha de fallecimiento, aunque se trate de un supuesto muy excepcional (ya que lo normal es precisamente pactar el vencimiento en el momento del fallecimiento), y los herederos vendieran la finca tras la misma. Sin embargo, la norma literalmente se refiere a la transmisión «por el deudor hipotecario», lo que parece excluir dicha interpretación.

En cualquier caso, la norma carece por completo de sentido y fundamento. En primer lugar, porque transmisión voluntaria de la finca hipotecada no extingue ni limita en modo alguno el alcance y valor de esa garantía hipotecaria: la hipoteca subsiste plenamente pese a esa transmisión[(4)]. En segundo lugar, el hecho de que como consecuencia de la transmisión la finca dejara de ser la vivienda habitual del deudor no limita la calidad de la garantía ni genera un riesgo real de dificultad de la ejecución hipotecaria de la finca de un tercero. En tercer lugar, es incluso posible que tras la transmisión de la finca por el deudor la misma continúe siendo su vivienda habitual (por un pacto de reserva del usufructo o de arrendamiento a su favor). Y finalmente, la excepción de que se sustituya la hipoteca por otra garantía «suficiente» es absurda: la nueva garantía no tiene por qué constituirse sobre la vivienda del deudor (no lo exige la norma), y en todo

(4) En este sentido, apunta Silvestre, M. (*Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto,* Diario la Ley, núm. 6924, 2008) cómo el proyecto inicial pretendía impedir al propietario hipotecante el ejercicio de una facultad dominical tan esencial como es la de disponer, pero al final se conformó con declarar vencido anticipadamente el préstamo si se enajena voluntariamente la finca, lo que no tiene justificación, si se tiene en cuenta que el acreedor ya goza de suficiente garantía al disponer de la acción hipotecaria sobre la finca cualquiera que sea su poseedor o propietario.

caso, la garantía sobre la vivienda era suficiente cuando se pactó la hipoteca inversa, por lo que carece completamente de fundamento que se permita eludir el vencimiento si se constituye en su lugar una garantía sobre otro bien, que va a tener un valor análogo a la hipoteca constituida inicialmente.

Por todo ello, debe interpretarse que la transmisión voluntaria únicamente puede dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo en el excepcional supuesto de que la garantía deje de ser suficiente tras la misma, por ejemplo porque la venta se haya acordado con simultánea cancelación de la hipoteca (que en cualquier caso deberá formalizarse con el consentimiento cancelatorio del acreedor, formalizando simultáneamente mediante acuerdo entre acreedor y deudor bien el pago y cancelación anticipada del préstamo, o bien la constitución de una nueva garantía hipotecaria suficiente).

Quizás el único sentido posible de la norma sea que en tal caso, es decir si el deudor pretende cancelar la hipoteca en el acto de la venta de la finca, el acreedor no pueda oponerse a la continuación de la vigencia del préstamo si el deudor ofrece la garantía de la constitución de la hipoteca sobre un bien cuyo valor de tasación sea al menos igual a la tasación de la vivienda inicialmente hipotecada. Claro que interpretar que la norma está imponiendo una obligación de aceptar la sustitución de la garantía al acreedor cuando lo que su texto dice es que «el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado» es quizás llevar la corrección interpretativa demasiado lejos. Aparte de ello, obligar a los acreedores a aceptar la sustitución de la garantía cuando así lo decida el deudor no parece, desde el punto de vista de la política legislativa, muy acertado, en la medida en que podría desincentivar seriamente el interés en estas operaciones de las entidades financieras, ya de por sí demasiado escaso.

G. *Tasación de la finca*

El párrafo 1.d de la D. A. 1.ª establece que, de forma obligatoria, la vivienda hipotecada debe ser tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Las remisiones que se han realizado a esta norma para imponer la obligatoriedad de las tasaciones en la constitución de hipotecas, tanto aquí como en las normas que sucesivamente se han dictado para proteger al deudor en los procedimientos de ejecución hipotecaria (estableciéndose inicialmente en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que la tasación para subasta

no podría ser inferior al 75 % del valor de tasación de la finca, y posteriormente, tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que la misma, en el supuesto de venta extrajudicial ante notario, no podría ser inferior al 100 % de dicho valor, tasación que deberá además ser igual a dicha cifra para el procedimiento de ejecución directa, si se han pactado ambos) adolecen de una técnica legislativa poco depurada: se remiten a regulación en la Ley 2/1981; pero esta última Ley obligaba a realizar las tasaciones no para los préstamos hipotecarios en general, sino únicamente para que el correspondiente crédito hipotecario pudiera ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en la propia Ley, con la finalidad por tanto de garantizar la solidez de esos títulos. Y por ello, la exigencia que su artículo 5 se establece, de que el préstamo o crédito no exceda del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado, no es aplicable a los préstamos ordinarios o hipotecas inversas en general, sino únicamente a aquellos que hayan de ser movilizados.

La Ley 2/1981 admite que la tasación se realice por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, es decir de la propia prestamista. Esta autorización fue progresivamente limitada, ya que la Ley 1/2013, para evitar que se repitieran los problemas de la burbuja financiera e inmobiliaria a causa de unas tasaciones realizadas por los servicios de tasación de la propia entidad financiera, exigió una cierta independencia de esos servicios respecto de la entidad, regulando la forma de apreciar dicha independencia. Y posteriormente, la Ley 5/2019 ha reforzado la exigencia, estableciendo en su artículo 13 que la sociedad de tasación o servicio de tasación de una entidad de crédito o profesional homologado deberá ser «independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario».

Pues bien, dado que el artículo 2 de esta última, al definir el ámbito de aplicación de la Ley, excluye a la hipoteca inversa, se plantea la duda de si en consecuencia no siendo aplicable la misma la entidad tasadora no requiere una independencia tan rigurosa de la entidad tasadora, sino en los términos más flexibles en que la misma se regula por la Ley 1/2013. (Aunque hay que reconocer que, tal como han quedado organizados en la actualidad los servicios de tasación que se emplean por los bancos, esa cuestión no va a tener una excesiva relevancia en la práctica).

Y pese a esa exclusión, parece claro que la exigencia introducida por la Ley 5/2019 de que el valor de tasación de la finca en la venta extrajudicial, si se pacta la misma, o en la subasta judicial, no sea inferior al de la tasación realizada, rige para la hipoteca inversa, dado que la misma se ha introducido en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que es de aplicación general a todas las hipotecas.

H. *Comercialización y transparencia de estas operaciones*

La complejidad y dificultad de comprensión de esta figura de la hipoteca inversa, las serias implicaciones que inevitablemente la misma tendrá para la economía de sus probables usuarios, así como la potencial vulnerabilidad de éstos, y el hecho de que en caso de errar en sus cálculos ya no dispondrán de mucho espacio de maniobra, hacen que sea especialmente importante su correcta información y asesoramiento, para evitarles sorpresas y abusos.

Por este motivo, la Ley 41/2007 ha impuesto a las entidades que comercialicen hipotecas inversas la obligación de cumplir un régimen de transparencia, que será establecido por el Ministerio de Economía, suministrando a los solicitantes los servicios de asesoramiento independiente que precisen, los cuales deberán disponerse teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de la operación. Se prevé además que el Ministerio de Economía defina los mecanismos, condiciones, forma y requisitos de dicho asesoramiento, cosa que hasta la fecha no se ha realizado.

Cierto es que a estas operaciones les será de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, con la obligatoria entrega de una oferta vinculante y demás información, recogiéndose en particular en sus Anexos III y IV el modelo de FIPRE y FIPER para las hipotecas Inversas, así como el deber de la entidad de prestar un servicio de asesoramiento independiente y previo, y el deber del notario de cerciorarse de que dicho asesoramiento ha sido llevado a cabo, así como de informar en debida forma al cliente del Banco.

En cualquier caso, ese asesoramiento hace referencia únicamente a las condiciones financieras de la hipoteca inversa ofertada, y por ello resulta sin duda insuficiente. Una correcta configuración de la misma, con un contenido más amplio, puede ayudar al éxito de la figura, incrementando la confianza en ella a base de facilitar a los potenciales usuarios la mejor elección entre las diversas alternativas financieras y de seguros disponibles, en función de su situación y necesidades. Ahora bien, su puesta en marcha no es sencilla, debido a la complejidad que presenta, ya que debe comprender tres aspectos que seguramente deban disociarse: el financiero, el actuarial y el jurídico.

El asesoramiento financiero y actuarial debería servir para proporcionar información sobre las diversas alternativas existentes en el mercado y las que en el futuro, como apuntaremos, se le pueden ofrecer. En función de la edad y las necesidades a corto y largo plazo de los prestatarios-beneficiarios, debe ponderarse la elección entre diversas alternativas de disposición

del dinero prestado (capital inicial, entregas sucesivas, vitalicias o hasta un plazo máximo, etc.), y la eventual combinación de éstas con la contratación de un seguro que, para el supuesto de supervivencia más allá de una determinada fecha proporcione al prestatario una indemnización que complemente el capital percibido de la entidad financiera hasta la fecha, o bien asegure al acreedor el cobro de la deuda total al poner a su disposición un capital extra susceptible de ejecución o directamente entregado al Banco, lo que permitirá a éste ofrecer un préstamo en mejores condiciones. En función de estos elementos, y teniendo en cuenta que la prima del eventual seguro se puede pagar de forma íntegra al principio, con cargo al préstamo y devengándose desde entonces intereses por la misma, o bien de forma periódica, deduciéndose de cada una de las disposiciones, debe buscarse la combinación o fórmula que, en función del valor de la vivienda hipotecada, edad, necesidades y demás circunstancias del prestatario, permita maximizar las cantidades a percibir mediante la garantía sobre ella constituida.

Por consiguiente, para ayudar a los prestatarios a obtener una solución ventajosa, se requeriría un asesoramiento que no se limite a analizar los productos y posibilidades ofrecidos por una sola empresa financiera o aseguradora, ya que normalmente la mejor alternativa será la combinación de un préstamo de alguna de las entidades financieras con un seguro de otra aseguradora. Por tanto, el asesoramiento no se puede prestar de forma eficaz y útil por los servicios vinculados únicamente a un banco o entidad financiera, o a una aseguradora, sino preferiblemente por una entidad que tenga información de los distinto productos disponibles en el mercado, y tenga por tanto capacidad para compararlos y elegir la mejor combinación para cubrir las necesidades del concreto cliente.

Junto a lo anterior, es también preciso un asesoramiento de tipo jurídico, que informe al prestatario de las condiciones del contrato concreto que se ha ofrecido por una o varias entidades, y en particular de las consecuencias tanto legales como patrimoniales que la firma y puesta en ejecución del préstamo o crédito va a tener: la limitación de las posibilidades de venta de la finca en el futuro (puesto que deberá cancelarse el préstamo en el mismo acto, reduciendo de forma importante, o en ocasiones por completo, el margen que del precio obtenido quedará al propietario), las consecuencias de una cancelación anticipada, la forma de cálculo de los intereses y la determinación del importe de la deuda pendiente a lo largo del tiempo como consecuencia de la acumulación de esos intereses, sean éstos fijos o variables, etc.

En este punto, debemos observar que con la completa exclusión de estas operaciones del ámbito de aplicación de la ley 5/2019 se perdió la oportunidad de utilizar para las mismas el asesoramiento previo e independiente del notario, basado entre otras cosas en la libre elección del notario por la

parte prestataria, y en el control de la disponibilidad de la información por el prestatario con anterioridad suficiente sin la cual la utilidad de esa información previa queda enormemente limitada.

En una futura revisión de la Ley actualmente vigente, debería por tanto plantearse el diseño de los mecanismos de asesoramiento a emplear, en el cual, en los muchos años transcurridos desde la aprobación de la Ley 41/2007, apenas se ha avanzado.

I. *Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante»*

Dice el apartado 10 de la D. A. 1.ª que cabe también constituir hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, si bien a las mismas no les serán de aplicación los apartados anteriores de la D. A. 1.ª

La norma, de nuevo, plantea numerosas dudas, por una parte sobre su significado institucional, y por otra sobre el alcance de esa exclusión de la aplicación de «los apartados anteriores de esta disposición.» Porque si bien es cierto que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, el sentido de la institución se encuentra en posibilitar que se haga líquido el valor *de la vivienda* mediante productos financieros, como medio de contribuir a la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida, no se entiende bien por qué se excluye de su tipo legal el supuesto del empleo de otros bienes con la misma finalidad: por ejemplo, una segunda residencia, una finca rústica, una vivienda diferente de la habitual del prestatario porque el mismo ocupara la suya en régimen de alquiler, etc. La propia exposición de motivos reconoce la virtualidad del uso de la figura sobre otros bienes, cuando afirma la potencial utilidad del «desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar *parte* de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales».

Así las cosas, resulta evidente que los beneficios fiscales y arancelarios concedidos en los apartados 7, 8 y 9 de la D. A. 1.ª solo serán aplicables en los supuestos de uso de la vivienda habitual para la obtención de crédito. Pero no queda claro si ello implica necesariamente la exclusión de todas y cada una de las restantes normas contenidas en los apartados anteriores, a hipotecas que no reúnan todas las circunstancias que se mencionan: constituidas sobre otros bienes, o de personas que no cumplan los requisitos subjetivos que hemos descrito, o con una fecha de vencimiento anterior al fallecimiento, concedidas por prestamistas que no sean entidades de las enumeradas en la D. A. 1.ª, etc.

En contra de esa exclusión militan dos argumentos: por un lado, que no era necesaria la autorización por la D. A. 1.ª de este tipo de contratos sobre otros inmuebles, ya que la autonomía de la voluntad que preside nuestro derecho lo permitiría en todo caso. Y, por otra parte, que el reconocimiento de la figura en la propia D. A. 1.ª, parece implicar que la misma queda subsumida dentro de este tipo.

Así, nada obstará a que, al amparo de la autonomía de la voluntad se pacte la hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual del prestatario acordándose la entrega del capital en alguna de las formas a las que antes se ha hecho referencia, y estableciéndose como fecha de vencimiento un plazo *certus an, incertus quando*, como es la fecha del fallecimiento del prestatario o en su caso el beneficiario. Cuestión distinta es si las normas que hemos visto que exceptúan las reglas generales de nuestro ordenamiento, como la aplicación de esa limitación de las responsabilidad de los herederos por las deudas del causante al margen del beneficio de inventario con su procedimiento legalmente organizado, o la no aplicabilidad de la limitación de la cobertura de los intereses a cinco años que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria serían de aplicación en estos supuestos[5]. Parece que la interpretación debe ser negativa, dados los términos literales del párrafo 10, aunque como hemos indicado ello puede no estar justificado *de lege ferenda*.

J. *Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias*

Los párrafos 7, 8 y 9 establecen para estas operaciones (tanto si se trata de su constitución como de la subrogación, novación modificativa o cancelación) importantes bonificaciones, en concreto la exención de la cuota gradual de documentos notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la reducción de los honorarios notariales y registrales de dichas escrituras.

Parece claro, como se acaba de indicar, que estas bonificaciones son aplicables únicamente en los supuestos de hipotecas inversas constituidas sobre la vivienda habitual del prestatario y que reúnan las restantes características definitorias del tipo negocial (edad o discapacidad del solicitante o beneficiario, no exigibilidad hasta el fallecimiento, tasación

(5) En este sentido, considera Serrano de Nicolás que a estas operaciones les es aplicable la excepción del artículo 114.2 de la ley hipotecaria, por darse identidad de razón, con tal que se haya pactado que la exigibilidad de la deuda se posponga al momento del fallecimiento de del deudor o el beneficiario (*Régimen jurídico de la hipoteca inversa*, p. 56). Por su parte, Romero Candau entendía también que son aplicables todas las normas contenidas en la Disposición Adicional 1.ª, con excepción de las normas protectoras de los párrafos 7, 8 y 9 (*La Hipoteca Inversa,* pp. 313 ss.).

de la finca, que el concedente sea una entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito o entidad aseguradora autorizada).

Roca Guillamón critica las reducciones arancelarias de los apartados 7 y 8, señalando que son demagógicas, ya que la causa del encarecimiento de esta figura crediticia no reside única ni principalmente en estos gastos, por cuanto a ellos se añaden otros, como tasación, comisiones bancarias, seguros, etc., que no han sido objeto de limitación alguna, y son arbitrarias, en cuanto implican una falta de reconocimiento del valor y coste de la función desempeñada por el notario y el registrador [(6)]. A ello cabe añadir la siguiente consideración: el éxito práctico de estas figuras requerirá como hemos apuntado un reforzamiento y profundización del asesoramiento notarial previo, que bien podría organizarse en los mismos términos que se establecieron por la Ley 5/2019, mediante un acta previa sin coste para el otorgante. Ahora bien, si se establece una reducción arancelaria tan radical como la actual, de modo que con el arancel efectivo no se llegan a cubrir los costes de la intervención notarial más que con la subvención cruzada de los de otras escrituras, y a ello hay que añadir una duplicación de esos costes y dedicación con el acta previa y gratuita, el incentivo de la prestación de la función notarial se reduce de forma excesiva, hasta el punto en que es previsible que la aportación efectiva al desarrollo de la figura sea finalmente muy reducida.

3. LAS DISFUNCIONES DE LA FIGURA, Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

Como decíamos al inicio, la figura de la hipoteca inversa, a pesar de responder a una necesidad objetiva y previsiblemente cada vez más acuciante de un importante sector de la población, no ha tenido hasta la fecha la difusión que se esperaba. En mi opinión, la principal causa de este fracaso reside en la defectuosa regulación que de ella se ha realizado en la Ley 41/2007, no solo por las numerosas incertidumbres legales que de ella se derivan y por el marco excesivamente estrecho que la figura de la hipoteca presenta en nuestro ordenamiento jurídico, sino también, y muy especialmente, porque solo contempla una de las vertientes de la figura, la puramente jurídica, olvidando su problemática económica y de gestión.

(6) Roca Guillamón, *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro, Coord. Por Angel Luis Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid 2010, pp. 678 ss.

Los propietarios de una vivienda que se planteen la formalización de una hipoteca inversa sobre la misma pretenderán obtener a cambio una renta que, para atender satisfactoriamente a sus necesidades, debería ser vitalicia y revisable anualmente, en función del previsible aumento del IPC. Una renta que únicamente alcance hasta un número determinado de años no resultaría satisfactoria, si se tiene en cuenta que en caso de superar esa edad, en la ancianidad más avanzada y por tanto cuando las necesidades asistenciales serían previsiblemente mayores, los titulares de la vivienda ya no obtendrían ninguna cantidad adicional, y habrían perdido además la posibilidad de disponer de la vivienda. Por lo demás, la devolución del préstamo así recibido debería quedar aplazada hasta la fecha de su fallecimiento.

Pues bien, la renta que se les ofrecería en el mercado, si hubiera de tener las anteriores características, sería excesivamente baja, a la vista de las incertidumbres que para la entidad prestamista plantea semejante situación. Porque el Banco, que opera sobre parámetros exclusivamente financieros, no tiene posibilidad de cuantificar la probabilidad de que se produzca el hecho incierto consistente en la sobrevivencia durante un determinado número de años, ni de atenuar los riesgos inherentes a esa incertidumbre mediante su reparto entre un número elevado de operaciones, a la vista del escaso desarrollo de la figura(7). Por lo demás, la tradicional e infundada exclusión del anatocismo o interés compuesto en la figura de la hipoteca agrava sensiblemente los riesgos derivados del hecho del aplazamiento de la recuperación de la inversión hasta el final de la vida de los deudores.

Todas estas incertidumbres hacen que la figura sea más adecuada a la operativa de las compañías aseguradoras, que sí tienen capacidad de cuantificar sus riesgos mediante los correspondientes estudios actuariales, de diluirlos a través de la mutualización o distribución de esos riesgos entre un elevado número de operaciones, e incluso cubrirlos mediante el reaseguro. Sin embargo, el hecho de que la garantía de percepción de la prima o contraprestación para la compañía se constituya sobre un inmueble a través de su eventual ejecución hipotecaria o incluso la directa adjudicación a la entidad constituye una práctica que resulta totalmente ajena a la habitual en el sector de seguros y para la que no se dispone de los medios organizativos adecuados, lo que ha alejado a estas entidades de este tipo de operaciones(8).

---

(7) En este sentido, de forma muy gráfica, Berrocal Lancelot apunta cómo el problema es la transferencia del riesgo de longevidad al sistema financiero privado (*La venta de la nuda propiedad y la hipoteca inversa como instrumentos al servicio de las personas mayores*, p. 388). El problema debe, pues, en nuestra opinión, enfocarse desde la óptica de la combinación de los servicios financieros y los de seguros, como vamos a exponer.

(8) Apunta en este sentido, de forma muy razonable, Serrano de Nicolás que resulta conveniente admitir la figura del pacto comisorio, debidamente regulado, para facilitar los objetivos de la institución (*La hipoteca inversa*, pp. 356 ss.).

Por ello, la solución únicamente podría alcanzarse a partir de un producto combinado: una figura mixta con un contrato de préstamo hipotecario más uno de seguro de sobrevivencia. Es decir, se trataría de formalizar un contrato de préstamo a percibir mediante sucesivas entregas periódicas de capital hasta una determinada fecha, pactándose además un interés compuesto para retribuir financieramente de forma adecuada el hecho del aplazamiento de la percepción de los intereses. En mi opinión, además, el posible pacto de revisión de las cantidades entregadas periódicamente al prestatario de conformidad con al aumento del IPC sería posible, si la entidad financiera valora adecuadamente el hecho de que ese incremento de la deuda se vería siempre acompañado de un incremento paralelo del valor del bien sobre el que se constituye la garantía (teniendo en cuenta además que el diferencial entre las primeras cantidades entregadas y el valor de la vivienda progresivamente incrementado, con posterioridad, como consecuencia del aumento del IPC refuerza esa cobertura de la garantía).

Y junto al anterior contrato de préstamo, integrado en la misma operación o negocio jurídico complejo, se debería contratar un seguro de sobrevivencia, que dé al asegurado el derecho vitalicio a la percepción de una renta mensual a partir del momento en que cumpla una determinada edad (la edad, precisamente, en que dejaría de percibir las entregas periódicas de capital del préstamo). La prima del seguro podría pagarse mensualmente, en cuyo caso la cantidad percibida mediante el préstamo se vería reducida en ese importe, o bien en el momento inicial de la operación, en cuyo caso el pago de esa cantidad se financiaría normalmente mediante el préstamo, en forma de una entrega inicial algo mayor, si bien tendría la ventaja de que su importe, es decir el coste de un seguro de sobrevivencia con pago adelantado de la total prima, sería relativamente reducido.

La organización de esta figura compleja requerirá una colaboración entre empresas financieras y aseguradoras que no se ha producido hasta la fecha. Por lo demás, el interés social de la misma, y su previsible efecto positivo para las cuentas públicas, debido a la reducción de necesidades asistenciales que sin duda generaría, seguramente hagan viable una participación de los poderes públicos en la promoción de la figura, incluso mediante ayudas cuyo importe, si se dan en el momento inicial de la operación, no tendrían un importe excesivamente elevado.

En conclusión, la posible difusión de la figura sin duda requiere una mejora de su régimen jurídico-privado, en los términos que se han venido señalando, pero no basta con ello para hacerla viable: es igualmente preciso un replanteamiento de sus coordenadas económicas y de la estructura de los productos financieros y actuariales que se ofrezcan en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Alvarez, H., *La hipoteca inversa: una alternativa económica en tiempos de crisis,* Lex Nova, 2009.

Alvarez Olalla, P., *Calificación del registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario, cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusula de vencimiento anticipado: comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)*, *Aranzadi civil-mercantil*. (1). abril 2011, pp. 21-30.

Anguita Rios, R. M., «Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», L*a Ley.* (6875). 4 febrero 2008, pp. 1-7.

Arjona Guajardo-Fajardo, J. L., *Hipoteca flotante, hipoteca inversa e hipoteca en garantía de obligación de intereses*. *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil,* Aranzadi, 2022, pp. 737-791.

Berrocal Lanzarot, A. I., *Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines, A*cademia Sevillana del Notariado. (19), curso académico 2007-2008, pp. 27-178.

Blanquer Uberos, R., «Hipotecas inversas e hipotecas de máximo». *El notario del siglo xxi*, (10), noviembre-diciembre 2006, pp. 70-73.

Contreras de la Rosa, I., «Hipoteca inversa y "prêt viager hypothécaire": ¿dos enfoques legales distintos en torno a una misma realidad*?», e*n: *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito:* VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino / Juana Pulgar Ezquerra (dir.); Carlos Vargas Vasserot (coord.); José M. Domínguez Martínez… [et al.]; prólogo de Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 419-438.

Estupiñan Caceres, R., «La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores». En: *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 197-210.

Garcia Garnica, M. C., «La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), julio 2011, pp. 91-110.

Gazquez Serrano, L., «La hipoteca inversa». En: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Ed. Aranzadi, 2018, pp. 761-776.

Jimenez Clar, A. J., «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, (113), enero-marzo 2009, pp. 97-142.

Martin Briceño, M. R., «La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes», *La Ley derecho de familia*, (2), abril 2014, pp. 41-54.

Miquel Silvestre, J. A., «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto», *La Ley,* (6924), 14 abril 2008, pp. 6-7.

Morillo Fernandez, F. J., «El crédito hipotecario inverso: la hipoteca inversa*», El notario del siglo xxi,* (17), enero-febrero 2008, pp. 162-167.

Perea Gonzalez, A., «Autoatención» y mercado hipotecario: la hipoteca inversa «protegida», *Actualidad Civil*, n. 9, 2020, pp. 1-14.

Roca Guillamon, J., «La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores». En: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* Madrid: Dykinson, 2010, pp. 657-694.

Romero Candau, P. A., «La hipoteca inversa». En: *Hacia un nuevo Derecho hipotecario* / Valerio Pérez de Madrid Carreras (coord.); prólogo Antonio Ojeda Escobar; Rodrigo Tena Arregui… [et al.], Madrid: Consejo General del Notariado, 2008, pp. 307-336.

Sanchez-Ventura Morer, I., «La hipoteca inversa diez años después: razones que explican su escasa contratación», *Revista de Derecho Privado*.,2019, pp. 97-120.

— *La hipoteca inversa en el Derecho español*, Ed. Aranzadi, 2013.

Serrano De Nicolas, A., «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado,* marzo-abril 2008, pp. 33-6.

— «La hipoteca inversa». En: *La defensa jurídica de las personas vulnerables:* seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007 / Manuel Angel Martínez García (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 327-362.

Toral Lara, E., «Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable», Actualidad Civil, (16), 16-31 septiembre 2009, pp. 1861-1879.

Vaño Vaño, M. J., «Aproximación al régimen jurídico de la hipoteca inversa». En: *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* / Francisco González Castilla (coord.)… [et al.]; Juan Bataller Grau… [et al.], València: Universitat de València, 2010, pp. 579-591.

B. Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía

Beatriz Sáenz de Jubera Higuero
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a Profesora Titular de Universidad)
Universidad de La Rioja
beatriz.saenz-jubera@unirioja.es

Resumen: *En este trabajo se analizan dos figuras que actúan con función de garantía del vendedor en el caso de venta de la vivienda habitual con aplazamiento del pago del precio: la reserva de dominio y la condición resolutoria explícita ex artículo 1504 CC. Se atiende a los principales aspectos controvertidos, fundamentalmente vinculados a la eficacia de estas garantías frente a terceros (adquirentes del bien o acreedores de alguna de las partes) y los efectos que el pago o impago del precio aplazado tiene en la posición jurídica de cada una de las partes y terceros, tanto en el ámbito registral como extrarregistral.*

Palabras clave: *Condición resolutoria. Crédito inmobiliario. Garantía. Reserva de dominio.*

Abstract: *This paper analyses two figures that act as a guarantee for the seller in the case of the sale of the habitual residence with deferred payment*

of the price: the reservation of title and the explicit resolutory condition ex artículo 1504 CC. The main controversial aspects are dealt with, fundamentally linked to the effectiveness of these guarantees with respect to third parties (purchasers of the property or creditors of one of the parties) and the effects that the payment or non-payment of the deferred price has on the legal position of each of the parties and third parties, both in the registry and extra-registry sphere.

Keywords: *Resolutory condition. Real estate credit. Guarantee. Reservation of title.*

Sumario: 1. Otras formas de garantía inmobiliaria no hipotecaria. 2. La reserva de dominio en la compraventa de vivienda habitual con aplazamiento del pago del precio: 2.1 El pacto de reserva de dominio como garantía del cumplimiento de la obligación de pago del precio. 2.2 La inscripción de la reserva de dominio. 2.3 Facultades de disposición del comprador y del vendedor sujetos a ese pacto de reserva de dominio y estando pendiente el pago del precio aplazado. 2.4 Embargo de la vivienda por deudas del comprador o vendedor estando pendiente el pago del precio aplazado. 2.5 Destrucción y daños en la vivienda estando pendiente el pago del precio aplazado: asunción de riesgos. 2.6 Efectos del pago e impago por el comprador del precio aplazado. 3. La condición resolutoria explícita del artículo 1504 CC en la venta de vivienda habitual con pago aplazado del precio: 3.1 La condición resolutoria explícita como garantía de la obligación de pago del precio aplazado. 3.2 El Registro de la Propiedad y la venta de vivienda habitual con condición resolutoria explícita. 3.3 Transmisión por el comprador de la propiedad de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio pendiente la condición resolutoria explícita. 3.4 Embargo de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio por deudas del comprador estando pendiente la condición resolutoria explícita. 3.5 Impago del precio aplazado: efectos sobre el contrato, sobre la propiedad de la vivienda y respecto a terceros: 3.5.1 Requisitos para la aplicación de la condición resolutoria explícita: el requerimiento-notificación al comprador *ex* artículo 1504 CC. 3.5.2 Eficacia retroactiva de la resolución: reinscripción; consignación y cláusula penal; y efectos sobre asientos registrales posteriores y terceros. 3.6 Cancelación registral de la condición resolutoria explícita por caducidad. Bibliografía.

1. OTRAS FORMAS DE GARANTÍA INMOBILIARIA NO HIPOTECARIA

En el tráfico jurídico el crédito hipotecario es, sin duda, el principal mecanismo financiador de la adquisición de la vivienda habitual y cualquier otro inmueble hoy en día en España. La detallada regulación existente al

respecto y la seguridad jurídica brindada por todo un sistema registral que lo acompaña en virtud de la inscripción constitutiva de la hipoteca le ha dotado de un protagonismo casi absoluto en la práctica en el marco del crédito inmobiliario.

Junto con el crédito hipotecario existen otras posibilidades de garantía para el acreedor: una algo más habitual e incluso frecuente de forma simultánea a la hipoteca, que es la garantía personal del aval o fianza (que si se constituye solidariamente supone una mayor garantía de cobro del crédito personal); y otras menos habituales en el ámbito inmobiliario y de adquisición de la vivienda habitual, pero que también pueden encontrar su hueco especialmente en tiempos como los actuales en los que el crédito bancario (principal objeto de la garantía hipotecaria) puede ir restringiéndose ante las subidas de tipos de interés o la exigencia de mayores condiciones para su concesión; me refiero en este último caso fundamentalmente a dos modalidades de garantía vinculadas a un crédito inmobiliario materializado bajo la forma de compraventa con pago de precio aplazado pactado así con el vendedor, como son la reserva de dominio y la condición resolutoria explícita o expresa *ex* artículo 1504 CC.

Sin duda el pactar un aplazamiento del pago del precio en una o varias cuotas o plazos supone una forma de financiación de ese pago al comprador con cargo al vendedor, que no verá satisfecho su interés de obtener el precio total en un solo acto. En estos casos existe un claro riesgo de impago del comprador, cuyas consecuencias pueden ser más relevantes en caso de que la entrega del bien al comprador ya se haya hecho efectiva en el mismo momento de celebración del contrato; y mayor riesgo y trascendencia aún tiene tal situación si esa venta lo es de un bien inmueble y, concretamente, la que será la vivienda habitual del comprador.

De ahí la importancia para el vendedor de prever unas garantías de ese pago; garantías que, al margen de la hipoteca (ya analizada en detalle en anteriores capítulos de esta obra) o del aval o fianza (que realmente no cuenta con ninguna especialidad en su régimen y aplicación en los casos de vivienda habitual), pasan fundamentalmente en estos casos de pago aplazado por incluir un pacto de reserva de dominio o una condición resolutoria explícita. Por ello en este trabajo me centraré en estas figuras dada la virtualidad práctica de las mismas y los efectos de su constitución y ejecución en torno a las posiciones jurídicas del vendedor y del comprador de una vivienda habitual, e incluso en sus relaciones con terceros (como los acreedores de uno u otro).

Aunque ambas tienen una finalidad de garantía del pago del precio aplazado (protegiendo los derechos del vendedor a este respecto) y, una vez producido el impago del precio, en ambos casos tiene lugar la resolución contractual de la compraventa con devolución recíproca de las pres-

taciones recibidas, los efectos jurídicos que una y otra figura producen son distintos mientras esté pendiente de cumplimiento la condición de pago a la que se sujetan (de forma suspensiva o resolutoria), como se detallará a continuación[1].

A este respecto se enfocará el análisis y estudio de estas garantías con una finalidad eminentemente práctica sobre las posiciones jurídicas del comprador y del vendedor, la eficacia transmisiva de la propiedad de ese contrato de compraventa con tales garantías, los efectos registrales, posibles embargos del bien y ejercicio de tercerías de dominio y las consecuencias del pago o impago por el comprador del precio aplazado.

2. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA HABITUAL CON APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO

2.1 **El pacto de reserva de dominio como garantía del cumplimiento de la obligación de pago del precio**

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito mobiliario, la venta con pacto de reserva de dominio no cuenta con una regulación expresa y clara en el caso de los bienes inmuebles. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia, así como la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP), antes Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), afirman desde hace muchos años ya su plena validez en este ámbito inmobiliario al amparo del artículo 1255 CC y la autonomía de la voluntad privada (entre otras, SSTS de 11 de julio de 1983, 16 de febrero de 1984, 12 de marzo de 1993, 16 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995, 20 de julio de 2000, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012), así como su inscribibilidad al amparo de lo previsto en los artículos 9.c) y 23 LH y 51.6.º RH y atendiendo a la trascendencia de sus efectos en la titularidad dominical y las facultades jurídico reales de los sujetos intervinientes (entre otras, SSTS de 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012 y RRDGRN de 12 de mayo de 2010, 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019)[2].

(1) *Vid.,* entre otras, RRDGRN de 28 de diciembre de 2017 y 4 de diciembre de 2010.

(2) Con respecto a la doctrina, *vid.,* entre otros, Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 42 ss.; Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, pp. 326 ss.; Arcos Vieira, M. L., 2013, pp. 620-621; y Zumaquero Gil, L., 2020, p. 389.

Este pacto supone básicamente, y sin ánimo de profundizar en la tradicional discusión sobre su naturaleza jurídica[3], la suspensión en el tiempo de los efectos transmisivos de la propiedad del bien al comprador hasta que éste abone la totalidad del precio en el plazo o plazos indicados (en este sentido, la fijación del plazo es esencial). No se condiciona el contrato de compraventa ni su contenido, sino que se supeditan solo los efectos transmisivos del dominio a un pago posterior en el plazo o plazos fijados y ello con una función o fin de garantía (*vid.* STS de 24 de julio de 2012)[4]. El contrato de compraventa se ha perfeccionado y las partes pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo; pero no se ha consumado plenamente la compraventa en cuanto a la transmisión de la propiedad al comprador, que a tales efectos queda «condicionada» suspensivamente al efectivo pago del total precio dentro del o los plazos pactados (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1993 y 24 de julio de 2012 y RDGRN de 28 de noviembre de 2017).

Como garantía del cobro de ese precio aplazado, hasta que éste tenga lugar en su totalidad, el vendedor retiene la propiedad del bien. No obstante, lo habitual es que en ese momento sí se entregue al comprador la posesión de dicho bien, máxime cuando se trata de un inmueble que va a ser su vivienda habitual y teniendo en cuenta los altos importes en los que consistirá el precio y que probablemente los plazos de pago se dilatarán bastante en el tiempo.

En esta situación provisional en tanto no se produzca el pago del precio aplazado, cabe afirmar que se produce una coexistencia de derechos con trascendencia real por parte de vendedor y comprador sobre ese mismo bien inmueble; coexistencia que implica limitaciones recíprocas entre ellos en cuanto a que determinará las posibilidades de actuación de cada uno, tal y como se analizará a continuación. Y ello en la medida que ni uno ni otro tendrán la plena disponibilidad de la propiedad de ese bien, sino solo de su propia posición jurídica: i) el vendedor ostenta la titularidad actual pero interina de un derecho de propiedad que actúa como mera garantía de cobro del precio y que puede resolverse *ipso iure* si se paga el precio aplazado o que puede recuperarse de modo pleno si se

(3) A este respecto, cfr., entre otros, Miquel González, J. M., 2012, pp. 169 ss.; Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 127 ss.; Rodríguez-Rosado, B., ADC, pp. 493 ss.; Sancho Martínez, L., 2023, pp. 46 ss.; Arcos Vieira, M. L., 2013, pp. 616 ss.; Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, pp. 326 ss. y de este mismo autor, 2006, pp. 55 ss. Asimismo, vid. RRDGRN de 12 de mayo de 2010 y 28 de noviembre de 2017.

(4) Conforme se advierte en la STS de 24 julio de 2012 el habitual uso de la expresión «condición» en este caso es equívoca: «El llamado pacto de reserva de dominio […] en realidad no se trata de una condición que afecte al contenido total del contrato de compraventa, pues las partes no quieren condicionarlo sino que, con finalidad de garantía, supeditan la plenitud del efecto transmisivo al momento en que se complete el pago del precio».

produce el impago, por lo que es un derecho que se encuentra limitado por la posición jurídica del comprador; y ii) por su parte, el comprador tiene un derecho expectante[5] con cierta eficacia jurídico real protegible, determinada por la firme expectativa de que efectivamente esa situación se tornará en plena titularidad del dominio, que se obtendrá *ipso iure* (sin necesidad de ulteriores consentimientos ni declaraciones) si se abona la totalidad del precio aplazado[6].

2.2 **La inscripción de la reserva de dominio**

Con carácter general la reserva de dominio se incorporará al contrato de compraventa como una cláusula del mismo reflejando tal pacto[7]. Pero la publicidad registral de la transmisión pretendida con ese contrato de compraventa no es obligatoria ni tampoco es, por tanto, ni obligatoria ni constitutiva la inscripción de la reserva de dominio. Pero lo más frecuente en la práctica, tratándose de la venta de una vivienda habitual, es que sí se haga constar en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, dicha inscripción resulta relevante y oportuna si se quiere dar publicidad a su existencia dados los efectos jurídico reales que tal pacto de reserva determina sobre las efectivas facultades dispositivas de comprador y vendedor (limitadas objetivamente a su concreta posición jurídica en ese bien) y el ámbito de su responsabilidad patrimonial frente a terceros respecto de ese bien (igualmente limitado a la posición jurídica que ostentan cada uno sobre el mismo): RDGRN de 28 de noviembre de 2017. Para ambas partes la inscripción de la reserva de dominio puede resultar importante, avisando a terceros de la real situación existente y de la posición jurídica que cada uno de ellos tiene respecto del bien estando pendiente la reserva, lo que, como se acaba de indicar, tendrá sus efectos en el marco de posibles transmisiones del bien a terceros o posibles embargos por acreedores de una u otra parte, con ejercicio de tercería de dominio llegado el caso, tal y como se detallará en apartados siguientes.

---

(5) Sobre la situación expectante del derecho del comprador *vid.,* entre otros, Zumaquero Gil, L., 2020, pp. 383 ss. Cfr. Sancho Martínez, L., 2023, pp. 376 ss. Como derecho expectante también es reconocido y calificado el derecho del comprador por la RDGRN de 28 de noviembre de 2017 y por el Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 12 de marzo de 1993.

(6) *Vid.,* entre otros, Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, pp. 329 ss.; y Zumaquero Gil, L., 2020, pp. 384 ss., quien califica las titularidades de vendedor y comprador en esta situación transitoria como titularidad interina y titularidad preventiva, respectivamente. Asimismo, *vid.* RRDGRN de 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019 y la STS de 16 de marzo de 2007, entre otras.

(7) También es posible que se haga como un acuerdo independiente, pero vinculado a ese contrato de compraventa en la medida que le afecta.

La oportunidad y viabilidad de su publicidad registral viene afirmada por nuestro Alto Tribunal y la DGRN desde hace años (así, entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1993, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012 y RRDGRN de 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019), amparada fundamentalmente en el artículo 23 LH. Como señala la STS de 24 de julio de 2012: «El llamado pacto de reserva de dominio se nos presenta como uno de los diferentes actos de trascendencia real que el Registro de la Propiedad publica (art. 23 Ley Hipotecaria), con los importantes efectos que ello conlleva» (8).

Además, la publicidad registral de esta reserva de dominio evitará la protección de terceros adquirentes del bien *ex* artículo 34 LH por falta de buena fe de ese tercero y porque no podría adquirir la plena propiedad a la vista del contenido del Registro de la Propiedad y de la titularidad registral efectivamente publicada respecto a su transmitente.

Así pues, la publicidad registral se torna como el mecanismo más eficaz para consolidar el uso de esta figura como garantía y evitar la mayoría de los supuestos litigiosos que se producen en torno a ella (9).

2.3 **Facultades de disposición del comprador y del vendedor sujetos a ese pacto de reserva de dominio y estando pendiente el pago del precio aplazado**

A este respecto, debe atenderse en este caso a una máxima por todos reconocida cual es que uno no puede transmitir aquello que no tiene; y esto tiene su reflejo también en estos casos de reserva de dominio (*Vid.*, entre otras las SSTS de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012) (10). De forma que, si llegado el momento decae el derecho expectante del transmitente, también decaerá el derecho de ese tercero.

El comprador no podrá transmitir a terceros la propiedad de la vivienda adquirida con reserva de dominio en la medida que, estando pendiente el pago del precio, aún no ha adquirido su propiedad. Ahora bien, sí que cuenta con una posición jurídica con trascendencia real protegible por el Derecho, también frente a terceros, una vez inscrita; y tal posición

(8) Entre otros, *vid.* Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 77 ss.

(9) Como señala Montánchez Ramos, *lege ferenda* sería deseable a este respecto la previsión de la inscripción de la reserva de dominio como constitutiva (Montánchez Ramos, M., 2006, p. 142).

(10) Asimismo, *Vid.* Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, p. 332 y de este mismo autor, 2006, pp. 221 ss.; Legerén-Molina, A., RCDI, pp. 277 ss.; Egusquiza Balmaseda, M. A., 2013, p. 613; y Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 93 ss.

jurídica puede ser objeto de transmisión y ser defendida al amparo de los artículos 1112 y 1121 CC, tal y como advierte la STS de 26 de marzo de 2007 (FJ 3.º). La transmisión que efectúe el comprador a terceros solo podrá limitarse a lo que efectivamente él tiene, que es un derecho en expectativa, que se convertirá en plena propiedad solo en el caso de que se abone el precio total de venta[11]. La transmisión en todo caso únicamente será de aquello que tiene el comprador en ese momento, de modo que el tercero adquirirá la posibilidad de obtener la plena propiedad de la vivienda solo en el caso de que se pague la totalidad del precio; precio que nada obsta precisamente a que sea abonado por ese tercero en el marco de la relación convenida con el comprador inicial (*vid.,* entre otras, RRDGRN de 28 de noviembre de 2017 y de 12 de mayo de 2010 y STS de 16 de marzo de 2007).

En la medida que la reserva de dominio esté inscrita, como tal ese tercero no podrá estar protegido por el artículo 34 LH pues la posición jurídica transmisible esta publicitada y delimitada a ese respecto.

Ahora bien, en este caso lo cierto es que, aun no estando inscrita tal situación, tampoco surgiría la figura del tercero hipotecario pues el comprador no aparecerá como titular registral (en cambio el vendedor tal vez sí aparezca bajo ese concepto) por lo que ese tercero no cumplirá con el requisito exigido para ser protegido por el artículo 34 LH de adquirir de un titular registral. En tal caso, de hacerse efectiva la reserva de dominio por impago del precio aplazado, el comprador no podrá transmitir realmente la propiedad de la vivienda al tercero y deberá devolver la posesión al vendedor inicial, como se detallará más adelante; y la situación de ese tercero de buena fe (por desconocer la existencia de esa reserva) pero no protegido por el artículo 34 LH deberá solucionarse por las reglas aplicables al incumplimiento contractual o del saneamiento por evicción en su caso (art. 1475 CC), pero ya en el marco de su concreta relación con su vendedor (el comprador inicial con la reserva de dominio desconocida por ese tercero); incluso se ha puesto la atención en las normas sobre venta de cosa ajena y sobre la doble venta como reglas a poder tener en cuenta en estos casos[12]. Si se hubiera pagado el precio aplazado, entonces, con independencia de la falta de inscripción de la reserva, el resultado sería el mismo que de estar inscrita: el tercero podrá adquirir la plena propiedad, pues lo que realmente era solo una expectativa se torna realidad por ese pago.

---

(11) *Vid.,* Zumaquero Gil, L., 2020, pp. 398-400.

(12) Incluso, según indica Rodríguez-Rosado, podría plantearse una usucapión de la propiedad del bien por ese tercero si se cumplen los requisitos para ello: *vid.* Rodríguez-Rosado, B., ADC, pp. 541-542; Arcos Vieira, M. L., 2013, pp. 619 y ss; SSTS de 18 de septiembre de 1996 y 14 de octubre de 2003 que vendrían a confirmar tal posibilidad.

Por lo que se refiere al vendedor, éste, aun reteniendo la propiedad de la vivienda hasta el total pago del precio de la compra, no podría disponer sin más de ese derecho pleno, pues, como tal, su posición jurídico real se encuentra limitada por la posición jurídica del comprador (RDGRN de 25 de abril de 2019). Pero, aparte de transmitir su derecho de crédito contra el comprador para cobrar el precio aplazado pendiente de pago, en lo que al bien respecta nada obsta a que si quiere el vendedor sí podría transmitir su concreta posición jurídica: es decir, un derecho real de propiedad condicionado[13] que puede extinguirse si el comprador abona la totalidad del precio aplazado, o que puede volver a ser pleno de verificarse el impago, pudiendo recuperar la posesión del bien; por tanto, podría transmitir una expectativa a recuperar la propiedad plena con su posesión[14]. Ahora bien, en la práctica esa transmisión a tercero solo sería interesante en caso de que el comprador ya esté incumpliendo los plazos de pago previstos y, por tanto, pueda preverse con bastante probabilidad que al final ese tercero sí que adquirirá la vivienda; si el comprador estuviera cumpliendo con los plazos previstos y pagando regularmente, cabe pensar que razonablemente eso seguiría así hasta el final y, por lo tanto, ningún tercero estaría interesado en contratar con el vendedor para adquirir un derecho «expectante» que después no se materializará en ninguna adquisición real porque la primera venta se consumó definitivamente al abonarse todo el precio por el comprador[15].

Como ya se ha indicado antes, el hecho de que la reserva de dominio se encuentre inscrita y goce de publicidad registral evitaría el surgimiento de terceros protegidos por el artículo 34 LH.

Pero si no hubiera inscripción de la venta ni, por ello, de la reserva de dominio hecha, si el vendedor fuera titular registral y celebrara una venta con un tercero, en principio podría plantearse la protección de ese tercero por el artículo 34 LH y en tal caso el comprador se encontraría después en una situación difícil para obtener la propiedad efectiva del bien pese al pago total del precio aplazado; ahora bien, en este caso cabría discutir la buena fe del tercero (y con ello el poder ser protegido por el artículo 34 LH) habida cuenta de la apariencia de titularidad del comprador derivada de la posesión en concepto de dueño[16].

Efectuada la venta de la vivienda por el vendedor, sin que conste inscripción, desconociendo el tercero la existencia de la reserva y sin

(13) La propiedad del vendedor se encuentra sujeta en este caso a una condición resolutoria si el precio se paga totalmente. *Vid.* RDGRN de 25 de abril de 2019.

(14) Entre otros, *vid.* Montánchez Ramos, M., 2006, p. 125.

(15) *Vid.* Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, pp. 331-332.

(16) *Vid.,* entre otros, Rodríguez-Rosado, B., ADC, p. 541; y Arcos Vieira, M. L., 2013, p. 619, quien califica como condicional a esa posesión en concepto de dueño.

estar protegido por el artículo 34 LH, en tal caso, si el comprador no paga el precio aplazado, esa expectativa de plena propiedad que es lo que adquirió ese tercero se podrá tornar en efectiva propiedad al poder resolverse la venta inicial y poder transmitirse la propiedad de la vivienda a ese tercero de modo eficaz y pleno. Pero si el comprador abona el precio en los plazos convenidos, en tal caso la propiedad del vendedor se resolvería y realmente el vendedor no podrá entregar ni transmitir nada a ese tercero, a quien a lo sumo le quedará acudir a las reglas generales sobre incumplimiento contractual y, en su caso, al saneamiento por evicción[17].

2.4 **Embargo de la vivienda por deudas del comprador o vendedor estando pendiente el pago del precio aplazado**

Situación directamente relacionada con la anterior es la posibilidad de trabar embargos sobre la vivienda habitual por deudas del comprador o del vendedor.

A este respecto, cabe recordar que los embargos suponen una traba de bienes que deben ser propiedad del deudor de los créditos que son la causa de esos embargos; de no ser el deudor el propietario, quien afirme ostentar realmente esa titularidad podría ejercitar una tercería de dominio con el fin de levantar esa traba y liberar el bien. Asimismo, debe tenerse en cuenta, que tratándose de vivienda habitual, la regulación protectora de esa especial circunstancia viene a determinar en distintos ámbitos reglas particulares en orden a que la traba de la vivienda habitual solo pueda hacerse como último recurso en caso de imposibilidad de acudir a otros bienes del deudor, o requisitos estrictos de impago para poder proceder contra la vivienda habitual de modo forzoso[18]. En este trabajo por razones de espacio no me detendré en esas especiales circunstancias que pueden dificultar el embargo de la vivienda habitual, sino al objeto de embargo en el caso de producirse este, teniendo en cuenta la reserva de dominio existente y las posibles actuaciones de la parte no deudora para defender su posición jurídica respecto a esa vivienda embargada.

---

(17) A este respecto, Arcos Vieira afirma que cabría plantearse la situación de venta a un tercero de buena fe como un supuesto de doble venta *ex* artículo 1473 CC; y conforme indica Rodríguez-Rosado, especialmente en los supuestos de falta de inmatriculación de la finca, en tal caso, no existiendo inscripción ni de comprador ni del tercero, el criterio de la primera posesión de buena fe previsto en el artículo 1473 CC se acogería como criterio determinante y, en tal caso, es el comprador inicial quien se vería protegido con preferencia al tercero: *vid.* Rodríguez-Rosado, B., ADC, p. 542; y Arcos Vieira, M. L., 2013, p. 619.

(18) Así: normativa sobre segunda oportunidad, sobre crédito inmobiliario y protección de deudores hipotecarios, sobre ejecución de deudas de Seguridad Social o con Hacienda…

Al igual que se ha señalado antes respecto de la transmisión o venta del bien, en este caso los embargos para que pudieran hacerse efectivos solo podrían recaer sobre lo que realmente tiene el deudor en cada caso: i) por parte del vendedor un derecho de crédito a cobrar el precio aplazado pendiente de pago y/o, centrándonos en el bien, un derecho de propiedad condicionada y de posible extinción o en expectativa de nueva consolidación según se abone o no por el comprador la totalidad del precio pendiente; ii) y, en caso del comprador, un derecho en expectativa de obtener la propiedad plena de la vivienda si se abona la totalidad del precio aplazado[19].

Si la reserva de dominio está inscrita, no habrá problemas en que efectivamente el embargo anotado sobre el bien se ajuste al ámbito concreto del derecho o posición jurídica que el deudor (vendedor o comprador) tenga sobre ese bien.

Pero si la reserva de dominio no está inscrita, en tal caso es posible que se efectúe un embargo del bien excediéndose de la posición jurídica que realmente ostenta el deudor. De ahí que se plantee el ejercicio de tercerías de dominio respectivamente por vendedor o comprador ante embargos efectuados sobre la vivienda por deudas de la contraparte; tercerías que se reconoce que pueden ejercitar al amparo de los artículos 1112, 1120 y 1121 CC.

El ejercicio de la tercería de dominio por el vendedor en estos casos de existencia de reserva de dominio no se ha puesto en duda: así, entre otras, SSTS de 27 de mayo de 2008, de 6 de junio de 2008 y de 1 de marzo de 2017, además de las resoluciones en ellas citadas. Fundamentalmente ello se basa en que esa reserva de dominio actúa en función de garantía y como tal debe preservar los derechos del vendedor ante el embargo o enajenación del bien, pues de lo contrario esa finalidad y voluntad de garantía causa de la reserva de dominio se vería frustrada[20]; incluso se ha afirmado que, aunque la titularidad registral del vendedor no constase, éste podría ejercitar la tercería y el acreedor embargante y anotante del embargo no se vería protegido[21].

Sin embargo, con respecto al comprador inicialmente la jurisprudencia negaba que pudiera ejercitar la tercería de dominio ante embargos trabados por deudas del vendedor (por todas, SSTS de 11 de julio de 1983 y 30 de octubre de 1983). Pero tras la STS de 19 de mayo de 1989 su

(19) *Vid.,* entre otros, Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 125-126; Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, p. 332; Legerén-Molina, A., RCDI, p. 278; y Zumaquero Gil, L., 2020, pp. 381 ss.

(20) *Vid.* Rodríguez-Rosado, B., ADC, p. 537.

(21) Según afirma Rodríguez-Rosado esto vendría justificado porque «la anotación preventiva de embargo es un asiento con eficacia meramente negativa, es decir, de inoponibilidad y no de fe pública» (Rodríguez-Rosado, B., ADC, pp. 537-538). Cfr. Espejo Lerdo de Tejada, M., 2006, pp. 170 ss.

admisibilidad ya está unánimemente aceptada entre la jurisprudencia y la doctrina, basándose en los artículos 1112, 1120 y 1121 CC y atendiendo a la ya comentada posición jurídico real que ostenta el comprador por el hecho de la entrega y posesión del bien y por reconocérsele un derecho expectante que debe ser protegido frente a terceros (incluidos los deudores del vendedor) (22). Incluso se ha admitido esa tercería de dominio aunque la compraventa o la reserva de dominio (o ambas) no estuviera inscrita, en tanto el comprador pruebe que la fecha de la venta es anterior al embargo (23).

Respecto al alcance a dar al levantamiento de ese embargo, Espejo Lerdo de Tejada afirma que debiera tenerse en cuenta el grado de cumplimiento del comprador en cuanto al pago efectivamente ya hecho del precio en los plazos previstos, de manera que el levantamiento del embargo será total si se pagó todo (lógico, en la medida que entonces la propiedad del vendedor se extingue por consolidarse *ipso iure* tal derecho bajo la titularidad del comprador, como detallaré a continuación), mientras que si aún quedan plazos por cumplir no podrá levantarse el embargo aunque sí circunscribirlo y limitarlo únicamente a la concreta posición y titularidad dominical de garantía que ostenta el vendedor (por tanto, siguiendo la misma regla que se ha indicado reiteradamente en este trabajo de que solo se podrá disponer de aquello que realmente se tiene).

Por último, dentro de este apartado cabe atender a los efectos que el pago o no del precio aplazado tiene sobre esos embargos:

a) Si el comprador ha abonado parte del precio, podría levantarse parcialmente el embargo efectuado, ya sea por deudas del comprador o del vendedor, tras el planteamiento de la tercería de dominio por la parte contraria, a fin de que se circunscribiera el embargo exactamente a la posición jurídica que ostenta el deudor en relación con ese bien y atendiendo a la función de garantía que cumple la reserva de dominio (24).

---

(22) Entre otras, *Vid.,* SSTS de 19 de mayo de 1989, 12 de marzo de 1993, 16 de julio de 1993, 22 de febrero de 1995, 7 de octubre de 1995, 3 de julio de 1996, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 25 de junio de 2007. Asimismo, cfr., entre otros, Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 122-124; Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, pp. 332-333; y Zumaquero Gil, L., 2020, pp. 392 ss.

(23) *Vid.* Legerén-Molina, A., RCDI, p. 281 y notas 84 y 88; Rodríguez-Rosado, B., ADC, pp. 538-539; Espejo Lerdo de Tejada, M., 2006, pp. 170 ss.; y, entre otras, SSTS de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995, 3 de julio de 1996, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 25 de junio de 2007.

(24) En cuanto al alcance a dar al levantamiento del embargo, Espejo Lerdo de Tejada afirma que debiera tenerse en cuenta el grado de cumplimiento del comprador respecto al pago efectivamente ya hecho del precio en los plazos previstos (Espejo Lerdo de Tejada, M., RADP, p. 333). Por su parte, Legerén-Molina viene a defender que la situación del comprador y su derecho expectante a consolidar efectivamente una propiedad plena es más protegible si ese comprador está cumpliendo con su obligación de pago de modo reiterativo y oportunamente en los plazos previstos que en el caso

b) En caso de que el comprador abone todo el precio aplazado, como luego se detallará más, eso determina la consumación total de la venta con la adquisición plena de la propiedad por el comprador y la extinción de la reserva de dominio y de la titularidad dominical del vendedor; en tal caso el embargo trabado por deudas del vendedor debería levantarse totalmente (y si es en ese momento cuando se ejercita la tercería de dominio por el comprador, habiéndose abonado todo el precio, entonces dicha tercería vencería por completo). Si el embargo se hubiera efectuado por acreedores del comprador, entonces la traba se extenderá ya sí a la propiedad plena del bien (y no solo a ese derecho expectante del comprador, pues ya no es tal) (25).

c) Si, por el contrario, el comprador no abona el precio en los plazos pactados, incumpliendo así su obligación, en tal caso se resolverá la venta y eso determinará que como tal se libere el bien del embargo realizado por deudas del comprador, pues éste ya no tiene ningún derecho sobre el bien que merezca protección en este ámbito dominical (venciendo la tercería de dominio ejercitada por el vendedor en caso de que precisamente el embargo se hubiera realizado habiéndose impagado el precio y resuelto ya la venta); pero se verá sustituido el objeto del embargo por el crédito del comprador sobre la devolución de las cantidades percibidas por el vendedor en esa venta tras su resolución, o sobre las cantidades mismas cuando se abonen. Por lo que se refiere al embargo hecho por los acreedores del vendedor, la resolución de la venta determinará la consolidación de la titularidad dominical plena del vendedor, de modo que ese embargo se extenderá en este caso a la actual posición jurídica del vendedor, ya plena y no condicionada o limitada en función o finalidad de garantía (26).

2.5 **Destrucción y daños en la vivienda estando pendiente el pago del precio aplazado: asunción de riesgos**

Con base en esa especial posición jurídica de ambas partes respecto del bien, en la que se ha incidido durante todo este trabajo, aunque es cierto que el vendedor tiene aún la propiedad del bien y como tal le incumbe el deber de conservación del mismo, debe tenerse en cuenta que esa titularidad del vendedor lo es en función de garantía y que el comprador tiene la posesión plena, el uso y el disfrute de la vivienda.

---

del comprador que simplemente ha abonado un primer pago pero le quedan aún muchos plazos que cumplir (Legerén-Molina, A., RCDI, pp. 277-280).

(25) *Vid.* Rodríguez-Rosado, B., ADC, p. 538.

(26) *Vid.* Rodríguez-Rosado, B., ADC, p. 538.

Esto ha llevado a afirmar mayoritariamente que el riesgo por los daños y pérdida que sufra el bien en estos casos de venta con reserva de dominio lo debe soportar el comprador, por su proximidad directa e inmediata con el bien y por su posición expectante con trascendencia jurídico real determinada además porque la conversión de esa expectativa en titularidad dominical plena depende de su propia conducta en relación con el pago del precio[27]. Ello al margen, por supuesto, de las acciones que puedan reconocérsele contra el responsable efectivo de esos daños por acción u omisión.

Cuestión que merece atención, por otro lado, es qué sucede con respecto a los daños que sufra el bien cuando se ha producido el impago del precio aplazado y el vendedor hace efectiva la reserva de dominio en tanto no se le entrega por el comprador la posesión del bien. En este caso, siguiendo a Rivera Fernández cabe considerar aplicables las normas generales sobre liquidación de los estados posesorios y concretamente lo previsto en el artículo 457 CC[28].

2.6 **Efectos del pago e impago por el comprador del precio aplazado**

En el caso de que el comprador abone la totalidad del precio aplazado este adquirirá automáticamente *ipso iure* (sin necesidad de nuevos consentimientos o declaraciones) la plena propiedad del bien. Y correlativamente tendrá lugar la extinción *ipso iure* de la titularidad dominical del vendedor.

Si por el contrario el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio en los plazos acordados, entonces el vendedor podrá hacer valer esa reserva de dominio, resolver la venta y ejercitar la acción reivindicatoria (judicial o extrajudicialmente) para así recuperar la posesión de la vivienda. En este caso la reserva de dominio no se ejecutará *ipso iure* retornando automáticamente la propiedad plena del bien a la titularidad del vendedor y recuperando su posesión: resulta necesario instar la resolución de la compraventa (judicial o extrajudicialmente) dada la situación

(27) Entre otros, *vid.* Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 107-109; Rivera Fernández, M., 1993, pp. 75 ss.; y Galicia Aizpurua, G., 2014, pp. 135 ss. Según señala este último autor: «En puridad, el único motivo que realmente justifica la imposición del *periculum obligationis* al comprador sometido al pacto en análisis es la *función de mera garantía que corresponde a la propiedad que se ha reservado el vendedor*, pues tal función "no autoriza a atribuirle unos riesgos que no pueden considerarse incluidos" en ella. Es, dicho de otro modo, el carácter *vacío* o *formal* de la titularidad que retiene el enajenante lo que explica y sirve de fundamento a la solución» (Galicia Aizpurua, G., 2014, pp. 141-142).

(28) Montánchez Ramos, M., 2006, pp. 107-109; Rivera Fernández, M., 1993, p. 77. Comparte esta solución Montánchez Ramos, M., 2006, p. 109.

posesoria legítima existente a favor del comprador y con el fin, además, de que se produzcan los efectos propios de tal resolución con carácter retroactivo, consistentes fundamentalmente en la devolución de las prestaciones percibidas por cada una de las partes (cfr. artículo 1123 CC); en el marco de esa resolución y como consecuencia de ella es por lo que el vendedor podrá instar la recuperación de la vivienda y su posesión de forma legítima e inatacable [29].

Desde el punto de vista registral, debe tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 23 LH: «El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse».

Es preciso que los terceros que tuvieran derechos o cargas registrales sobre el bien que pudieran verse cancelados o afectados por esa situación de impago o pago y, por lo tanto, ejecución de la reserva de dominio o consolidación de la propiedad expectante, puedan conocer la situación o, en su caso, participar en el proceso de resolución para defender sus derechos (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017).

De modo que en caso de pago del comprador deberá hacerse constar tal circunstancia al determinar la consumación de la adquisición de la propiedad por el comprador; podrá hacerse valer frente a terceros en cuanto se haya inscrito.

Y en caso de que el comprador no cumpliera con su obligación, la resolución contractual por el impago y ejecución de la reserva de dominio afectará a terceros titulares de derechos sobre el bien que quedarían extinguidos por la resolución en cuanto que tal circunstancia se haya hecho constar en el Registro o hayan podido intervenir en el proceso de resolución para evitar la indefensión (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017).

A este respecto, y también en el marco registral, debe advertirse que para que se pueda proceder a la cancelación de la titularidad del comprador, la DGRN (actual DGSJFP) exige la consignación de todas las cantidades percibidas por el vendedor del comprador por esa venta (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017). Dicho Centro Directivo ha venido aplicando en estos casos de reserva de dominio de forma analógica lo previsto en el artículo 175.6.º RH para las condiciones resolutorias explícitas (que se analizarán a continuación en este

(29) Entre otros, *vid.* Espejo Lerdo de Tejada, M., 2006, pp. 162-163 y 168-169; Rivera Fernández, M., 1993, p. 61; y Galicia Aizpurua, G., 2013, pp. 642-643.

trabajo) y, a los efectos de practicar esa cancelación registral, exige la consignación de la totalidad de las cantidades percibidas sin que el vendedor quede eximido de tal obligación por la existencia de una cláusula penal en el contrato que le permitiera en el caso del impago del precio quedarse con todas o parte de las cantidades abonadas por el comprador. De modo que a estos efectos registrales extrajudiciales no podrá realizarse ninguna compensación de cantidades por ello, sino que deberá consignarse la totalidad de lo percibido del comprador. Ello sin perjuicio de que el vendedor reclame al comprador las cantidades que entienda le correspondan por aplicación de esa cláusula penal, pudiendo tener lugar la corrección judicial conforme al artículo 1154 CC (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017) [30].

3. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA DEL ARTÍCULO 1504 CC EN LA VENTA DE VIVIENDA HABITUAL CON PAGO APLAZADO DEL PRECIO

3.1 **La condición resolutoria explícita como garantía de la obligación de pago del precio aplazado**

Otra de las posibles garantías del crédito inmobiliario materializado en el aplazamiento del pago del precio de venta de un inmueble, en este caso, la vivienda habitual, es la inclusión de una condición resolutoria explícita en el contrato de venta, regulada en el artículo 1504 CC.

A diferencia del caso de la reserva de dominio antes analizada, con la condición resolutoria explícita la venta sí se ha perfeccionado y consumado al celebrarse el contrato, de modo que sí se ha transmitido la propiedad de la vivienda y el comprador es el nuevo propietario de la misma, si bien dicha propiedad quedaría resuelta en caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado conforme a lo indicado en el artículo 1504 CC. De este modo, la condición se configura como una garantía del vendedor del cumplimiento efectivo de la obligación de pago del precio; si esta no se cumple, la venta queda resuelta y, como luego se detallará más, la vivienda volverá a ser de propiedad del vendedor [31].

Esta condición resolutoria explícita o expresamente pactada no debe confundirse con la resolución contractual prevista (y considerada

(30) Sobre esta cuestión, *vid.,* entre otros, García Vicente, J. R., CCJC, pp. 100 ss.

(31) En cierto modo, y atendiendo a la categoría de derechos en expectativa que se comentó en el anterior apartado, podría decirse que el vendedor en este caso tendría un derecho expectante a la recuperación de la titularidad dominical del bien, en caso de impago del precio.

implícita) de modo general para todas las obligaciones recíprocas según el artículo 1124 CC ante el incumplimiento por una de las partes (cualquiera de ellas) de aquello a lo que se obliga por el contrato: *Vid.,* entre otras, la STS de 11 de mayo de 2021. Lo previsto y regulado en el artículo 1504 CC se refiere a una situación más especial y concreta cual es la venta de un bien inmueble con aplazamiento del pago del precio y ante el caso específico de incumplimiento de esa obligación de pago por el comprador (no con respecto a otras obligaciones derivadas del contrato de compraventa: entre otras, SSTS de 27 de septiembre de 2007, 11 de julio de 2008 y 6 de septiembre de 2010). Aunque por nuestra jurisprudencia se ha venido admitiendo en muchas ocasiones el carácter complementario de ambos preceptos (exigiéndose así que en el caso de la aplicación del artículo 1504 CC la resolución cumpla con los requisitos propios exigidos para el artículo 1124 CC)[32], también matiza tal conclusión e incide en la especialidad del artículo 1504 CC, advirtiendo de algunas diferencias en su tratamiento y ejecución como se verá a continuación[33].

3.2 El Registro de la Propiedad y la venta de vivienda habitual con condición resolutoria explícita

La venta de la vivienda habitual con condición resolutoria no tiene que realizarse obligatoriamente mediante escritura pública, salvo que quiera inscribirse y acceder al Registro de la Propiedad, en cuyo caso sí sería necesaria esa escritura pública. En la práctica, lo más frecuente es que sí que acceda al Registro.

De interesarse tal publicidad, en este caso debe tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 11 LH, conforme al cual deberá hacerse constar en el título a inscribir la forma en que se hubiera hecho o convenido el pago del precio en metálico acordado; y, de expresarse el aplazamiento del pago, para que éste surta efectos en perjuicio de terceros, y al margen de

(32) Así: el incumplimiento de una de las partes, el cumplimiento por la otra parte de sus obligaciones contractuales y una voluntad o hecho definitivo obstativo al cumplimiento frustrándose el fin del contrato y las legítimas expectativas de la parte que insta la resolución, aunque, más que la voluntad rebelde al cumplimiento, para el caso de la resolución *ex* artículo 1504 CC se señala como presupuesto el hecho objetivo del incumplimiento. *Vid.,* entre otras, SSTS de 16 de mayo de 1993, 9 de julio de 1993, 21 de septiembre de 1993, 29 de abril de 1994, 6 de febrero de 1996, 20 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2002, 17 de marzo de 2011 y 15 de diciembre de 2011.

(33) Fundamentalmente diferencias referidas a la necesidad de requerimiento judicial o notarial para impedir el pago liberatorio del comprador; y la imposibilidad de que el Juez conceda una moratoria de pago. Sobre esta cuestión, *vid.,* entre otros, Vaquero Pinto, M. J., 2013, pp. 1653 ss.

la constitución de la hipoteca, deberá darse expresamente a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita[34].

Así pues, de hacerse constar en el Registro tal condición resolutoria, ésta será oponible a terceros y con ello tendrá cierta trascendencia real (que no significa que por ello mute su condición y se convierta en derecho real)[35]. Con la inscripción los terceros conocerán tal hecho y la propiedad del comprador aparecerá en tal caso sujeta al mismo, con las consecuencias que ello determinará en caso de impago del precio por el comprador y la aplicación de la resolución acordada con carácter retroactivo, y también en los supuestos de transmisión de la propiedad a terceros pendiente tal condición, e incluso de embargos del inmueble, como se analizará en posteriores apartados de este trabajo.

3.3 **Transmisión por el comprador de la propiedad de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio pendiente la condición resolutoria explícita**

Dado que la venta se ha perfeccionado y consumado en cuanto a la transmisión de la propiedad al comprador, éste tiene la facultad de transmitir a un tercero la propiedad de esa vivienda; ahora bien, la transmitirá sujeta a esa condición resolutoria que garantiza el pago del precio aplazado.

Si la venta inicial se hizo mediante escritura pública y se inscribió en el Registro de la Propiedad esa venta y la propiedad del comprador, entonces se haría constar también la condición resolutoria explícita, de modo que tendrá efectos o trascendencia real como se acaba de indicar y afectará al tercero adquirente; éste se verá afectado por ella en caso de que se haga efectiva por el impago del precio aplazado de esa primera venta, sin que pueda quedar protegido por el artículo 34 LH pues no puede alegar buena fe al existir esa publicidad registral (*vid.,* entre otras, RDGRN de 26 de noviembre de 2012 y RDGSJFP de 21 de febrero de 2023).

Y si la venta inicial se hizo en documento privado sin acceso al Registro y el tercero desconoce la existencia de esa condición resolutoria, tampoco quedará protegido por el artículo 34 LH en cuanto que su transmitente (el comprador inicial) no es titular registral. Y en caso de que la venta inicial se resolviera por impago del precio aplazado, por los

(34) Sobre la inscripción de la condición resolutoria, *vid.,* entre otros, Gómez Gálligo, F. J., RCDI, pp. 2467-2469 y 2481 ss.; Robles Latorre, P., 2013, pp. 1677 ss.; y Díaz Romero, G., 2014, pp. 122 ss.

(35) Entre otros, *vid.* Azofra Vegas, F., RCDI, pp. 721-724.

efectos retroactivos de esa resolución de la venta, cuando ésta se haga efectiva, entonces deberá devolverse el bien al vendedor inicial y el tercero se quedaría sin el mismo; en tal caso su situación debería solucionarse dentro del ámbito concreto de su relación contractual personal con su transmitente (RRDGRN de 24 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2005) por las reglas generales de la contratación y, en el marco de esa compraventa, podría dirigirse contra su propio vendedor (el comprador inicial con pago aplazado del precio) por saneamiento por evicción *ex* artículo 1475 CC[36].

3.4 **Embargo de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio por deudas del comprador estando pendiente la condición resolutoria explícita**

En este caso, estando pendiente la condición resolutoria la propiedad de la vivienda la tiene el comprador, aun condicionada, de modo que podrían hacerse efectivos embargos sobre esa vivienda por deudas que tuviera el comprador con terceros.

Pero el embargo se llevará a cabo en los términos en que aparezca la titularidad inscrita: es decir, la propiedad del comprador sujeta a condición resolutoria por el pago del precio aplazado.

De modo que, si finalmente no se paga el precio aplazado, la venta se resolverá y, en tal caso, el bien quedaría libre de embargo (pues la retroactividad de la resolución determina que la situación del inmueble quede tal y como estaba al tiempo de celebrarse la venta con precio aplazado y ese embargo no existía entonces), sustituyéndose el objeto del embargo, vía subrogación real, por las cantidades que se pagaron como precio y que el vendedor debe devolver o por el derecho del crédito del comprador contra el vendedor para reclamar la devolución de esas cantidades (entre otras, RDGRN de 10 de diciembre de 2015).

A continuación, en el siguiente apartado de este trabajo se detallarán los efectos que sobre los terceros puede tener la efectiva resolución de la venta y las exigencias previstas de cara a la reinscripción del bien a favor del vendedor y con respecto a los terceros titulares de derechos, cargas o embargos, que se verían extinguidos y cuyos asientos se cancelarían.

(36) En tal sentido el vendedor tendría un derecho anterior a la adquisición del tercero (tal y como exige el artículo 1475 CC) pudiendo considerarse a tal efecto ese derecho en expectativa a recuperar el bien, pero, sobre todo, atendiendo al carácter retroactivo de la resolución de la primera venta, que determinaría que la situación real fuera la existente al momento de la celebración de la primera venta a plazos, como si ésta nunca hubiera tenido lugar, de modo que el vendedor sería el propietario por un derecho existente y efectivo anterior a la adquisición de ese tercero.

3.5 **Impago del precio aplazado: efectos sobre el contrato, sobre la propiedad de la vivienda y respecto a terceros**

A continuación me referiré a las principales cuestiones vinculadas al impago del precio, cumpliéndose con ello la condición resolutoria.

El pago del precio determinará que ya la condición no se cumplirá, ni con ello la resolución de la venta, consolidándose la propiedad del comprador de modo definitivo. Esta circunstancia de consumarse la adquisición del derecho se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, conforme indica el artículo 23 LH. Asimismo, cabría cancelar el asiento relativo a la condición resolutoria explícita por voluntad del titular (el comprador) y en cuanto así conste por documento público o sentencia judicial firme el pago del precio[37].

3.5.1 *Requisitos para la aplicación de la condición resolutoria explícita: el requerimiento-notificación al comprador ex artículo 1504 CC*

En caso de que el comprador no cumpla con su obligación de pago del precio aplazado se aplicará la condición resolutoria prevista en el contrato. Pero la resolución de la venta no será automática, sino que se exige el previo requerimiento notarial o judicial al comprador en los términos indicados en el artículo 1504 CC.

Como ya se ha indicado anteriormente, este precepto acoge una regla especial con respecto a lo previsto en el artículo 1124 CC. Para la aplicación de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 CC se exige:

a) Que se trate de una condición incluida en un contrato de compraventa de un inmueble con aplazamiento del pago del precio.

b) Que se den los presupuestos de hecho propios de la resolución: i) que el vendedor haya cumplido todas sus obligaciones derivadas de dicho contrato; ii) que el comprador no cumpla con esa obligación de pago del precio en los términos previstos en el contrato; y iii) el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, frustrándose el fin del contrato y las legítimas expectativas de la parte que insta la resolución (*Vid.,* entre otras, SSTS de 20 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2002, 7 de mayo de 2003, 10 de mayo de 2007, 17 de marzo de 2011, 15 de diciembre de 2011 y 4 de julio de 2017).

(37) Respecto a la cancelación de la condición resolutoria, *vid.,* Ávila Navarro, P., 1999, pp. 1153 ss. *Vid.,* asimismo, RDGSJFP de 30 de octubre de 2020.

c) Y requisito muy relevante, que diferencia este caso de la regla general de resolución contractual prevista en el artículo 1124 CC: el vendedor deberá requerir notarial o judicialmente al comprador.

Este requerimiento no es de pago, sino que vendría a ser más estrictamente una notificación al comprador de su voluntad de resolver la venta por impago del precio (una declaración de voluntad unilateral y recepticia del vendedor al comprador en tal sentido: STS de 18 de octubre de 2004). Si se quiere hacer un requerimiento dándole un nuevo plazo para pagar, lógicamente se puede hacer así, pero entonces deberá hacerse un nuevo requerimiento advirtiendo de la resolución tal y como exige el artículo 1504 CC; o que, junto con ese requerimiento de pago, en el mismo, simultáneamente, ya se contenga una advertencia-comunicación de que si tras dicho plazo nuevo de pago total del precio no se cumple con ello, se considerará resuelta la venta y comunicada a los efectos del art 1504 CC sin necesidad de nuevo requerimiento (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1990, 21 de junio de 1996, 7 de julio de 1998, 24 de julio de 1999, 17 de febrero de 2000 y 3 de diciembre de 2004) (38).

Sin esa advertencia-notificación expresa de resolución no cabe entenderse cumplido el requisito recogido en el artículo 1504 CC que permitiría excluir la eficacia del pago extemporáneo por el comprador tras ese requerimiento (39).

Debe tratarse de un requerimiento notarial o judicial (no se admite ninguna otra modalidad, ni particularmente el burofax: *vid.* entre otras las SSTS de 4 de julio de 2011, 12 de noviembre de 2011 y 29 de febrero de 2016 y RDGSJFP de 26 de marzo de 2021), con la advertencia expresa de que la voluntad del vendedor es dar por resuelta la venta y, además, a estos efectos debe ser un requerimiento efectuado por el vendedor al comprador (entre otras, STS de 3 de febrero de 2006) (40).

Una vez efectuado ese requerimiento resolutorio por el vendedor y recibido por el comprador (se trata de una declaración de voluntad

(38) En el caso de la resolución contractual *ex* artículo 1124 CC, pese a la resolución interesada por una de las partes contractuales, el Tribunal podrá decidir, si entiende que hay razones que lo justifican, que se dé a la otra parte un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación («El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo»). Sin embargo, tal posibilidad no cabe en el supuesto del artículo 1504 CC: «Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término» (entendiéndose tal requerimiento como la efectiva notificación de resolución contractual).

(39) El pago hecho por el comprador hasta el momento del requerimiento será eficaz y evitará la resolución del contrato (entre otras, SSTS de 17 de febrero de 2000, 21 de diciembre de 2004 y 4 de julio de 2005).

(40) Aunque de cara a la reinscripción, como después se comentará, la DGRN viene a exigir también que se notifique la resolución o la demanda judicial a los terceros titulares de asientos registrales posteriores.

unilateral y recepticia), el pago que éste haga se considerará extemporáneo y no dejará sin efecto la resolución de la venta interesada por el vendedor; la voluntad y pago del comprador tras ese requerimiento no rehabilitará el contrato (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 2003 y 18 de enero de 2013).

La resolución se produce *ipso iure* por ese requerimiento notarial o judicial, aunque cabe advertir que si, practicado éste, el comprador se opone a la resolución y así lo hace constar de forma expresa tras ese requerimiento del vendedor, entonces la resolución no operará efectos inmediatos sino que habrá que acudir a los tribunales para que éstos declaren en su caso esa resolución, si la estiman procedente por concurrir los presupuestos para ello (no la constituirán, sino que declararán la resolución ya operada con el requerimiento del vendedor declarando su voluntad de resolver): entre otras, SSTS de 15 de julio de 2003, 19 de julio de 2010, 15 de diciembre de 2011 y 12 de noviembre de 2012; y RRDGSJFP de 15 de enero de 2021 y 21 de febrero de 2023) [41].

A este respecto, el hecho de que la oposición del comprador se pueda producir por cualquier motivo que plantee la falta de concurrencia de los presupuestos de hecho para la resolución o incumplimiento de la forma prevista para el requerimiento en el artículo 1504 CC (motivo justificado o no inicialmente al plantearlo) y dilatar en el tiempo la eficacia resolutoria de esa condición por tener que acudir a los tribunales, aunque es lo más oportuno por seguridad jurídica y garantía de los derechos del comprador, también es cierto que hace menos atractiva esta figura de la condición resolutoria explícita (frente a la reserva de dominio, aval o hipoteca) como garantía de los derechos del vendedor.

3.5.2 *Eficacia retroactiva de la resolución: reinscripción; consignación y cláusula penal; y efectos sobre asientos registrales posteriores y terceros*

Producida la resolución de la venta en virtud de la condición *ex* artículo 1504 CC, sus efectos serán retroactivos al momento de la celebración de la venta, lo que determina que ambas partes deberán devolverse las prestaciones recibidas de la contraparte en virtud de esa compraventa para que la situación retorne a la misma que existiría de no haberse celebrado el contrato: fundamentalmente, el vendedor deberá devolver las cantidades percibidas como precio y el comprador la propiedad y posesión de la vivienda transmitida.

(41) Cfr. Rodríguez García, C. J., 1997, pp. 185 ss.

Esto último, a efectos registrales, determina que, existiendo inscripción de la propiedad del comprador, se proceda a la reinscripción del bien a favor del vendedor, cancelándose la inscripción existente a favor del comprador, así como todos los asientos posteriores a favor de terceros que deriven de ella (art. 175.6.º RH). Y precisamente en este ámbito registral la DGRN ha acogido una doctrina estricta exigiendo ciertas condiciones para la reinscripción del bien en aras de la protección del comprador y de terceros titulares de derechos o cargas registrales que se puedan ver afectados por esa reinscripción por resolución de la venta con precio aplazado al cancelarse sus derechos y asientos registrales.

Para la reinscripción la DGRN (hoy DGSJFP) se exige, atendiendo a lo indicado en los artículos 59 y 175.6.º RH[42]:

i) Que se presente ante el Registro justificación del requerimiento efectuado en cumplimiento del artículo 1504 CC notificando al comprador la resolución del contrato por falta de pago, así como presentar el título del vendedor. Si el comprador se hubiera opuesto a la resolución de la venta, entonces el título de la reinscripción no será ese requerimiento resolutorio *ex* artículo 1504 CC sino la sentencia judicial que declare la resolución y extinción de la venta, denegándose esa reinscripción hasta en tanto no conste tal decisión judicial (entre otras, RRDGRN de 9 de junio de 2010, 10 de diciembre de 2015, 5 de julio de 2017 y 16 de enero de 2019, RDGSJFP de 15 de enero de 2021 y STS de 19 de julio de 2010)[43].

ii) Justificación de haber consignado las cantidades que hubiese percibido del comprador antes de la resolución. A este respecto, para proceder a la reinscripción la DGRN tradicionalmente y en doctrina consolidada viene exigiendo la consignación de todas las cantidades percibidas, sin que a tales efectos se puedan deducir o compensar los importes que se deriven de la aplicación de una cláusula penal incluida en el contrato por la que el vendedor tiene derecho a retener todas o parte de las cantidades percibidas por el comprador hasta el momento de la resolución por impago; de modo que podrían consignarse cantidades que a la postre no debían

(42) *Vid.,* entre otras, RDGRN de 10 de diciembre de 2015 y RRDGSJFP de 10 de junio de 2020, 15 de enero de 2021, 16 de marzo de 2021, 26 de mayo de 2021, 28 de septiembre de 2021 y 21 de febrero de 2023.

(43) Tal y como señala la RDGRN de 10 de diciembre de 2015: «es preciso que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro, ya que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) no pudiendo ser rectificados, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria resolución judicial (art. 40 de la Ley Hipotecaria)». Sin embargo, Azofra Vegas considera errónea la exigencia de la DGRN de que conste el aquietamiento de comprador, e incluso de los terceros registrales, para que pueda producirse la reinscripción del dominio a favor del vendedor: Azofra Vegas, F., RCDI, pp. 763-764.

haberse consignado porque a ellas no tendría derecho el comprador (y por ello, tampoco los terceros que traen causa de él): *Vid.,* entre otras, RRDGRN de 2 de febrero de 1988, 28 de marzo de 2000, 10 de diciembre de 2015, 10 de octubre de 2018 y 29 de agosto de 2019).

Esta es una de las cuestiones más controvertidas sobre esta figura y que, junto con la posible oposición del comprador suspensiva de los efectos de la resolución, pueden hacer menos atractiva esta figura como garantía del crédito inmobiliario [44].

La venta a plazos con condición resolutoria y cláusula penal puede tener acceso al Registro, haciéndose constar ambas estipulaciones (la cláusula penal como accesoria e integrante del conjunto del negocio jurídico): así, entre otras, RDGSJFP de 29 de agosto de 2019. No obstante, pese a que existe publicidad registral que es oponible a terceros y debe ser tenida en cuenta por ellos y que la literalidad del artículo 175.6.º RH señala que la consignación procederá «con las deducciones que en su caso procedan», la DGRN mantiene su exigencia de que para que se produzca la reinscripción a favor del vendedor deben consignarse todas las cantidades percibidas del comprador, y ya será en el ámbito judicial donde se resolverá y determinarán las cantidades que proceda por aplicación de la cláusula penal, donde podría proceder la moderación judicial del artículo 1154 CC y atender a las alegaciones de desproporción de la pena. Son, sin duda, rigurosos controles que se aplican por la DGRN en aras de salvaguardar la posición jurídica de las partes y los terceros que, por la vía de la subrogación real, tendrían derechos sobre esas cantidades a devolver al comprador, como contrapartida a la cancelación y extinción de sus derechos por la resolución de la venta (entre otras, RRDGRN de 10 de diciembre de 2015 y 16 de enero de 2019) [45]. Ahora bien, esta doctrina se ha visto tímidamente flexibilizada

(44) Sobre ello, *vid.,* entre otros, Gómez Gálligo, F. J., RCDI, pp. 2470 ss.; Rodríguez García, C. J., 1997, pp. 195 ss.; Robles Latorre, P., 2013, pp. 1679-1680; y Azofra Vegas, F., RCDI, pp. 746 ss.; así como las diversas sentencias y resoluciones mencionadas en el presente apartado de este trabajo.

(45) En contra de esta doctrina, Cfr. Azofra Vegas, F., RCDI, pp. 746 ss., quien considera que el comprador que pactó la cláusula penal renunciando a la moderación judicial y los terceros registrales posteriores (que no tienen más derechos que el comprador) no pueden tener un tratamiento preferente al del titular de la condición resolutoria cuando ésta se ha inscrito, al igual que la cláusula penal; por ello, considera un error y una incoherencia registral que la DGRN exija la consignación total de la cantidades percibidas para la reinscripción de la propiedad del bien a favor del vendedor. En su opinión, deben distinguirse claramente los planos sustantivo y registral, de modo que constando inscrita la condición resolutoria explícita y la cláusula penal con renuncia a la moderación judicial, estas cláusulas deben tener eficacia frente a terceros y por ello no exigirse nada más que el requerimiento resolutorio para proceder a la reinscripción, pudiendo aplicar la cláusula penal sin más y no consignar nada que se haya compensado por esta; y luego ya, si comprador o terceros consideran que no procede retener todas las cantidades y reclamar por esa cláusula penal, entonces que sean ellos quienes acudan a los tribunales. Considera que lo que procede es el automatismo. Estas alegaciones son las

al admitirse la validez de la renuncia (expresa e inequívoca) del comprador a la moderación judicial de la cláusula penal prevista como accesoria a esa condición resolutoria; de modo que, siguiendo la jurisprudencia sobre esta cuestión que determina que no procede la moderación judicial de la pena *ex* artículo 1154 CC si se ha pactado precisamente para el caso de incumplimiento concreto y parcial en el marco de la relación contractual de las partes[46], la DGRN (ahora DGSJFP) ha rebajado las exigencias de consignación para la reinscripción si consta claramente la aceptación de la cláusula penal y la renuncia expresa, inequívoca e irrevocable del comprador a la moderación judicial *ex* artículo 1154 CC; aunque esto ha sido solo bajo esas concretas circunstancias y únicamente en el marco de una venta en la que las partes sean ambas empresas, advirtiendo que no se acogería igual criterio de tratarse de una relación con consumidores en atención al artículo 85.6 LGDCU (que será lo que normalmente suceda en el caso de venta de vivienda habitual): entre otras, *vid.* RDGRN de 29 de agosto de 2019 y RDGSJFP de 11 de mayo de 2021[47].

Con respecto a las cargas y derechos que constan en el Registro a favor de terceros con posterioridad a la inscripción de la venta con condición resolutoria o con posterioridad a la anotación preventiva de demanda por resolución de la venta, de conformidad con lo señalado en el artículo 175.6.º RH, producida la resolución de la venta en virtud del artículo 1504 CC y la cancelación de la inscripción de la propiedad del comprador (con la reinscripción a favor del vendedor), procede asimismo cancelar todas las cargas y derechos reales de terceros constituidos sobre esa vivienda cuya venta se sujetó a esa condición resolutoria con posterioridad a la inscripción de ésta.

---

que también sirvieron de base al recurso resuelto por la RDGRN de 29 de agosto de 2019, aunque versaba sobre la inscripción de la condición resolutoria y la cláusula penal y no sobre reinscripción; esta RDGRN estimó el recurso y fue comentando la diversa doctrina de dicho Centro Directivo sobre la reinscripción y efectos de la condición resolutoria, con cierta flexibilidad por tratarse de un caso en el que las partes eran ambas empresas, pero advirtiendo que no se acogería igual criterio de tratarse de una relación con consumidores (algo que será lo que normalmente suceda en el caso de venta de vivienda habitual).

(46) Entre otras, SSTS de 17 de enero de 2012, 7 de abril de 2014, 24 de octubre de 2017, 14 de febrero de 2018, 6 de junio de 2019 y 23 de junio de 2020.

(47) Según señala esta RDGSJFP de 11 de mayo de 2021: «de no darse las circunstancias excepcionales que se dieron con ocasión de la Resolución de 29 de agosto de 2019, tal y como indicó la más reciente Resolución de 6 de marzo de 2020, "la reinscripción en el Registro de la propiedad a favor del vendedor exige por tanto consignación de las cantidades por aquél percibidas, consecuencia de los efectos 'ex tunc' que en relación a la restitución de prestaciones determina el artículo 1123 del Código Civil y no solo es exigible en caso de existencia de titulares de cargas posteriores. En definitiva, en todo caso de reinscripción como consecuencia de la resolución de una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria explícita, al amparo del artículo 59 RH, es necesaria la consignación del importe que haya de ser devuelto al adquirente o –si hubiera cargas posteriores– que corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª del Reglamento Hipotecario)"».

Ahora bien, la DGRN (ahora DGSJFP) ha advertido que la ejecución de la condición resolutoria no es automática en el ámbito registral, sino que debe atenderse a la protección de los derechos de estos terceros, por lo que para poder cancelar los asientos registrales de los que son titulares será preciso que se les haya notificado el ejercicio de esa voluntad resolutoria del vendedor a fin de que pudieran manifestar o acudir a tribunales en defensa de sus derechos, o, de haberse acudido a los tribunales por la oposición del comprador, que esos terceros hayan podido intervenir también en ese proceso (de manera que si no se opusieron a esa resolución, procede la cancelación sin más de sus asientos al traer causa del asiento del comprador); o bien, que se haya practicado anotación preventiva de la demanda, que entonces afectará a los terceros inscritos con posterioridad a esta, que verán cancelados sus asientos. Y ello por cuanto la RDGRN ha advertido de los estrictos controles que en estos asuntos deben adoptarse en el ámbito registral para evitar posibles acuerdos entre comprador y vendedor en cuanto a la ejecución de la condición resolutoria con el ánimo de defraudar los intereses de terceros titulares de cargas posteriores (entre otras, RRDGRN de 1 de abril de 2011, 24 de julio de 2014, 5 de julio de 2017, 10 de octubre de 2018, 15 de octubre de 2018 y 8 de febrero de 2019; y RRDGSJFP de 26 de mayo de 2021, 21 de febrero de 2023 y 15 de febrero de 2024).

3.6 **Cancelación registral de la condición resolutoria explícita por caducidad**

En atención a lo previsto en el artículo 82.5 LH, podrían cancelarse las inscripciones de las condiciones resolutorias que consten en el Registro sin que se hubieran ejercitado, una vez transcurrido el plazo de 5 años indicado en el artículo 1964 CC. Para ello se necesitará presentar documento público[48].

BIBLIOGRAFÍA

Arcos Vieira, M. L., «Reservas de dominio sobre inmuebles», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 615-621.

(48) A este respecto, *vid.,* entre otros, Ávila Navarro, P., 1999, pp. 1191 ss.; Gómez Gálligo, F. J., RCDI, pp. 2488 ss.; y Díaz Romero, G., 2014, pp. 130-131. Asimismo, *vid.,* entre otras, RRDGSJFP de 21 de febrero de 2020, 10 de agosto de 2020, 30 de septiembre de 2021 y 19 de septiembre de 2023.

Ávila Navarro, P., «El pago del precio y la cancelación de la "condición resolutoria"», en AAVV, *Libro homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 1151-1214.

Azofra Vegas, F., «La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 717-780.

Díaz Romero, G., «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en González Pacanowska I. y García Pérez, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 119-139.

Egusquiza Balmaseda, M. A., «Reservas de dominio no inscritas», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 607-613.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «La eficacia de la reserva de dominio inmobiliaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2008, pp. 321-333.

— *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

Galicia Aizpurua, G., «La reserva de dominio y la resolución contractual», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 641-651.

— *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014.

García Vicente, J. R., «Reserva de dominio sobre bienes inmuebles. La ineficacia registral de la cláusula penal de retención del precio. Comentario a la RDGRN de 28 noviembre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018, pp. 99-126.

Gómez Gálligo, F. J., «Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, 1992, pp. 2463-2494.

Legerén-Molina, A., «Reserva de dominio y derechos del comprador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, pp. 261-305.

Miquel González, J. M., «La reserva de dominio», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 139-224.

Montánchez Ramos, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores, Centro de Estudios, Madrid, 2006.

Rivera Fernández, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Robles Latorre, P., «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1677-1681.

Rodríguez García, C. J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 1997.

Rodríguez-Rosado, B., «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 491-558.

Sancho Martínez, L., *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Vaquero Pinto, M. J., «Diferencias entre artículos 1124 y 1504 CC: teoría y realidad», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1653-1664.

Zumaquero Gil, L., «¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 357-405.

C. «Crowdfunding» inmobiliario y vivienda habitual *

Teresa Asunción Jiménez París
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense
tajimene@ucm.es

Resumen: *El crowdfunding inmobiliario es un fenómeno de desintermediación bancaria que originariamente era regulado por normas nacionales pero que en la actualidad ha sido (en parte) objeto de armonización comunitaria a través del Reglamento (UE) 2020/1503, para facilitar las operaciones transfronterizas de los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas mediante un pasaporte europeo. Como el Reglamento tiene un ámbito de aplicación material limitado pueden existir plataformas de crowdfunding inmobiliario reguladas por los Estados y que para desarrollar actividades transfronterizas necesiten la autorización del Estado miembro en que quieran operar y que por lo tanto se sujeten a normativas nacionales. No está claro si el Reglamento (UE) 2020/1503 comenzó a aplicarse el 10 de noviembre de 2022 o el 10*

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I + D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100).

de noviembre de 2023 en España. Tampoco está claro si permite o no las actividades de autopromoción. El Reglamento (UE) 2020/1503 contempla expresamente la elaboración por los promotores empresariales para cada oferta de financiación participativa de una Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión en la que deberán explicarse los riesgos que presenta el proyecto, incluidos los riesgos geográficos, particularmente presentes en el crowdfunding inmobiliario.

Palabras clave: *Financiación participativa, crowdfunding inmobiliario, Ley de fomento de la financiación empresarial*

Abstract: *Real estate crowdfunding is a banking disintermediation phenomenon that was originally regulated by national rules but has currently been (partly) subject to community harmonization through Regulation (EU) 2020/1503, to facilitate cross-border operations of european suppliers participatory financing services for companies, through a European passport. As the regulation has a limited material scope of application, there may be real estate crowdfunding platforms regulated by the States and that, in order to develop cross-border activities, require the authorization of the Member State in which they want to operate and that are therefore subject to national regulations. It is not clear whether Regulation (EU) 2020/1503 began to apply in Spain on November 10, 2022 or November 10, 2023 It is also unclear whether or not it allows self-promotion activities. Regulation (EU) 2020/1503 expressly contemplates the preparation by business promoters for each participatory financing offer of Fundamental Investment Data Sheet in which the risks presented by the project must be explained, including geographical risks, which are particularly present in real estate crowdfunding.*

Keywords: *Participatory financing, real estate crowdfunding, Law to promote business financing.*

Sumario: 1. Concepto y modalidades de *crowdfunding* inmobiliario. 2. La armonización europea de los servicios de financiación participativa para empresas. 3. Los problemas de Derecho transitorio generados en el ordenamiento interno español. 4. Régimen jurídico de las plataformas armonizadas y no armonizadas. Panorámica general. 4.1 Plataformas armonizadas. 4.2 Plataformas no armonizadas. 5. Plataformas con inversores desestructurados y plataformas con inversores agrupados. 6. El *crowdfunding* inmobiliario en el Reglamento (UE) 2020/1503. Riesgos que presenta. 6.1 El riesgo de crédito. 6.2 El riesgo de existencia de vínculos entre el PSFP y el promotor del proyecto inmobiliario. 6.3 Los riesgos geográficos. 7. Conclusión.

1. CONCEPTO Y MODALIDADES DE *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO

El *crowdfunding* inmobiliario es un fenómeno de financiación participativa, o sea, de financiación por una multitud o *crowd,* caracterizado porque el proyecto objeto de financiación es un proyecto empresarial inmobiliario, bien de adquisición de inmuebles para su posterior rehabilitación, alquiler y/o venta o bien de construcción de inmuebles para su posterior alquiler y/o venta. Se trata de un mecanismo de financiación alternativo a la financiación bancaria para empresas del sector inmobiliario o incluso cooperativas de viviendas, que tiene por base un activo tangible (solares, viviendas, plazas de garaje, oficinas, locales comerciales, naves industriales, complejos vacacionales, hoteles…), activo que puede ser objeto de garantías a favor de los inversores (hipoteca inmobiliaria, anotación preventiva de crédito refaccionario, anotación preventiva de embargo), no presentes, o no con tanta facilidad, en otros proyectos empresariales financiados mediante *crowdfunding*[1].

Existen dos modalidades de *crowdfunding* inmobiliario: el *crowdfunding* inmobiliario directo y el *crowdfunding* inmobiliario intermediado. En el primer caso, promotor de proyecto inmobiliario y titular de la plataforma de *crowdfunding* son el mismo sujeto. Es decir, si una empresa inmobiliaria decide financiar sus proyectos mediante financiación participativa, crea una web y su programa informático para la captación de fondos. También suele crear una sociedad *ad hoc* para la compra de un inmueble y su posterior alquiler o venta. El objeto social de esa sociedad es precisamente verificar el proyecto inmobiliario y los contratos necesarios para ello. Una vez que los inversores se han adherido al proyecto a través de la web de la empresa promotora, esta introduce a los inversores en la sociedad *ad hoc* mediante una ampliación de capital, adquiriéndose después el inmueble. Los inversores se convierten en socios y reciben los beneficios del alquiler del inmueble mediante dividendos. Cuando el inmueble se vende, el precio se reparte entre ellos como cuota de liquidación de la sociedad (en proporción a su aportación), pudiendo recuperar el socio el capital inicialmente aportado más una plusvalía[2].

---

(1) Cfr., Moreno Serrano, *ACR*, pp. 120-126; Hernández Sainz, 2018, pp. 230-231; Sánchez Padrón, *REC*, p. 309. El *crowdfunding* inmobiliario se enmarca en el ámbito de la economía colaborativa, en un proceso de desintermediación bancaria, y en el llamado *Prop Tech,* neologismo que hace referencia a modelos de negocio que «se apoyan en la aplicación intensiva de tecnología en y para el mercado inmobiliario» (García Ochoa Mayor, y Narváez Barba, *Diario La Ley*, pp. 1-4 y 12; López Ortega, *RDBB*, p. 7; Rodríguez de las Heras Ballell, 2022, 296).

(2) Moreno Serrano, *ACR*, p. 133. Maldonado Ramos, *El Notario del Siglo xxi,* p. 27; Hernández Sainz, E., 2018, p. 239.

En cambio, en el *crowdfunding* inmobiliario intermediado el promotor del proyecto inmobiliario es persona física o jurídica diversa de la persona jurídica que gestiona la plataforma de *crowdfunding, no coincidiendo, pues, titular del proyecto inmobiliario y titular de la plataforma.* Este último opera como un proveedor de servicios de financiación participativa, o sea como un intermediario entre la multitud de inversores y el promotor del proyecto inmobiliario que solicita financiación.

La financiación participativa estaba regulada en España con una normativa netamente nacional por la redacción originaria de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (Título V, artículos 46 a 93).

El modelo de *crowdfunding* inmobiliario regulado en España era un modelo de *crowdfunding* intermediado ya que la LFFE ponía límites a la autopromoción (o *crowdfunding* directo), es decir, a que las plataformas de financiación participativa pudieran publicar proyectos propios (art. 63.2 LFFE). El *crowdfunding* directo se trataba, pues, de una actividad que en España se calificaba como de alegal o incluso prohibida [3].

En este trabajo analizaremos las novedades que ha introducido en la materia la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, así como la normativa española para las plataformas armonizadas (que tiene un carácter complementario o supletorio respecto del RPSFP) [4] y para las plataformas no armonizadas y que ha sido introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, la cual ha dado nueva redacción al Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

2. LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DE LOS SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA PARA EMPRESAS

Para conseguir un mercado de financiación participativa transfronterizo y que las plataformas no deban sujetarse a la legislación de cada estado de la UE para prestar sus servicios de intermediación de crédito y obtener una autorización de cada estado miembro para operar, la Unión Europea

(3) Moreno Serrano, *ACR*, p. 135 y 139. *Vid.,* Hernández Sainz, 2018, pp. 238-239; Hernández Sainz, *REE,* pp. 126-146. La CNMV difundió sus dudas acerca de la legalidad de los *crowdfunding* directos, de manera que las principales empresas del sector optaron por acogerse al régimen de la Ley 5/2015 «y operar como intermediarios a favor de promotores externos» (Maldonado Ramos, *El Notario del Siglo xxi,* p. 27).

(4) Tapia Hermida, *RDMV*, p. 3.

ha dictado el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa *para empresas* (RPSFP). En lugar de un mercado fragmentado acorde con las especialidades nacionales de cada estado de la UE se quiere un mercado paneuropeo que podría abrirse incluso a operadores no comunitarios (art. 45.2.q) RPSFP) y convertirse en un mercado de financiación participativa global, con los riesgos, particularmente geográficos, que ambas situaciones conllevan y a los que nos referiremos después (5).

El Reglamento (UE) 2020/1503 tiene un ámbito de aplicación material marcado por dos coordenadas. Por un lado los prestatarios (promotores de proyectos que soliciten financiación a través de las plataformas de financiación participativa) deben ser empresarios (personas físicas o jurídicas *ex* artículo 2.1.h RPSFP), a pesar de que podría dar la impresión de que se refiere solo a empresas personas jurídicas (*Vid.,* Anexo I, Ficha de datos fundamentales de la inversión, Parte A, apartado a). Y por otro lado, los proyectos empresariales para los que se solicite financiación (entre ellos, los proyectos inmobiliarios), no pueden requerir una financiación superior a 5 millones de euros (art. 1.2 RPSFP). Se limita así la actividad de intermediación de la plataforma, que puede operar tanto en el caso de *crowdlending* como de *equity crowdfunding* (6).

Por lo tanto, la intermediación en caso de los proyectos empresariales inmobiliarios que exijan una financiación superior a 5 millones de euros queda sujeta al Derecho español (Ley 5/2015, en la versión dada por la Ley 18/2022) al igual que la intermediación en proyectos inmobiliarios de consumo (financiación para la adquisición de vivienda habitual o un bien inmueble de uso residencial o no residencial, para uso del consumidor ajeno a su actividad empresarial o profesional) (7).

Es por este motivo que la Ley 5/2015 diferencia ahora entre plataformas de financiación participativa armonizadas por el derecho de la UE, señalando que quedan sujetas al Reglamento UE 2020/1503 y a la Ley 5/2015, y plataformas de financiación participativa no armoniza-

(5) *Vid.,* considerandos 5 y 6 del Reglamento 2020/1503.

(6) *Vid.,* considerando 1 del Reglamento 202/1503.

(7) «El RPSFP excluye de su ámbito de aplicación los préstamos al consumo por considerar que están fuera de la finalidad del Reglamento el cual tiene por objeto fomentar la financiación transfronteriza de las empresas, a través de la eliminación de los obstáculos al funcionamiento del mercado interior en los servicios de financiación participativa (Considerando 8). En la Propuesta de Reglamento se entendió que los préstamos a consumidores a través de plataformas de financiación participativa encontraban ya regulación en la Directiva 2008/48 y en la Directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial» (Cuena Casas, *RDBB,* p. 4).

das (arts. 46 y 55 RPSFP), que se sujetan al régimen previsto en el artículo 55 de la Ley 5/2015) [8].

3. LOS PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO GENERADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

Desde el 10 de noviembre de 2021, el RPSFP es de aplicación directa a todos los estados miembros de la UE. Por lo tanto, las nuevas plataformas creadas a partir de dicha fecha así como las ya existentes y que operasen con licencias nacionales requieren *para el ejercicio de la actividad incluida en el ámbito material del RPSFP* del «pasaporte europeo», vayan a operar de forma transfronteriza o no, por la aplicación directa de todo Reglamento de la UE. En cuanto a las plataformas existentes en dicha fecha se establece un derecho transitorio (art. 48.1 y 3 RPSFP). Inicialmente el periodo transitorio finalizaba el 10 de noviembre de 2022 y fue ampliado hasta el 10 de noviembre de 2023, por el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión, de 12 de julio de 2022, dada la imposibilidad de determinadas autoridades competentes de completar los procedimientos de autorización con arreglo al RPSFP antes del 10 de noviembre de 2022 y dada las dificultades de adaptación al Derecho europeo de las plataformas que ejercían su actividad con arreglo al Derecho nacional [9].

El artículo 48.2 RPSFP preveía que en este periodo transitorio los Estados miembros podrían disponer de procedimientos de autorización simplificados para entidades que al entrar en vigor el Reglamento estuviesen autorizadas de conformidad con el derecho nacional. En este sentido, la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2022, preveía un procedimiento simplificado en relación con el previsto en el artículo 12 del RPSFP para las plataformas autorizadas con arreglo a la Ley 5/2015 que quieran seguir prestando servicios de financiación participativa sujetos al RPSFP con posterioridad al 10 de noviembre de 2023 (o sea, después de la finaliza-

(8) Tapia Hermida, *RDMV*, p. 3.

(9) *Vid.:* Sánchez Ruiz, 2024, pp. 32-34. La tendencia a actuar con arreglo al derecho nacional queda evidenciada porque en el informe de la AEVM, Autoridad Europea de Valores y Mercados de 19 de mayo de 2022, ESMA35-42-1445 [Asesoramiento técnico de la AEVM a la Comisión sobre la posibilidad de ampliar el período transitorio de conformidad con el artículo 48.3 del Reglamento (UE) 2020/1503)], se señalaba que «a fecha 22 de marzo de 2022, todavía no había sido completado el proceso requerido por ningún proveedor de servicios de financiación participativa… El bajo número de solicitudes de registro del que informaban las autoridades nacionales competentes era generalizado en todos los Estados miembros, y se daba incluso en países con una mayor cantidad de proveedores nacionales de *crowdfunding* registrados, como Francia o Italia» (Sánchez Ruiz, 2024, p. 33).

ción del periodo transitorio). Según dicho procedimiento simplificado bastaba con que presentasen a la CNMV la documentación que justificaba que cumplían con los requisitos del mencionado artículo 12 RPSFP para operar con arreglo al Reglamento comunitario, de tal manera que si transcurridos dos meses desde el acuse de recibo de la documentación por la CNMV esta no comunicaba objeción alguna a la entidad, se entendía concedida la autorización por el procedimiento simplificado y por silencio positivo (*Vid.,* considerando 46 y 47 RPSFP) (10).

La doctrina española interpretaba mayoritariamente que la voluntad del legislador al fijar la fecha de derogación de la redacción primitiva de la LFFE en el 10 de noviembre de 2022 (art. 14 Ley 18/2022) era hacer coincidir dicha fecha con la fecha en que se fijase por la UE la finalización del periodo transitorio, para lo cual se citaba la Exposición de Motivos de la Ley 18/2022 (11).

No obstante, esta no era la única interpretación posible ya que se ha sostenido que la normativa nacional aplicable del Título V de la LFFE, conforme a su redacción inicial dada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, *«ya no se encontraba en vigor desde noviembre de 2022»,* habiendo sido sustituida por un nuevo Título V introducido en la Ley 5/2015, adaptado a la nueva regulación europea y que entró en vigor el 10 de noviembre de 2022 (disposición final octava y artículo 14 Ley 18/2022, que establece que «el título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, queda derogado con efectos desde el 10 de noviembre de 2022», lo que ratifica la disposición derogatoria única de la Ley 18/2022) (12).

De tal manera que la prórroga del periodo transitorio establecida por el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión, no habría permitido en España que los proveedores nacionales existentes pudieran continuar desarrollando su actividad con arreglo al derecho nacional hasta el 10 de noviembre de 2023 «porque el régimen anterior había sido *derogado a partir de una fecha concreta y determinada:* el 10 de noviembre de 2022» (13).

El Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 simplemente habría permitido prolongar la aplicación del procedimiento de autorización simplificado

(10) Sánchez Ruiz, 2024, p. 36.

(11) Sánchez Ruiz, 2024, p. 36. Así señala Tapia Hermida que: «La introducción por la Ley 18/2022 de este nuevo título V en la Ley 5/2015 estableciendo el régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa en el Derecho español plantea la cuestión de la adaptación de las plataformas de financiación participativas ya autorizadas al nuevo régimen, proceso que se desarrollará hasta el 10 de noviembre de 2023. En este sentido, la *finalidad de política legislativa subyacente se explica en el epígrafe II del Preámbulo de la Ley 18/2022»* (Tapida Hermida, *RDMV*, p., 2).

(12) Sánchez Ruiz, 2024*,* pp. 34-35.

(13) Sánchez Ruiz, 2024, p. 36.

hasta el 10 de noviembre de 2023, pero no habría podido conseguir que continuase vigente la normativa inicial de la LFFE, «tras su rotunda y expresa derogación por parte del legislador español. Habría sido precisa una nueva actuación legislativa en ese sentido que no llegó a producirse»[14].

Por lo tanto, durante la vigencia del plazo transitorio ampliado (10 de noviembre de 2022 a 10 de noviembre de 2023), la única normativa nacional vigente era el nuevo título V de la LFFE introducido con efectos de 10 de noviembre de 2022, el cual remitía al régimen previsto en el RPSFP tanto para las plataformas armonizadas como no armonizadas lo que implicaba que *para cualquier proyecto de financiación participativa (incluido un proyecto de crowdfunding inmobiliario) publicado entre el 10 de noviembre de 2022 y el 10 de noviembre de 2023* regía la obligación de proporcionar a los inversores potenciales la Ficha de datos fundamentales de la inversión con la estructura y contenido establecidos en el artículo 23 del RPSFP y en el Anexo I del mismo (art. 51 LFFE)[15].

Este posición tiene a su favor que un Reglamento Delegado no tiene carácter legislativo y es dado por la Comisión para «completar o modificar elementos no esenciales de un acto legislativo», siendo adoptado por delegación normativa del Consejo y del Parlamento Europeo, previéndose su publicación por el artículo 290 TFUE en la sección de Actos no legislativos, de la serie L, del DOUE[16].

Por lo tanto, el Reglamento Delegado, al ampliar el periodo transitorio en que resultaba aplicable el Derecho nacional, no podía alterar la derogación normativa verificada en el Derecho interno por virtud de la Ley 18/2022, al no tener el carácter derogatorio de las normas internas que regulen materia objeto de un Reglamento, como sí tiene éste con arreglo al artículo 288 TFUE ni tener el efecto de cierre consistente en «impedir la promulgación de normas posteriores sobre la misma materia»[17]. Distinto hubiera sido que por un Reglamento posterior se hubiese modificado el Reglamento anterior.

Por otro lado, al tratarse el Reglamento Delegado de un acto que no tiene carácter legislativo no se produce el efecto de congelación de rango que sí produce el Reglamento, por lo que si bien la norma desplazada por el Reglamento (UE) 2020/1503 quedó en hibernación para surtir efectos en asuntos no de la Unión Europea (*crowdfunding* nacional), tal estado fue modificado por la Ley 18/2022, al establecer una derogación expresa

(14) Sánchez Ruiz, 2024, p. 36.

(15) Sánchez Ruiz, 2024, p. 37. *Vid.,* en relación con otras consecuencias de la derogación del título V de la LFFE en su redacción original, p. 38.

(16) Diccionario Panhispánico del Español Jurídico https://dpej.rae.es/lema/reglamento-delegado#:~: text=Eur., Consejo%20y%20del%20Parlamento%20Europeo.

(17) Cfr., Hernández Díaz-Ambrona, 2024, p. 61.

de toda la regulación española sobre *crowdfunding* con efectos desde el 10 de noviembre de 2022 (18).

Finalmente, a semejanza de otros países el legislador español pudo hacer una modificación de la fecha de derogación de la inicial redacción de la LFFE y sin embargo, no la hizo, teniendo presente además que el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión tenía fecha de 12 de julio de 2022 (19).

La cuestión es problemática porque afecta al régimen jurídico de las PFP que operaron en *crowdfunding* inmobiliario en el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2022 y el 10 de noviembre de 2023.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PLATAFORMAS ARMONIZADAS Y NO ARMONIZADAS. PANORÁMICA GENERAL

Damos a continuación una visión general de la nueva ordenación jurídica aplicable en España a las plataformas que financian proyectos de *crowdfunding* inmobiliario.

4.1 **Plataformas armonizadas**

Su régimen jurídico se encuentra en el Reglamento (UE) 2020/1503, operando la LFFE en su nueva redacción como complementaria o supletoria de lo dispuesto en el RPSFP (art. 46 LFFE), según hemos indicado antes. La Ley se refiere a plataformas que tengan su establecimiento en España y soliciten autorización a la CNMV (art. 47 LFFE y 12 RPSFP) para operar como PSFP en el ámbito material del RPSFP (proyectos empresariales inmobiliarios que exijan una financiación de hasta 5 millones de euros) (20).

(18) Cfr.: Díaz-Ambrona Bardají y Hernández Díaz-Ambrona, 2024, p. 49.

(19) Sánchez Ruiz, 2024, p. 37.

(20) Como se deduce del artículo 45.2.q) RPSFP, los servicios de financiación participativa solo podrán prestarse por personas jurídicas cuya nacionalidad sea la de un Estado miembro de la UE, en la medida en que en este precepto se prevé que antes del 10 de noviembre de 2023, la Comisión, previa consulta a la AEVM y la ABE presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si procede, de una propuesta legislativa. En dicho informe se evaluará «la conveniencia de permitir que se autorice a *entidades de terceros países* como proveedores de servicios de financiación participativa con arreglo al presente Reglamento», lo que supone que la CNMV no podrá autorizar a PSFP de terceros países, ni siquiera en el caso de plataformas no armonizadas (por la remisión legislativa). Nótese además que el título del Reglamen-

Si un PSFP cuenta ya con pasaporte europeo (otorgado por otro Estado miembro en el cual tiene su establecimiento) y pretende operar en España, deberá comunicarlo a la autoridad designada en ese Estado miembro como punto de contacto único para la cooperación administrativa transfronteriza, lo que a su vez se comunicará a la CNMV, pudiendo iniciar su actividad en España a partir de que el punto de contacto único le informe de la comunicación efectuada o a más tardar en un plazo de 15 días naturales a partir de la presentación de la información al punto de contacto único (art. 18 y 29 RPSFP y 47 y 49.1 LFFE). De acuerdo con el artículo 12.12 RPSFP España no podría exigir a ese PSFP que presta sus servicios de forma transfronteriza o a escala internacional presencia física en nuestro territorio (por ser Estado distinto del Estado autorizante).

Una vez obtenida dicha autorización preceptiva de la CNMV y tras su constitución e inscripción en el registro público que corresponda según su naturaleza, las PFP serán inscritas en el registro correspondiente de la CNMV, el cual será público y deberá contener los datos actualizados de la denominación social, dirección de dominio de Internet y domicilio social de la plataforma en España, identidad de los administradores y una relación de los socios con participación significativa (art. 48 LFFE). También se inscribirá en el registro unificado de la AEVM (art. 14 RPSFP).

Estas plataformas deberán facilitar a los inversores potenciales toda la información prevista en el artículo 23 del Reglamento (UE) 2020/1503, a través de la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión (FDFI), cuya elaboración corresponde al promotor inmobiliario (*Vid.,* Anexo I del RPSFP relativo a la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión). La responsabilidad por la información que figura en la FDFI, incluida su posible traducción, *recaerá en el promotor del proyecto (persona física)* o en sus órganos de administración, dirección o supervisión, si se trata de una persona jurídica (art. 51.2 y 3 LFFE, que completa lo previsto en el artículo 23.9 y 10 RPSFP).

El promotor del proyecto deberá identificarse en dicha ficha por su nombre y cargo si se trata de una persona física o por su denominación y domicilio social si se trata de una persona jurídica, debiendo adjuntarse una declaración en la que el promotor del proyecto confirme que, hasta donde alcanza su conocimiento, la información contenida en la ficha de datos fundamentales de la inversión *responde a la realidad y no contiene omisiones que puedan afectar a su contenido* (art. 51.2 LFFE). *El promotor responderá civilmente* cuando la información sea engañosa o inexacta y cuando la ficha omita datos fundamentales necesarios para

to (UE) 2020/1503 señala que es relativo a los «proveedores *europeos* de servicios de financiación participativa para empresas».

ayudar a los inversores a la hora de decidir la participación como financiadores en el proyecto empresarial (art. 51.3 LFFE).

4.2 **Plataformas no armonizadas**

Se trata de plataformas que prestan servicios de financiación participativa de *crowdfunding* inmobiliario en España pero que no están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, al estar incursas en las excepciones previstas en su artículo 1.2.a) y c) RPSFP.

Estas entidades pueden ser *ex* artículo 55.1.a) LFFE aquellas que presten *exclusivamente* servicios de financiación participativa a promotores de proyectos inmobiliarios que sean consumidores según la definición del artículo 3.a) Directiva 2008/48/CE (actualmente, artículo 3.1) Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE, con efectos a partir del 20 de noviembre de 2026 *ex* artículo 47). Por ejemplo, promotores de financiación consumidores que soliciten un préstamo para la adquisición o construcción de su vivienda habitual con garantía hipotecaria sobre la misma. Hay que tener en cuenta que la figura del promotor inmobiliario individual consumidor está contemplada en la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 9) [21].

También son plataformas no armonizadas las que intermedien *exclusivamente* ofertas de financiación participativa previstas en el artículo 1.2.c) del RPSFP, esto es, aquellas ofertas para proyectos empresariales inmobiliarios cuyo importe sea superior a 5.000.000 euros, calcula-

(21) Como ha señalado la doctrina científica, la remisión de la LFFE al RPSFP para la regulación del *crowdfunding* al consumo *es meramente temporal* dada la publicación de la Directiva 2023/2025 que regula las plataformas de financiación participativa dedicadas al préstamo al consumo, lo que exigirá una nueva legislación española al respecto para la transposición de la Directiva (art. 48 de la Directiva 2023/2025). De acuerdo con el considerando 22 y 25 de la mencionada Directiva 2023/2025 los créditos cuya finalidad sea la reforma de un bien inmueble de uso residencial que supongan un importe total superior a 100.000 euros y que no estén garantizados por hipoteca o por cualquier otra garantía equivalente ni por un derecho relativo a bienes inmuebles, se sujetan a dicha Directiva. Pero si se trata de préstamos a consumidores con garantía hipotecaria o que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva, por lo que deben sujetarse no solo al Reglamento (UE) 2020/1503 (por remisión de la LFFE) y a la LFFE sino *también a la Directiva 2014/17UE y su norma de transposición que es la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.* En este caso, la garantía hipotecaria puede recaer sobre el bien adquirido por el consumidor mediante el préstamo (p.e., su vivienda habitual), al haber desaparecido la limitación que al respecto establecían los artículos 74 y 87 LFFE, en su redacción originaria.

do a lo largo de un periodo de 12 meses computado en la forma indicada en dicho precepto.

Las plataformas no armonizadas (o sea, las que presten servicios no incluidos en el ámbito de aplicación material del RPSFP) pueden ser reguladas por los Estados a su libre arbitrio. El Estado español, al regular las plataformas no armonizadas ha optado por hacer un reenvío legislativo al Reglamento (UE) 2020/1503 al indicar en el artículo 55.1.b) que estas entidades «se someterán íntegramente al régimen jurídico establecido en el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020 y en esta ley». Por lo tanto, a los promotores que soliciten financiación a través de estas plataformas les es exigible la obligación de elaborar una Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión con arreglo al artículo 23 del Reglamento (UE) 2020/1503 y a su Anexo, y responderán de la información proporcionada en los términos del artículo 51.3 LFFE.

Las plataformas no armonizadas, en su solicitud de autorización deberán manifestar expresamente su intención de someterse al régimen jurídico previsto en el artículo 55 LFFE. La CNMV será la autoridad competente para su autorización y registro (arts. 47 y 48 LFFE), así como para desempeñar las funciones y obligaciones previstas en el Reglamento (UE) 2020/150390 respecto de los proveedores de servicios de financiación participativa (art. 55.1.d) LFFE). Se inscribirán en un registro específico denominado «Plataformas de Financiación Participativa no armonizadas por la Unión Europea» (art. 55.2 LFFE).

Las plataformas no armonizadas no podrán prestar servicios de financiación participativa de forma transfronteriza conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2020/1503, pues no tienen un pasaporte europeo, pero sí podrán solicitar autorización para operar en otros Estados miembros a las autoridades competentes de tales estados, sujetándose a su derecho interno.

Estas plataformas no armonizadas que cuentan con autorización española para operar en nuestro territorio deberán informar a sus clientes de que no están autorizadas a prestar sus servicios de financiación participativa de forma transfronteriza. Se trata de una información acerca de la propia plataforma, adicional a la indicada en el artículo 19 del Reglamento UE 2020/1503, que se sujeta al mismo régimen jurídico que tal información básica. Dicha información deberá ser imparcial, clara y no engañosa y ponerse a disposición de todos los clientes en una sección fácilmente accesible del sitio web de la plataforma de financiación participativa y de manera no discriminatoria (es decir, de forma que cualquier cliente promotor o financiador pueda acceder a la misma).

Esta advertencia pone al cliente en condiciones de conocer la estructura de negocio de la plataforma intermediaria a que acude, *su dimensión nacional y localizada,* lo que puede aportar seguridad jurídica tanto al promotor como al inversor al indicar una mayor cercanía, el uso de la lengua nacional, la aplicación del derecho español, etc.

5. PLATAFORMAS CON INVERSORES DESESTRUCTURADOS Y PLATAFORMAS CON INVERSORES AGRUPADOS

Cabe distinguir, en función del criterio de agrupación de los inversores, plataformas con inversores desestructurados y plataformas de financiación participativa con inversores agrupados «posibilidad contemplada en la Sección 3.ª, artículo 56» LFFE y aplicable tanto a las plataformas armonizadas como a las no armonizadas[22].

Según SÁNCHEZ RUIZ, el artículo 56 LFFE permite a las plataformas autorizadas por la CNMV, sean armonizadas o no, utilizar mecanismos, gestionados por la propia plataforma, *para agrupar a los inversores. No se contempla en cambio la posibilidad de utilización de entidades instrumentales gestionadas por el promotor del proyecto inmobiliario. Así se contempla la posibilidad de que la PFP cree una sociedad limitada cuyo objeto sea la tenencia de las participaciones de la sociedad promotora del proyecto* «como vehículo para agrupar a los inversores *con la intención de facilitar el gobierno y la toma de decisiones en la sociedad promotora del proyecto* ante un elevado número potencial de socios inversores», pudiendo constituir también su objeto social la concesión de préstamos a la entidad promotora[23].

Sin embargo, esta regulación sería difícilmente compatible con las restricciones previstas en el RPSFP para el uso de entidades instrumentales interpuestas entre el promotor y los inversores *ex* artículo 6.3 del RPSFP, el cual parece indicar que solo podrá utilizarse *por el proveedor de servicios de financiación participativa* una entidad instrumental que de forma directa o indirecta sea la propietaria o tenga bajo su control, parcial o total, un determinado activo líquido e indivisible, es decir, que no sea fácilmente divisible sin perder su valor económico esencial y que no pueda convertirse en dinero fácilmente (considerando 22 RPSFP)[24].

(22) Tapia Hermida, *RDMV*, p. 3. *Vid.,* artículo 56 LFFE.
(23) Sánchez Ruiz, 2024, p. 76.
(24) Sánchez Ruiz, 2024, p. 77.

Es por este motivo que SÁNCHEZ RUIZ entiende que el ámbito de aplicación del artículo 56 LFFE debería quedar limitado a las plataformas no armonizadas (25).

6. EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO EN EL REGLAMENTO (UE) 2020/1503. RIESGOS QUE PRESENTA

Estudiamos a continuación el régimen jurídico aplicable al *crowdfunding* inmobiliario desarrollado por PFP autorizadas en España por la CNMV, ya sean plataformas armonizadas o no, el cual viene a ser básicamente coincidente en uno y otro caso por la remisión hecha al RPSFP para las plataformas no armonizadas. En concreto, estudiaremos los riesgos que presenta el *crowdfunding* inmobiliario aparte de los riesgos generales que corre todo inversor que participa en las PFP (pérdida total o parcial del dinero invertido, sin que la inversión esté cubierta por los sistemas de garantías de depósitos ni por los sistemas de indemnización de inversores; no obtención de rendimientos; imposibilidad de vender los instrumentos de inversión o que pudiendo venderlos se sufran pérdidas) (26).

El artículo 3.2 del RPSFP señala como principio que debe regir la actuación de los PSFP la actuación de manera «honesta, equitativa y profesional, atendiendo al mejor interés de sus clientes», debiendo llevar a cabo una gestión eficaz y prudente (art. 4 RPSFP), lo que implica establecer sistemas y controles adecuados con objeto de evaluar los *riesgos relacionados con los préstamos propuestos a través de la PFP*.

6.1 **El riesgo de crédito**

Si el PSFP determina el precio de una oferta de financiación participativa (es decir, si fija el tipo de interés que debe abonar el promotor del proyecto a los inversores prestamistas, el cual debe ser justo y adecuado *ex* artículo 4.4.d) RPSFP), debe llevar a cabo una evaluación razonable del riesgo de crédito del proyecto o del promotor del proyecto antes de comunicar la oferta de financiación participativa hecha por el promotor a través de la PFP. También teniendo en cuenta el riesgo de que el promotor del proyecto no efectúe, en el caso de un préstamo, bono u otra forma de

(25) Sánchez Ruiz, 2024, p. 77.
(26) *Vid.,* artículo 23.6 RPSFP.

deuda titulizada, uno o varios reembolsos en la fecha de vencimiento. Para ello basará dicha evaluación en información suficiente, en particular, la mencionada en el artículo 4.4.b) RPSFP[27].

Además deberá llevar a cabo una valoración de cada préstamo al menos en las circunstancias siguientes: en el momento en que se origine el préstamo (o sea, en el momento en que se produzca la aceptación por el inversor)[28], cuando el PSFP considere que es probable que el promotor no cumpla en su totalidad sus obligaciones de reembolso derivadas del préstamo, sin que el PSFP ejecute la correspondiente garantía o adopte otras medidas de efecto análogo; tras un impago y cuando el PSFP facilite que un prestamista se desprenda del préstamo antes de su fecha de vencimiento (es decir, facilite la cesión del crédito mediante su tablón de anuncios *ex* artículo 25 RPSFP)[29].

6.2 **El riesgo de existencia de vínculos entre el PSFP y el promotor del proyecto inmobiliario**

El artículo 8 del RPSFP se refiere a la prevención de los conflictos de interés lo que también constituye parte de una gestión eficaz y prudente de la PFP (art. 4 RPSFP).

La doctrina ha señalado que el RPSFP «adopta una posición más restrictiva que la establecida tanto en la legislación española como en la mayor parte de las regulaciones nacionales anteriores a su aprobación»[30].

---

(27) Sobre la obligación de evaluar el riesgo de crédito, *Vid.,* Cuena Casas, *RDBB,* pp. 9-13. La autora diferencia entre evaluación del riesgo de crédito y evaluación de la solvencia. «En la evaluación del riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista que en este caso es el inversor», no se trata de prevenir el sobreendeudamiento del prestatario (*Op. cit.*, p. 9 y 10). El artículo 5 RPSFP especifica que una diligencia mínima exigible en relación con el riesgo que presenta el promotor del proyecto incluirá obtener las pruebas de que carece de antecedentes penales por ciertos delitos y que no está establecido en un país o territorio no cooperador, reconocido como tal por la política pertinente de la Unión, ni en un tercer país de alto riesgo [en sentido fiscal] con arreglo al artículo 9.2 de la Directiva (UE) 2015/849. Por lo tanto, parece que es posible que el promotor del proyecto esté establecido en cualquier Estado miembro de la UE o en un país cooperador, o en un tercer país que no sea de alto riesgo. Lo cual convierte al mercado digital de plataformas de la UE diseñado por el Reglamento 2020/1503, en un mercado digital cuasi global, con los riesgos geográficos que ello entraña y a los que me referiré después.

(28) El artículo 2.1.b) RPSFP define el contrato de préstamo. Parece que hay tantos contratos de préstamo como inversores aceptan la oferta de financiación participativa. La garantía real, de haberla, se otorgaría en garantía de la totalidad de los préstamos recibidos.

(29) Los PSFP podrán crear un tablón de anuncios en el que sus clientes puedan anunciar su interés en la compraventa de préstamos y valores. Este tablón no consistirá en un sistema de casación interno de la PFP que ejecute órdenes de compra y venta de los clientes de forma multilateral. Simplemente es un tablón que permite anunciar el interés por vender (p.e., ceder el crédito) o comprar.

(30) Sánchez Ruiz, 2024, p. 52.

En este sentido el artículo 8.1 RPSFP señala que los PSFP no tendrán participación alguna en las ofertas de financiación participativa que se encuentren en sus plataformas, por lo que la PFP no podrá operar como inversora en proyectos ajenos.

Además los PSFP no aceptarán como promotor del proyecto a ninguna de las siguientes personas: sus socios que posean al menos el 20% del capital social o de los derechos de voto; sus directivos o empleados; ninguna persona física o jurídica vinculada con esos socios, directivos o empleados por control tal como se define en el artículo 4.1.35.b) de la Directiva 2014/65/UE (p.e., empresas filiales de las empresas socias de la PFP) (31).

Sí se admite, en cambio, que sean promotores de proyectos socios cuya participación en la persona jurídica titular de la PFP sea inferior a un 20% del capital social o de los derechos de voto.

Si el PSFP aceptase a las personas mencionadas antes (art. 8.2.1.a), b) y c) RPSFP) como inversores deberá hacer público en su sitio web que aceptan a esas personas como inversores, incluyendo información sobre los proyectos de financiación participativa específicos en los que hayan invertido, y velarán por que dichas inversiones se hagan con arreglo a las mismas condiciones que las de otros inversores, así como por que dicha persona no reciba ningún trato preferente ni tenga acceso privilegiado a información (art. 8.2.2 RPSFP).

Nada se dice de si las PFP pueden publicitar proyectos de *crowdfunding* de sociedades que formen parte de su mismo grupo empresarial (empresas filiales de la PFP matriz), aunque en este caso el conflicto de intereses que se plantearía sería análogo al que genera que los directivos o socios de la PFP (o filiales de estos) publiciten sus propios proyectos, de manera que sería aplicable el artículo 8.2 por analogía (32).

A pesar de estas prohibiciones que establece el RPSFP los conflictos de intereses pueden presentarse. Como se ha señalado, en función del modelo de gestión de la plataforma existen «plataformas independientes gestionadas por operadores ajenos al sector» inmobiliario y «plataformas no independientes que se gestionan por una o varias compañías del sector». En este último caso, esas empresas del sector devienen en gestoras del mercado inmobiliario a través de las plataformas, convirtiéndose a través de los contratos de acceso (mediante los cuales la PFP configura su perfil como operador), en prestador de servicios, regulador, supervisor y autoridad sancionadora, pudiendo además tener participación en empresas promotoras (ajenas a su grupo empresarial) que concurran a la PFP, con los evidentes conflictos de intereses que todo ello

(31) *Vid.,* artículo 12.1.m) RPSFP.
(32) Moreno Serrano, *ACR*, pp. 128, 132-133.

plantea (en detrimento de otros operadores más reducidos o no participados) [33].

Es por este motivo que ha de estar limitada la posibilidad de las PFP que intermedian en *crowdfunding inmobiliario* de predisponer el clausulado de los contratos de acceso con los usuarios (contratos de mediación) así como la posibilidad de la PFP de influir en el clausulado de los contratos de préstamo que realicen entre sí los usuarios. Se trata de evitar que los PSFP devengan en «micro – estados» que determinen el ordenamiento jurídico de un sector del mercado. Esta tarea corresponde a los Estados miembros en los cuales operen las PFP pues el RPSFP tiene una finalidad distinta como se desprende del artículo 1.1 RPSFP.

Finalmente, no queda claro si el RPSFP permite o no la autopromoción o *crowdfunding inmobiliario directo.* Algunos autores entienden que el RPSFP prohíbe el *crowdfunding* directo [34], pero el artículo 3.6 RPSFP daría a entender lo contrario al afirmar «cuando se utilice *una entidad instrumental para la prestación de servicios de financiación participativa*, solo podrá ofrecerse a través de dicha entidad instrumental un activo no líquido o indivisible» [35].

Parece, pues, que la entidad instrumental lo es de la PFP por lo que ésta puede ser promotora de sus propios proyectos inmobiliarios*, lo que puede generar conflicto de intereses con los promotores externos, y* afectar a la obligación del PSFP de actuar *«de manera honesta, equitativa y profesional, atendiendo al mejor interés de sus clientes»* (art. 3.2 RPSFP).

---

(33) Cfr., Rodríguez de las Heras Ballell, 2022, pp. 301-303. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de acceso a la plataforma, *Vid.,* Cuena Casas, *CDT*, pp. 328-334. La actividad de gestión de la plataforma el operador la realiza en el marco definido por el contrato de acceso a la plataforma. Según el modelo de negocio las plataformas asumen las siguientes funciones: «prestar servicios a los usuarios (prestador de servicios), adoptar las normas internas que regulan la actuación de los usuarios y la interacción entre ellos (regulador), supervisar el cumplimiento de estas normas (supervisor) y aplicar las sanciones previstas de conformidad con la política interna de infracciones y sanciones [autoridad sancionadora]. Cada plataforma configura contractualmente el perfil de su operador conforme a los rasgos indicados y mediante el contrato de acceso. Esta configuración funcional forma parte de la estrategia empresarial y define el modelo de negocio que soporta cada plataforma». (Rodríguez de las Heras Ballell, 2022, pp. 312-313).

(34) *Vid.,* Moreno Serrano, RECR, p. 56. En la misma línea, García Teruel, *Hosing*, p. 27, quien encuentra la confirmación de la prohibición de la autopromoción en el considerando 26 del RPSFP.

(35) Como señala Sánchez Ruiz, «la expresión "para la prestación" de estos servicios parece indicar que la regulación del Reglamento se refiere *a la utilización de este tipo de vehículos por el propio proveedor de servicios de financiación participativa»* (Sánchez Ruiz, 2024, p. 102). Este *Especial Purpuse Vehicle* emite los valores negociables o las participaciones sociales que son adquiridas por los inversores por lo que no está presente en la financiación participativa basada en préstamos. A través de esta entidad solo puede ofrecerse un activo no líquido o indivisible, en el cual adquieren una participación los inversores, activo que es propiedad de la sociedad instrumental (Sánchez Ruiz, 2024, pp. 98-103).

6.3 **Los riesgos geográficos**

El Anexo I del RPSFP desarrolla el contenido que debe incorporar la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión (FDFI).

La información se estructura en diversas partes (desde la *Parte A* hasta la *Parte I*), dedicando la *Parte A* a la información sobre el promotor del proyecto y el proyecto de financiación participativa, incluyendo la «descripción del proyecto de financiación participativa, incluidas su finalidad y características principales», y la *Parte C*, a los factores de riesgo. En esta *Parte C*, el Anexo I señala que el promotor deberá realizar una «exposición de los principales riesgos asociados con la financiación del proyecto de financiación participativa, el sector, el proyecto, el promotor del proyecto, los valores negociables y los instrumentos admitidos para la financiación participativa o los préstamos, incluidos, en su caso los riesgos geográficos»[(36)].

Un riesgo particularmente presente en el *crowdfunding* inmobiliario es el riesgo geográfico. Por hipótesis cabe que el inmueble a que se refiera el proyecto inmobiliario radique en cualquier parte del mundo, en España, en territorio de la UE, o fuera de la UE.

La cuestión que se plantea es que la transmisión de derechos reales se rige por la *lex rei sitae* (ley del lugar donde radique el inmueble), por lo tanto, para constituir garantía hipotecaria sobre el inmueble objeto del proyecto hay que atender a dicha ley, lo que puede originar que el constituyente de la hipoteca (el promotor inmobiliario) y los acreedores hipotecarios (la multitud de inversores) desconozcan dicha normativa y no tengan claras las consecuencias legales y económicas de la constitución de la garantía o de su realización forzosa en caso de incumplimiento del préstamo[(37)].

Por otro lado, también cabe que previamente deba adquirirse el inmueble objeto del proyecto inmobiliario (para su posterior alquiler, rehabilitación etc.). En este caso hay que tener en cuenta que en relación con los modos de adquirir la propiedad que tienen su fuente en un acto jurídico (p.e., contrato) sujeto a una ley propia, cuando la transferencia de propiedad se regula separadamente del contrato (como en el caso español de teoría del título y modo) «será necesario coordinar ambas leyes … la

(36) El Reglamento Delegado (UE) 2022/2119 de la Comisión de 13 de julio de 2022, completa el RPSFP en lo relativo a normas técnicas para la elaboración de la ficha de datos fundamentales de la inversión. Este documento cumple en cierta medida en el ámbito de la financiación participativa las funciones que en los mercados de valores desarrolla el folleto «que debe publicarse cuando se realiza una oferta pública (o admisión a cotización de valores», pero a diferencia del folleto, no requiere aprobación previa de la CNMV. (Sánchez Ruiz, 2024, pp. 57 y notas 148 y 149).

(37) Sánchez Ruiz de Valdivia, 2018, pp. 111-119.

lex rei sitae debe decidir si el contrato en cuestión tiene o no efecto adquisitivo; si es o no el contrato el único requisito para la transferencia del título [de propiedad]; igualmente regulará el acto de la entrega de la cosa así como los requisitos de publicidad. Por el contrario, será la ley del contrato la que regule la validez del mismo, su posible anulación, rescisión, etc., y también la transmisión de riesgos»[(38)].

Todo lo cual genera una incertidumbre en cuanto a la seguridad de las transacciones que son la base del proyecto inmobiliario y constituyen por lo tanto, riesgos geográficos.

En el Derecho Internacional Privado español el artículo 10.1 del Código Civil recoge el criterio de la *lex rei sitae* para determinar la ley reguladora de los derechos reales sobre bienes inmuebles al señalar que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, *se regirán* por la ley del lugar donde se *hallen»*.

«El Derecho de la UE no contiene ninguna regla sobre la ley aplicable a los derechos reales y a su publicidad. Por ello esta cuestión queda enteramente en manos de cada Estado Miembro; así, el artículo 345 TFUE indica, en efecto, que `los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros´»[(39)].

La *lex rei sitae* regula no solo el sistema de adquisición, constitución, modificación, transmisión, pérdida y extinción de los derechos reales, sino también «la duración, contenido y efectos del derecho real», «los medios jurídicos de defensa de la propiedad o la posesión», las facultades del titular del derecho y «las limitaciones, deberes y cargas que recaen sobre el titular del derecho real», así como «el alcance del derecho real frente a terceros» y la «publicidad de los actos de constitución, transmisión y extinción de los derechos reales constituidos» sobre inmuebles «Cuando se trate de una publicidad mediante inscripción, la ley aplicable al bien rige las condiciones de acceso al Registro de los documentos en los que consta la transmisión de la propiedad»[(40)].

Los aspectos obligacionales del contrato por el que se transmita la propiedad (normalmente en nuestro caso será una compraventa) se rigen de acuerdo con el Derecho Internacional Privado español por «la ley determinada según las normas del Reglamento `Roma I´», mientras que los aspectos reales se rigen por la *lex rei sitae,* o sea, por la ley española si el

(38) Abarca Junco, 2008, p. 356.

(39) Ortega Jiménez, 2023, p. 242. No obstante, la *lex rei sitae,* es «una de las reglas más antiguas del Derecho internacional privado», y es acogida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, lo que facilita la identificación de la ley aplicable. (Ortega Giménez, 2023, pp. 242-244).

(40) Ortega Giménez, 2023, pp. 258-259.

inmueble radica en España, así como las condiciones para hacer inatacable la adquisición (en caso de adquisición *a non domino*) [41].

Por lo tanto, la inscripción del inmueble adquirido y de la garantía hipotecaria deberá realizarse en el Registro de la Propiedad del país donde radique el inmueble. Pero los regímenes inmobiliarios en el ámbito del Derecho Comparado son muy diferentes en cuanto a los efectos que produce la inscripción en tales registros y, por lo tanto, en lo referente a la protección que dispensan al adquirente. Todo ello genera gran inseguridad para el inversor, ante el riesgo de reivindicación por el verdadero dueño. Así, no obtendría la misma protección el adquirente en un sistema de mera inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito (como el francés o el belga) que en un sistema de fe pública registral (como el español o el alemán) [42].

El riesgo geográfico también se manifiesta en cuanto a la incertidumbre sobre la ley aplicable a los contratos que celebran entre sí inversores y promotores con la plataforma (contrato de mediación) e inversores y promotor (contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble objeto de la promoción).

La doctrina distingue según en estas relaciones contractuales medie o no un consumidor.

Si no media un consumidor, el contrato que celebre el PSFP y el promotor así como el contrato que celebre el inversor con el PSFP, siempre que el tribunal competente para conocer de la demanda sea un tribunal europeo, se sujetará a la ley determinada por el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), salvo que el conflicto se esté dirimiendo ante tribunales daneses, los cuales aplican el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 18 de junio de 1980 (Convenio de Roma de 1980). Según el artículo 3 RRI la ley aplicable será la elegida por las partes de común acuerdo, normalmente la ley del país donde tiene su establecimiento el PSFP. En su defecto, se aplica la ley de la residencia habitual del prestador del servicio (que es el PSFP), es decir, el lugar en que el PSFP tiene su administración central (art. 4.1.b) y 19 RRI), salvo que el contrato presente vínculos más estrechos con otro Estado distinto, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho Estado [43]. A esta ley habrá que añadir, de acuerdo con el artículo 9 RRI, las leyes de policía, que son «normas imperativas del foro» (art. 9.2 RRI). Las leyes que regulan el mercado financiero son leyes de policía y por ello cuando el tribunal com-

(41) Ortega Giménez, 2023, p. 263.

(42) Sánchez Calero, y Sánchez-Calero Arribas, 2019, pp. 26-29. Sobre los distintos sistemas registrales en el Derecho Comparado, *vid.,* Gordillo Cañas, y Espejo Lerdo de Tejada, 2021, pp. 71-125.

(43) Rodríguez Rodrigo, 2020, pp. 687-688.

petente sea un tribunal español, deberá aplicar junto a la ley rectora del contrato, la LFFE[44].

En el caso del contrato entre el promotor del proyecto y el inversor (prestamista), si hay elección de ley por las partes, normalmente se elige la ley del país de la sede del promotor. Si se trata de promotores inmobiliarios con sede en España sería de aplicación el Código Civil (arts. 1740 y 1753 a 1757 CC) y, en su caso, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[45]. En su defecto, de acuerdo con el artículo 4.1.b) RRI como el prestador del servicio será el inversor, la ley aplicable sería la de la residencia habitual de cada uno de los inversores, por lo que en opinión de la doctrina sería aconsejable para el promotor inmobiliario «pactar la misma ley aplicable en sus relaciones con todos los inversores»[46].

Si media un consumidor, hay que tener presente que «según el artículo 6 del Reglamento de ley aplicable, el contrato de consumidores es aquel en el que una persona física – *consumidor* – contrata para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional, con otra persona física o jurídica – *profesional* – que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional». En estos casos «cuando el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o cuando por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades, la ley aplicable será la de la residencia habitual del consumidor (art. 6.1 RRI)». Ello en defecto de elección de ley en virtud del artículo 3 RRI, lo que no

(44) Rodríguez Rodrigo, 2020, pp. 688-690.

(45) Como señala el artículo 2.1 de la Ley 5/2019, esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, entendiéndose que tal actividad se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o *«aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora».* Sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 al *crowdfunding* inmobiliario financiado mediante préstamos, *Vid.,* Jiménez Paris, 2022, pp. 426-432. Al menos para las plataformas no armonizadas, la Ley 5/2019 también será aplicable al PSFP que de acuerdo con el artículo 4.5 Ley 5/2019 se considera intermediario de crédito inmobiliario, siempre que hablemos de intermediación en préstamos a promotores inmobiliarios personas físicas (consumidores o empresarios individuales). Por este motivo, para poder intermediar en el *crowdfunding* inmobiliario de préstamos de los artículos 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019 las PFP deberán cumplir con el requisito de inscripción en un registro de intermediarios de crédito (art. 27.1 y 28 Ley 5/2019). *Vid.,* más extensamente Jiménez París, 2022, pp. 433-436. Según Morales Sabalete «del enrevesado texto de la LCCI parece desprenderse que el Registro de Intermediarios de Crédito al que deben inscribirse los intermediarios afectos a esta Ley es el mismo creado por el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero» pasando este registro ahora a estar bajo la supervisión del Banco de España (y no del Instituto Nacional de Consumo), el cual ha regulado a través de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, los requisitos necesarios para la inscripción (Morales Sabalete, 2019, pp. 14 y 16-17).

(46) Rodríguez Rodrigo, 2020, pp. 690-692.

puede impedir la aplicación de las normas de protección del consumidor del Estado de residencia habitual de éste (art. 6.2 RRI). Estas reglas del RRI permiten determinar tanto la ley aplicable al contrato entre PSFP y consumidor, como al contrato de préstamo entre consumidor (inversor) y promotor inmobiliario (47).

Como señala Rodríguez Rodrigo «si ya la contratación interna conlleva una serie de riesgos, la contratación internacional, y mucho más si se desarrolla de manera *on line,* genera mayor inseguridad. La incertidumbre, entre otras razones, de no tener seguro que los tribunales competentes van a ser los propios y que el Derecho aplicable va a ser, también, el nacional, el conocido por la parte en cuestión, aumenta la inseguridad y los riesgos. Dicho de otra manera, si las obligaciones contractuales son cumplidas por ambas partes, no se planteará ningún problema jurídico entre ellas, sin embargo, si alguna de las partes no cumple con alguno de sus compromisos contractuales, surgirá la incertidumbre y la inseguridad determinados por el desconocimiento, *a priori,* de la jurisdicción competente y de la ley aplicable» (48).

A estos riesgos geográficos, se añade el riesgo de que el inmueble objeto del proyecto inmobiliario llegue a adquirirse efectivamente en el lugar de su ubicación (con arreglo al sistema de transmisión inmobiliaria determinado por la *lex rei sitae*), y el riesgo jurídico de reivindicación o sea de que la adquisición no sea inatacable con arreglo al sistema registral del país de ubicación del inmueble (49). A estos efectos hay que tener presente que el principio de inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito (propio del sistema francés, belga o italiano) no dispensa protección frente a la nulidad o falsedad del título del transferente.

Finalmente existen el riesgo de despersonalización y de anonimato que supone la contratación electrónica, pues el promotor inmobiliario puede ser una empresa de base tecnológica con la que se entra en contacto a través de otra empresa también de base tecnológica que es la PFP, y el riesgo de que el inmueble no pueda ser visualizado físicamente por los inversores (pensemos en un inmueble que se encuentre en el otro hemisferio).

Por ello pienso que el RPSFP debería contemplar como regla para el *crowdfunding* inmobiliario desarrollado por plataformas armonizadas, y la ley española para las plataformas no armonizadas, que los proyectos

(47) Rodríguez Rodrigo, 2020, pp. 692-693.

(48) Rodríguez Rodrigo, 2020, p. 694.

(49) Sobre el riesgo de reivindicación del inmueble adquirido, *vid,* Jiménez París, 2022, pp. 419-421 y STS 621/2024, de 8 de mayo de 2024, comentada por Vela Torres, 2024, pp. 1-7. Sobre la tesis monista del tercero hipotecario, *Vid.,* Jiménez París, 2005 y Jiménez París https://hdl.handle.net/20.500.14352/39431. Más resumidamente, Jiménez París, 2007. Sobre el momento de la buena fe, *Vid.,* Jiménez París, 2006.

inmobiliarios a publicitar en PFP se limitasen a inmuebles radicados en el país donde el PSFP desarrolla sus actividades (que por fuerza será un país de la UE) o en España, respectivamente, de manera que los inversores puedan comprobar más fácilmente que existen, que se rehabilitan o que se construyen.

De todos estos riesgos deberá informar cumplidamente el promotor inmobiliario que solicita financiación a través de una PFP, tal y como exige el Anexo I, *Parte C* y el artículo 23.6.a) RPSFP siendo responsables los promotores inmobiliarios de la información suministrada con arreglo al artículo 23.1.10 RPSFP. A este respecto, como «el régimen de responsabilidad deberá integrarse con las normas nacionales en materia de responsabilidad civil» y se trata de «una responsabilidad contractual cuyo presupuesto es el incumplimiento inexcusable, por parte de las personas físicas o jurídicas responsables (es decir, el propio promotor o quienes actúen en su nombre) de las obligaciones de información impuestas al promotor … alcanzará todos los daños y perjuicios causados… como consecuencia de las deficiencias de información contenidas en la ficha»[(50)].

Es decir, la aplicación de la ley al contrato entre inversor y promotor determinada con arreglo a las normas de Derecho Internacional Privado que hemos señalado antes, debe conjugarse con las normas de responsabilidad contractual que establezcan las normativas internas de desarrollo del RPSFP, que son «normas imperativas del foro», por regular el mercado financiero (art. 9.2). Por ello cuando el tribunal competente sea un tribunal español, deberá aplicar junto a la ley rectora del contrato, la LFFE (art. 51) que regula dicha responsabilidad del promotor[(51)].

7. CONCLUSIÓN

La compraventa de vivienda habitual puede verificarse mediante un préstamo hipotecario obtenido a través de una PFP no armonizada, que ponga en contacto a una multiplicidad de inversores con un consumidor. Dicho contrato de préstamo quedará sujeto a la Ley 5/2019, pudiendo la hipoteca gravar el inmueble adquirido al no impedirlo la nueva redacción de la Ley 5/2015 ni el RPSFP al que remite. Este tipo de *crowdfunding* no

(50) Sánchez Ruiz, 2024, p. 115.

(51) Sobre el contenido de la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión, *vid.,* Sánchez Ruiz, 2024, pp. 108-113. Sobre la responsabilidad del PSFP por la información contenida en la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión, *vid.,* Hernández Sainz, 2023, pp. 347-391.

es propiamente *crowdfunding* inmobiliario, sino *crowdfunding* de consumo en la medida en que aquél se refiere a proyectos empresariales.

Los proyectos empresariales de *crowdfunding* inmobiliario pueden financiarse a través de plataformas armonizadas o no armonizadas en función del importe necesario para el desarrollo del proyecto.

Si la plataforma que intermedia en *crowdfunding* inmobiliario es una empresa del sector inmobiliario y realiza actividades de autopromoción, se corre el riesgo de que las plataformas inmobiliarias controlen el precio del mercado de la vivienda y del alquiler, además del mercado de la financiación a promotores externos, lo que afecta a aquél. Por ello, no debería permitirse que las plataformas que intermedian en *crowdfunding* inmobiliario realizasen actividades de autopromoción siendo preferible que fueran gestionadas por empresas ajenas al sector inmobiliario.

No tiene sentido que la compraventa de viviendas de segunda mano (normalmente verificada entre particulares) termine siendo acaparada por los proyectos inmobiliarios participativos, de manera que la venta o el arriendo verificado tras la rehabilitación del inmueble sea efectuado por una persona jurídica, lo que conllevaría que siempre existiría una «intermediación» de una empresa inmobiliaria en este tipo de transacciones. Lo deseable sería que el *crowdfunding* inmobiliario intermediado quedase circunscrito a proyectos de construcción y posterior venta o alquiler de inmuebles, pero no a proyectos de adquisición y posterior venta o alquiler. De este modo, el promotor inmobiliario optaría por financiarse vía bancaría o vía *crowdfunding*, pero el mercado de vivienda de inmuebles de segunda mano quedaría en manos de los particulares. En todo caso, pienso que debería prohibirse la solicitud de financiación para comprar inmuebles en subasta, por la distorsión que ello podría producir en el ámbito de las ejecuciones de inmuebles.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca Junco, A. P. (Dir.). *Derecho internacional privado. Vol. II. Derecho Civil internacional,* Madrid, 2008.

Cuena Casas, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2020, pp. 283-348.

— «Prestamos en masa o '*crowdlending*' y responsabilidad del operador de la plataforma», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 2023, pp. 1-29 (formato PDF).

Díaz-Ambrona Bardají, M.ª D., y Hernández Díaz-Ambrona, M.ª D., «Capítulo 1. Derecho Civil de la Unión Europea», *Derecho Civil de la Unión Europea,* Valencia, 2024, pp. 31-52.

García Ochoa Mayor, D., y Narváez Barba, I., «Economía colaborativa y financiación», *Diario La Ley,* 2016, pp. 1-14 (formato PDF).

García Teruel, R. M., «Una primera aproximación al nuevo Reglamento UE 2020/1503: ¿cómo afecta al *crowdfunding* inmobiliario?», *Housing, Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili,* 2020, pp. 24-29.

Gordillo Cañas, A., y Espejo Lerdo de Tejada, E., «El Registro de la Propiedad español», *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, 2021.

Hernández Díaz-Ambrona, M.ª D., «Capítulo II. Las fuentes del Derecho», *Derecho Civil de la Unión Europea,* Valencia, 2024, pp. 53-83.

Hernández Sainz, E., «El *crowdfunding* inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: una fórmula de inversión participativa ¿alegal o prohibida?», *Revista de Estudios Europeos,* 2017, pp. 126-146.

— «*Crowdfunding* inmobiliario. Alternativas para su articulación jurídica y riesgos para el inversor», *Nuevas vías de acceso a la vivienda,* Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 229-284.

— «Responsabilidad civil del PSFP en caso de omisiones, inexactitudes o falsedades en la ficha de datos fundamentales de la inversión facilitada al inversor en las operaciones de captación de capital a través de una plataforma de financiación participativa (*equity crowdfunding*)», *La responsabilidad por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales,* La Coruña, 2023, pp. 348-391.

Jiménez París, T. A., *El tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.* Tesis Doctoral. Dirigida por M. García Amigo. Madrid, 2004, https://hdl.handle.net/20.500.14352/39431.

— *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid, 2005.

— *El momento de la buena fe*. Madrid, 2006.

— «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6831, 2007.

— «La financiación de la actividad inmobiliaria a través de plataformas de *crowdfunding* inmobiliario», «*Nuevo» derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Valencia, 2022, pp. 411-440.

López Ortega, R., «Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 2016, pp. 1-24 (formato PDF).

Maldonado Ramos, I., «El *crowdfunding* inmobiliario, ¿colectivización de la propiedad?», *El Notario del Siglo xxi*, 2018, pp. 25-27.

Morales Sabalete, M., «Los intermediarios de crédito inmobiliario en la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario» https://www.agmabogados.com/wp-content/uploads/2019/09/AGM_PDF-intermediarios-credito-inmobiliario_Inmuble_miquel-morales_sep19.pdf.

Moreno Serrano, E., «La incidencia del *crowdfunding* inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva», *Anuario de Capital Riesgo,* 2017, pp. 119-142, disponible en http://www.incari.org/index.php/es/anuario-capital-riesgo.

— «La armonización del *crowdfunding* de inversión», *Revista Española de Capital Riesgo,* 2022-2023, pp. 43-64.

Ortega Giménez, A., «Los derechos reales en el Derecho internacional privado», *Derechos reales. (Tratado práctico interdisciplinar),* Valencia, 2023, pp. 231-264.

Rodríguez Rodrigo, J., «*Crowdfunding* y Derecho Internacional Privado», *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding,* Valencia, 2020, pp. 669-695.

Rodríguez de las Heras Ballell, T., «La contratación inmobiliaria en plataformas», *«Nuevo» derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica,* Valencia, 2022, pp. 295-318.

Sánchez Calero, F. J., y Sánchez-Calero Arribas, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, 2019.

Sánchez Padrón, L. A., «Instrumentos alternativos de financiación para las cooperativas españolas», *Revista de Estudios cooperativos,* 2016, pp. 285-313.

Sánchez Ruiz, M., *Financiación participativa de inversión: el promotor del proyecto,* Las Rozas (Madrid), 2024.

Sánchez Ruiz de Valdivia, I., «Plataformas de financiación participativa: una alternativa a la financiación bancaria que facilita también la contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza», *La contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza,* Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 35-145.

Tapia Hermida, A. J., «La nueva regulación europea y española de los servicios y de las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*)», *Revista de Derecho del Mercado de Valores,* 2022, pp. 1-25 (formato PDF).

Vela Torres, P. J., «Tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH). Cumplimiento del requisito de haber adquirido de un titular inscrito», *Diario La Ley,* 2024, pp. 1-7 (formato PDF).

VIII

VIVIENDA HABITUAL
Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A. Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda

Diego Vigil de Quiñones Otero
Registrador de la Propiedad
Doctor en Derecho
Universidad Complutense de Madrid (IEB)
dvigil@registradores.org

Resumen.– *Los principios hipotecarios nos sirven de guía para comprobar algunas deficiencias de nuestro sistema registral. El control de legalidad se va adaptando a nuevas necesidades al exigir mayorías vecinales en relación a pisos turísticos, pero padece la deficiente regulación de la causa. La prioridad vive de soluciones doctrinales no previstas en la ley. La especialidad de las inscripciones tiende a la expansión, siendo los arrendamientos una asignatura pendiente. Los efectos del Registro siguen siendo discutidos, la buena fe interpretada de modo anacrónico, las cargas legales no se reflejan en el Registro, y la conexión de la fe pública con los arrendamientos resulta insuficiente.*

Palabras clave: *legalidad, causa, prioridad, arrendamientos, inscripción, buena fe, cargas.*

Abstract: *The mortgage principles serve as a guide to check some deficiencies of our registry system. The control of legality is adapting to new needs by requiring neighbourhood majorities in relation to tourist flats, but suffers from the deficient regulation of the cause. Priority is based on doctrinal solutions not provided for in the law. The speciality of registrations tends to expand, with leases being a pending subject. The effects of the Register are still disputed, good faith is interpreted in an anachronistic way, legal charges are not reflected in the Register, and the connection of public faith with leases is insufficient.*

Keywords: *legality, cause, priority, leases, registration, good faith, encumbrances.*

Sumario: 1. Idea de los principios hipotecarios y su relación con la vivienda. 2. El principio de legalidad. 2.1 Idea general. 2.2 La reducción de mayorías necesarias en las comunidades de vecinos. 2.3 El problema de la causa. 2.4 La evolución sobre el control de cláusulas. 3. El principio de prioridad y su problemática en la contratación inmobiliaria. 4. El principio de especialidad. 4.1 La tendencia a la ampliación del titular registral. 4.2 En concreto, el problema de las sociedades civiles. 4.3 La tendencia a la ampliación de la materia registrable. 4.4 El problema de los arrendamientos. 5. El principio de publicidad. 5.1 El carácter de la inscripción y las disputas doctrinales sobre la misma. 5.2 El problema de las cargas legales. 5.3 Disputas interpretativas sobre el principio de fe pública. 5.4 La fe pública registral frente a los arrendamientos. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. IDEA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA

Ofrecer un panorama de conjunto acerca de la relación del Derecho registral con la vivienda requiere de un sistema. Uno de los muchos posibles, es seguir el sistema de principios, que tal vez es la forma de exposición más clara del Derecho registral que hemos alcanzado en nuestra ciencia jurídica patria[1]. En palabras de Lacruz y Sancho, los principios

(1) El origen de los principios hipotecarios se debe a don González, J., quien procurando llamar la atención sobre los principales problemas que originaba el Registro de la Propiedad conectándolos con la «corriente originaria» que inspiró nuestra legislación (la publicidad registral alemana), redactó una serie de trabajos que pronunció como conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Los escritos de don Jerónimo sobre los principios fueron publicados en Madrid en 1924 como *Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistema y fuentes)*. Más adelante, la Asociación de Registradores

hipotecarios son «aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos, que dan a conocer las líneas esenciales, lo que podríamos llamar las "ideas-fuerza", de nuestro ordenamiento inmobiliario registral»[2]. Son diversas las clasificaciones que se pueden establecer de los principios[3]. Pensando en la finalidad práctica de conocer las líneas básicas del Registro, los reduje a seis y los presenté en el orden en que intervienen en el procedimiento registral[4] en un pequeño manual para universitarios y abogados[5]: rogación, legalidad, prioridad, especialidad, tracto sucesivo y publicidad.

Dichos principios pueden servirnos de guía para analizar algunos problemas relevantes en los que el Derecho registral inmobiliario ha experimentado cambios en los últimos años relacionados con la vivienda, planteando retos dogmáticos[6]. De los mismos, nos vamos a centrar en el de legalidad, el de prioridad, el de especialidad y el de publicidad, pues el de rogación no plantea grandes problemas para facilitar el acceso a la vivienda que no hayan sido debidamente abordados en la Ley 11/2023, y el de tracto sucesivo tampoco presenta peculiaridades y las que presenta están relacionadas con la prioridad.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1 **Idea general**

Es el principio en virtud del cual lo inscrito en el Registro debe ser conforme a la Ley. Consecuencia de éste principio no cabe inscribir en el Registro ningún título (calificación de entrada, artículo 18 LH) ni obtener información actualizada de la finca (calificación de salida, artículo 222.6 LH), sin que previamente se produzca la calificación del mismo título o la actualización del derecho del cual se informa por el Registrador. Entendemos

---

de la Propiedad –antecesora del actual Colegio profesional–, publicó *Principios hipotecarios* (Madrid 1931). Dichos trabajos se recogen hoy en González Martínez, 2011. El sistema de principios ha sido seguido por grandes tratadistas como Roca Sastre o García García, ha servido en su tratamiento del Registro a Gordillo Cañas, y sirve al último Manual publicado en la materia (Murga-Vigil, 2024).

(2) Lacruz Berdejo, J. L., y Sancho Rebullida, 1984.

(3) Resultan muy ricas las que hacen Gordillo Cañas (*ADC*, 1988, pp. 423-632) y García García (1988).

(4) Se podría establecer otro orden, pero éste es el que creo que resulta más sencillo para un usuario medio que tenga conocimientos de Derecho: considerar los principios a partir de los problemas.

(5) Vigil de Quiñones Otero, 2015.

(6) He analizado de modo más extenso algunos de los temas que aquí se van a plantear en Vigil de Quiñones Otero, 2018. pp. 723-749.

calificar como «determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que solo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos válidos y perfectos» (Gómez Gálligo) [7]. La de calificar es una potestad pública de decisión jurídica, un potestad administrativa de resolución, que permite al Registrador decidir sobre las pretensiones de inscripción (De Pablo Contreras) [8]. Se trata de una calificación de un órgano que no ha sido autor del documento y que mira no solo a las relaciones *inter partes*, sino también a los efectos respecto de terceros (García García) [9], procurando la protección de los afectados por la inscripción, (Guilarte y Raga) [10]: *quod omnes tangit ab ómnibus approbetur*. Ello es lo que determina que se pida la intervención de la comunidad de vecinos cuando se pretende la modificación de un elemento en el régimen de propiedad horizontal (*cfr.* artículos 5, 10, 17 LPH), o la intervención de la Junta General de la sociedad de capital en ciertos casos (*cfr.* artículos 72 y 160 Ley de Sociedades de capital). Del mismo modo, sin llegar a exigir un consentimiento, se procura que no se inscriban ciertos actos si no consta la notificación que permita la intervención de terceros interesados, tales como el arrendatario de la finca inscrita (art. 25 Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 22 Ley de Arrendamientos Rústicos). Ello es lo que precisa también la intervención de la Administración, cuando hay interés público (*cfr.* artículos 17 y 20 Ley Suelo).

2.2 La reducción de mayorías necesarias en las comunidades de vecinos

Por lo que se refiere a éstos afectados que deben consentir, es interesante señalar en el ámbito de la vivienda que las últimas reformas (ley 8/2013, de 26 de Junio) han establecido la necesidad de autorización administrativa para dividir, segregar y agregar pisos y locales (*cfr.* artículo 10.3.b LPH), pero han suavizado las exigencias en cuanto a las mayorías necesarias (se admite 3/5) en la Junta de Propietarios. Una mayoría cualificada, pero alejada de la unanimidad, que también se ha establecido (RDL 7/2019) para permitir a las comunidades de vecinos limitar

(7) Gómez Gálligo, J. 2009, p. 1577.
(8) De Pablo Contreras, 2014, p. 103.
(9) García García, J. M., 1988, p. 552.
(10) Guilarte Gutiérrez, V.,y Raga Sastre, N., 2010, pp. 93 ss.

estatutariamente la vivienda turística[11]. De estos aspectos se encarga el Dr. Murga en el capítulo VIII.c de este Tratado.

2.3 **El problema de la causa**

Un problema abierto y nunca lo bastante claro es el relativo a la calificación registral de la causa: los derechos inscritos deben tener causa suficiente y lícita para poder inscribirse. El Registro ha sido un mecanismo desde el cual se ha combatido el problema de la anomalía de las causas: a lo largo del tiempo se ha denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita[12].

Uno de los casos en los que la anomalía e ilicitud de las causas ha generado mayores problemas ha sido el del pacto comisorio. A decir de la Dirección General «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo[13] como de este Centro Directivo» (RGRN. 8 de abril de 1991). En aplicación de esta regla, la DGRSFP ha rechazado la inscripción de otros derechos cuando se usaban en función de garantía pretendiendo eludir la prohibición de pacto comisorio mediante negocios indirectos[14], como es en ocasiones el derecho de opción de compra[15], especialmente cuando se utiliza en función de garantía. Sin embargo, en una Resolución de 9 de enero de 2024 se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía (instrumentada a través de un derecho de opción) siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de

(11) Sobre el particular *vid.* Cerceira Bravo de Mansilla, G., *RDP*, 3, 2019, 3-33. Así como Murga Fernández, J. P., *RCDI* 775, pp. 2221-2277.

(12) Tales como las adjudicaciones derivadas de un pacto comisorio o las ventas en función de garantía (sean estas como tales (R. 30 de junio de 1987), con pacto de retro (18 de octubre de 1994) o bien opciones en garantía (22 de septiembre de 1992), casos en los cuales la anomalía de la causa ocasiona la denegación de la inscripción; lo cual sin embargo no sucede en negocios de estructura similar como el leasing (RR. 15, 16 y 17 de junio de 1998).

(13) Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008.

(14) Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008.

(15) Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022.

abuso para el deudor. Con anterioridad (RDGRN12 Dic 23) el Centro Directivo consideró que «deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda»[16].

Se observa, por tanto, una tendencia a la apertura habiendo equilibrio de intereses. Y se limita de algún modo la calificación registral si la simulación negocial o la construcción del negocio indirecto no se desprenden claramente del expediente[17]. Sin embargo, en esa evolución se va produciendo un desdibujamiento de la causa *adquirendi* de los derechos inscritos. No es cuestión simplemente de que el deudor haya consentido (lo cual siempre es posible como dación en pago causa *credendi*) o de que haya equivalencia de prestaciones, sino de que la adquisición con *causa garantiae* no sea ilícita y sobre todo sea insuficiente para adquirir[18]. Y abrir la mano a operaciones de ingeniería jurídica que buscan el acceso al préstamo de quienes más difícil lo tienen en el circuito bancario, lo único que va a producir es un incremento de los prestamistas y unos daños que nos devolverán a las buenas razones por las que el ordenamiento ha limitado tradicionalmente el pacto comisorio. Un aluvión de Resoluciones de finales de 2024 y comienzos de 2025 (por todas, R. 12 de febrero de 2025) corrige en parte los excesos de las anteriores, incidiendo en el problema de la causa. Pero no es razonable que la seguridad deba depender de vaivenes de una Dirección general. Es por ello que una mejora necesaria para el papel que debe cumplir el Registro en relación con la vivienda sería perfeccionar la regulación sobre la calificación de la causa, inadmitiendo cosas que con la ley en la mano no sean claras.

2.4 **La evolución sobre el control de cláusulas**

Finalmente, hemos destacar que el Registro cumple un papel muy relevante en relación con la protección del consumidor de inmuebles, evitando

(16) «Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión».

(17) Resolución de 28 de enero de 2020 13 de julio de 2022.

(18) Como lo es por ejemplo la donación *mortis causa* por no haber una atribución irrevocable al adquirente (*Cfr.* Resolución de 29 de octubre de 2020). Sobre este aspecto y la anomalía de que se deban inscribir pactos sucesorios revocables en Cataluña, *vid.* Vigil de Quiñones, 2022, *RJC*, pp. 153 ss.

la inscripción de cláusulas abusivas (258.2 LH). El precepto hoy vigente es el resultado de una evolución en la que no siempre estuvo todo claro, en la que hubo una importante disputa doctrinal[19], y en la que la posición de la DGRN resultó vacilante: 1.º durante los primeros tiempos de la vigencia de la Ley de Consumidores de 1984 admitió[20] que el Registrador denegase las cláusulas legalmente nulas, 2.º con posterioridad[21] solo admitió denegar aquellas cláusulas declaradas nulas por Sentencia inscrita en el Registro de condiciones generales (RDGRN. de 19 de abril de 2006, 24 de julio de 2008), 3.º volviendo luego a la posición anterior (RDGRN. 1 de octubre de 2010) relativa a la calificación de cláusulas abusivas en las hipotecas[22], admitiendo la denegación de aquellas que sean contrarias a Ley imperativa, permite entender lo contrario. El texto vigente es el resultado de ésta última doctrina, que inspiró las leyes 1/2013 y 5/2019, y lo más conforme a la protección constitucional del consumidor (*cfr.* STC 41/1981).

3. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y SU PROBLEMÁTICA EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

El adecuado funcionamiento del principio de prioridad (o preferencia excluyente –art. 17 LH– y superioridad de rango de los derechos constituidos antes sobre los posteriores) es una de las piezas fundamentales del Derecho registral español. Su adecuada operatividad, se logra mediante la adecuada llevanza del libro diario, toda vez que es el asiento de presentación el que concede la prioridad (arts. 24 y 25 LH).

Sin embargo, la sola consideración de estos preceptos no basta ya hoy en día para comprender el juego del principio de prioridad, ya que la Dirección General lo ha hecho más extenso. En efecto, por el principio de prioridad todo documento debe despacharse antes que el posterior. Sin embargo, cuando el anterior necesita del posterior para poderse inscribir, se admite que gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando éstos sean necesarios para

(19) Peña, García, y Busto defendían el control registral, Alfaro únicamente el judicial (ver obras citadas de cada uno en bibliografía).

(20) Así las Resoluciones de 7 de septiembre de 1988, 16 de febrero 1990, 16 de marzo de 1990,26 de diciembre de 1990, y 17 de marzo de 1994.

(21) Así, las Resoluciones de 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1991. Y posteriormente las de 4 de mayo de 1992, 1 de junio de 1992, 29 de junio de 1992, 6 de julio de 1992, 9 de julio de 1992, 11 de julio de1992, 13 de julio de 1992, 14 de julio de 1992 y 11 de julio de 1992, entre otras muchas.

(22) Según afirmó el Tribunal Constitucional la calificación del Registrador de la Propiedad forma parte de la protección constitucional del consumidor, una protección que actúa durante la vida de la hipoteca por el procedimiento registral (Sentencia 41/1981, 18 de diciembre).

su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción (RDGRN 12 de noviembre de 2010)[23]. Esto resulta especialmente valioso en la práctica, pues los sistemas informáticos en ocasiones presentan en desorden documentos que el tracto requiere que vayan uno primero de otro. En particular, en los préstamos con hipoteca (negocio por excelencia en el acceso a la vivienda), es frecuente que se presente primero la hipoteca y después la compra. En la estricta aplicación de la regla de tracto sucesivo (art. 20 LH), la hipoteca debería denegarse y, una vez pasados los plazos de caducidad de su asiento de presentación, inscribir la compra y volver a presentar la hipoteca, con lo cual todo se demoraría y se harían dos asientos de presentación para cada hipoteca. Con la indicada doctrina de la Dirección General, la situación es más fácil. No obstante, pender de una solución que no tiene más sustento que una Resolución sin valor de fuente de Derecho resulta poco seguro. El legislador debería en el futuro prever mejor estos problemas y recoger las soluciones en la ley.

4. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

En virtud del principio de especialidad, el derecho que se inscriba debe estar perfectamente determinado en cuanto a titularidad, objeto y contenido. Esto que *a priori* resulta muy sencillo, presenta no pocas cuestiones que merecen ser analizadas en relación con la problemática de la vivienda. Siendo objeto de un capítulo posterior a cargo de la Profesora Goñi el reflejo registral de la vivienda habitual, y habiendo otro capítulo obra de doña Rocío Perteguer sobre el reflejo registral de las viviendas protegidas, me centraré en tres: 1.º La ampliación del concepto de titular registral; 2.º La tendencia a la ampliación de la materia registrable; y 3.º El problema del deficiente reflejo del arrendamiento en el Registro.

4.1 **La tendencia a la ampliación del titular registral**

Una regla fundamental del Derecho registral es (era) que no es posible ostentar titularidad registral si falta personalidad jurídica (art. 11 RH).

(23) En el caso, se habían presentado: 1.º Una donación del cónyuge A al B de su mitad en un bien (que en el Registro era ganancial), 2.º Un embargo de esa mitad, 3.º Las capitulaciones de matrimoniales en las que el bien ganancial pasaba a estar en pro-indiviso. La DGRN consideró que se podían inscribir antes las capitulaciones para subsanar el defecto de conjunto que impedía la inscripción del primero de los documentos.

Sin embargo, atendiendo a una cierta personificación práctica y, en algunos casos, al reconocimiento de legitimación procesal, la DGRN había admitido la extensión de asientos a favor de entidades carentes de personalidad jurídica como la comunidad de propietarios en régimen de división horizontal (RRDGRN 19 febrero 1993 y 12 de febrero de 2016). Fracasado el intento de reforma reglamentaria en el pasado siglo[(24)], la reforma del artículo 9.e LH por la Ley 13/2015 permite que puedan ser titulares registrales: 1.º las uniones temporales de empresas, 2.º las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, 3.º los fondos de titulación de activos, que como indica Barranco Aguayo (25) es a lo que se refiere el artículo 9.e. LH al mencionar al «patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones»[(26)].

4.2 **En concreto, el problema de las sociedades civiles**

Por otra parte, la disposición adicional 8.ª de la Ley 18/2022 ha admitido que las sociedades civiles que no tengan forma mercantil puedan ser inscritas en el Registro mercantil. Con anterioridad, la imposibilidad de dicha inscripción determinó que se negara la personalidad jurídica de las mismas y en consecuencia la inscripción de sus titularidades en el Registro de la Propiedad (R. 31 de marzo de 1997), aunque con posterioridad se admitió dicha inscripción por seguridad y ante la imposibilidad de inscribirse en el Registro mercantil (R. 14 de febrero de 2001)[(27)]. Tras la reforma de la ley 18/2022, la doctrina que ha analizado si cabría exigir una inscripción previa de la sociedad civil en el Registro mercantil para ser titular en el de la Propiedad, defiende la innecesariedad de dicha inscripción (Karrera)[(28)]. La DGSJFP ha mantenido esta misma idea en la Reso-

(24) La reforma del artículo 11 RH operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, introdujo la posibilidad de practicar asientos en algunos supuestos especiales de entidades sin personalidad jurídica, pero fue anulada por la STS 31 enero 2001.

(25) Barranco Aguayo, A., 2024. p. 154.

(26) A esto debemos añadir que el TRLSRU reconoce cierta personalidad jurídica a las «comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios» (*Cfr.* artículos 8 y 9.5) y que en todos aquellos casos en que la LEC reconozca legitimación procesal no podrá negarse la anotación preventiva que garantiza el resultado del proceso, independientemente de la falta de personalidad jurídica de la entidad actora, lo que permite anotar demandas o embargos a favor no solo de comunidades de propietarios o uniones temporales de empresas, sino también de masas patrimoniales cuyo titular esté transitoriamente indeterminado, como la herencia yacente.

(27) Lo cual equivalía a convertir el Registro de la Propiedad en Registro de personas para las sociedades civiles, como señalé Vigil de Quiñones Otero, 2017, pp. 458-499.

(28) *Cfr.* Karrera Egialde, M. M., *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 260 (2023), pp. 231-266.

lución de 18 de noviembre de 2024. Sin embargo, la coherencia con el sistema institucional de publicidad (que combina un Registro de personas jurídicas –Mercantil– en el que es posible la inscripción de la sociedad civil, con uno de bienes –Propiedad–, requiriendo siempre la previa inscripción en el de primero –art. 383 RH–) haría aconsejable exigir siempre la previa inscripción de la sociedad civil en el Registro mercantil. Sobre todo porque sería lo coherente con la doctrina de la misma de 2001, que admitió la inscripción de las sociedades civiles en el Registro de la Propiedad en tanto no era posible hacerlo en el Mercantil.

4.3 **La tendencia a la ampliación de la materia registrable**

Cuando en 1861 se promulgó la Ley Hipotecaria, la realidad social, constructiva, inmobiliaria, habitacional, era bien distinta de la actual: no existía régimen legal específico para las casas por pisos y no se inscribían los bienes pertenecientes a las Administraciones Públicas. La inmensa mayoría de las fincas registrales eran rústicas, y las edificaciones en población eran en su mayoría viviendas unifamiliares. El siglo XX produjo importantísimas transformaciones inmobiliarias, cambiando los derechos reales más usados (el censo tendió a desaparecer y la hipoteca se generalizó) al compás del desarrollo de la propiedad horizontal (PH). En el ámbito del Derecho público, nuevas instituciones como la concesión administrativa, la expropiación, o la ejecución urbanística fueron tenidas en cuenta para regular su reflejo registral. El régimen de la PH ha servido además para nuevas formas de organización habitacional como los complejos, conjuntos, urbanizaciones privadas, garajes, mercados de abastos, centros comerciales, y hasta cementerios. Dicho régimen ofreció una técnica registral de inscripción vinculada de varias fincas registrales, que ha sido muy útil para abordar el reflejo registral de la figura que desarrolla el *time sharing* vacacional en España y que comienza a servir a la vivienda colaborativa (*cohousing*) o a los condohoteles u hoteles de condueños[29]. En cualquiera de estas situaciones, se hace necesario conocer el régimen, sus estatutos y hasta sus reglamentos[30].

Analizada dicha evolución desde el problema actual de las ciudades (escasez de espacio para una demanda creciente), el futuro del Registro seguramente pase por perfeccionar los mecanismos de reflejo registral de los usos inmobiliarios limitados en el tiempo. En efecto, el Registro ya

(29) Sobre los mismos y su problemática registral, ver VIGIL DE QUIÑONES OTERO, 2019, pp. 425 ss.

(30) Por cuya inscripción abogan FERNÁNDEZ DEL POZO REY (*RCDI* 656, 2000) y ARNÁIZ EGUREN (2010, p. 406).

admite la posibilidad de reflejar derechos que, además de recaer sobre un espacio, recaen sobre un tiempo como el caso mencionado del tiempo compartido vacacional, los hoteles de condueños, pero también las propiedades temporales o la comunidad por turnos del Derecho civil catalán. La adecuada publicidad de otras situaciones de disfrutes compartidos sucesivos permitirá un reflejo preciso de una concurrencia de derechos sobre un mismo objeto. Esto nos permite entrar en el problema de los arrendamientos.

4.4 **El problema de los arrendamientos**

Históricamente el Registro de la Propiedad estuvo cerrado a los arrendamientos de corta duración hasta la LAU de 1994, que modificó el artículo 2.5 LH. Dicha Ley, contiene una D. A.2.ª que remitía a una determinación reglamentaria la fijación de los requisitos de acceso de los arrendamientos al Registro. Dicho reglamento llegó en 1996 (RD 297/1996, 23 de febrero) exigiendo la misma forma de titulación prevista con carácter general en el artículo 3 LH. El resultado, en un contexto donde la costumbre son los contratos privados de arrendamiento, es que apenas se inscriben los mismos. Algunos autores han abogado por la admisión de documentos privados[31]. Pienso que sin necesidad de llegar a la misma, un buen camino sería el siguiente:

La DA 3.ª de la LAU establece que las CCAA podrán establecer la obligación de depositar las fianzas de los contratos. Dicha DA 3.ª LAU establece además que los interesados faciliten al depositar la fianza la información del sujeto, objeto y contenido del contrato (partes, finca, renta, duración). Dichos datos son exactamente los mismos que debe contener la inscripción del arrendamiento conforme a los artículos 3 y 4 del RD 272/1996. Una buena solución sería que la certificación administrativa del depósito de la fianza en la que constan dichos datos (el resguardo de depósito) se admita como título inscribible para hacer constar el arrendamiento en el Registro. Ello propiciaría una información que puede ser decisiva en el tráfico de una finca arrendable.

5. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Aunque los manuales suelen desglosar el principio de publicidad en inscripción, legitimación, inoponibilidad y fe pública, siguiendo a don Jerónimo

(31) García García, J. M., 2020, p. 13.

González he preferido siempre un tratamiento conjunto, de modo que bajo este apartado me propongo analizar cuatro cuestiones que pueden ser importantes en relación con el servicio que el Registro presta a la vivienda.

5.1 **El carácter de la inscripción y las disputas doctrinales sobre la misma**

Una de las cuestiones que más tinta ha hecho correr desde la promulgación (1861) y reforma (1944-46) de la Ley Hipotecaria ha sido la relativa a si la inscripción en nuestro sistema es o debería ser constitutiva y por tanto al efecto que surte la misma en el *iter transmisivo* de un derecho real.

Descartada la inscripción constitutiva en la primera ley por cuanto no estaba debidamente asumido en la cultura jurídica popular el papel del Registro, se optó por supeditar los efectos de los derechos inscribibles a la inscripción. En algunos casos totalmente (los que los autores llaman de inscripción constitutiva) y en otros haciendo depender la plena eficacia del derecho frente a terceros a la inscripción, pero sin supeditar a la inscripción el nacimiento del derecho (los llamados por la doctrina de inscripción declarativa, conformadora o cuasiconstitutiva). Sentada esta situación, que los autores del momento explicaron en el sentido de que la transmisión de derechos no era plena sin inscripción y la conveniencia de avanzar hacia una inscripción constitutiva [32], se llegó a la reforma de 1944. Su exposición de motivos, partiendo de que «*no se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que casi la totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva*», y aun reconociendo que «*las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza, de derecho necesario*», descartaba que la inscripción fuese constitutiva porque «*más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro*». No daba razones de más peso.

Pero al no imponerse la inscripción con carácter constitutivo se ha explicado el asunto diciendo que la regla general es la inscripción meramente declarativa, entendiendo como declarativa que recoge una mutación real ya producida (Roca) [33], que no interviene en el cambio real (Lacruz) [34], o que no añade por sí misma nada a unos elementos del derecho real ya existentes, los cuales se limita a reconocer (Sanz) [35]. A partir de esta concepción, se difundió el «tópico» de que la inscripción era

(32) *Cfr.* Valverde, C., 1925. pp. 178-179.
(33) Roca Sastre, R. M.ª, 1978, p. 193.
(34) Lacruz Berdejo, J. L., 1957, p. 148.
(35) Sanz Fernández, A., 1948. pp. 239 ss.

«meramente declarativa» (García García). Una forma de explicar las cosas que no hace justicia a la realidad, y que seguramente procede de la traslación al campo de la inscripción de las nociones procesales de sentencia constitutiva y declarativa. Se prescinde con ello del carácter del derecho real que, según otros autores, requiere de la inscripción para su plena eficacia (García García) (36).

Si la inscripción es declarativa solo por el bajo porcentaje de fincas inscritas, habría que recordar que desde 1944 se ha inscrito gran parte del suelo que estaba sin inscribir (favorecido por el impulso de la concentración parcelaria en muchos casos), pero sobre todo la realidad inscribible se ha transformado a partir de la LPH. El porcentaje de inscripción es hoy por hoy alto. La doctrina habla ya de «plena inscripción de facto» (Méndez) (37). Si además valoramos que la razón de ser es facilitar la publicidad, que dicha publicidad se considera cuestión necesaria, y que la inscripción es más perfecta que la posesión como medio de exteriorización del derecho real (modo público la llama Gómez Galligo) (38), no sería descartable abrir nuevos caminos a la inscripción constitutiva en el futuro.

Lo cierto es que dichos caminos no se han abierto, y que, a día de hoy, existe una disputa doctrinal entre los civilistas de la Universidad (que siguen en general las ideas de Lacruz y Roca) y los hipotecaristas registradores (39). La posición de estos de considerar meramente residual (para la propiedad no inscrita) la doctrina del título y el modo no es lo que propiamente resuelve la jurisprudencia. Una aclaración legislativa en el futuro sería conveniente a la seguridad de nuestras transmisiones, algo fundamental para el problema de la vivienda (40).

5.2 **El problema de las cargas legales**

Otro problema relacionado con la protección que ofrece el Registro a través del principio de publicidad (inopobilidad de lo no inscrito –art. 32 LH– y consiguiente protección de quien confía en la apariencia –art. 34 LH–), es el relativo al tratamiento de las cargas que afectan a un bien o derecho inscrito. La regla general es que el Registro únicamente debe recoger

(36) García García, J. M., Madrid 1988. Tomo I. pp. 557-605.
(37) Méndez González, 2023, pp. 2027-2080.
(38) Gómez Gálligo, núm. 784, pp. 965-987.
(39) *Cfr.* Obras citadas de Méndez González y Gómez Gálligo.
(40) Tal vez dicha reforma debería pasar por el camino, que he sugerido en otros trabajos (*Cfr.* Vigil de Quiñones Otero, 2021, 2022 y 2023), de considerar la falta de inscripción como un formalismo irritante, de modo que para convertir un derecho en verdaderamente real *erga omnes*, se necesaria la inscripción al modo explicado por la Exposición de motivos de la LH 1861.

las cargas que condicionen el derecho inscrito según el título (art. 51. 6 RH), es decir, las de origen negocial. Las de origen legal, en cambio, no se reflejan de modo expreso, pues su efecto deriva de la ley, y no existe riesgo de que alguien de buena fe adquiera como libre un bien que estaba gravado por negocio (ex artículo 34 LH). Con ello, a la vez que se recuerda el artículo 6 CC, se descarga en el particular la responsabilidad de informarse. Ello conduce a una asimetría informativa en la práctica: mientras el transmitente titular de un derecho suele tener claras las cargas de lo que tiene, el particular que recibe una nota donde pone «libre de cargas» corre el riesgo de padecer un error, pues puede haber cargas de origen legal.

Según la teorización económica del Registro de la Propiedad, el Registro reduce asimetrías informativas, de suerte que un contratante tiene bastante con consultar la inscripción del derecho que pretende adquirir para poder adquirirlo seguro, es decir, sin que le afecten las cargas que en la inscripción no constan (art. 34 LH)[41]. Sin embargo, en algunos de esos casos hay cargas de las que no cabe tener conocimiento con la simple consulta de la situación registral de la finca, pues no se reflejan en el Registro como tales (ex artículos 9 LH y 51 RH)[42] o gravan determinados bienes por ministerio de la ley[43]. El resultado de éstas dos reglas (no se reflejan, pero perjudican) implica que el contratante que pida información sobre el derecho inscrito sobre el que pretende contratar, no podrá conformarse con fiarse de la apariencia creada por el Registro. Ello solo será así respecto de las cargas inscribibles no derivadas de una Ley. O lo que es lo mismo: no basta con consultar el Registro, sino que también hay que consultar los boletines oficiales.

La dificultad que plantea el actual tratamiento registral de las cargas legales, requiere de algún tipo de simplificación que haga más sencilla la aplicación de la ley a los destinatarios.

Nadie cuestiona hoy[44] la necesidad de que la ignorancia de las leyes no excuse su cumplimiento. Ahora bien, ello no implica que no quepa

(41) *Cfr.* Arruñada, B., 2013.

(42) Tal es el caso, por ejemplo, de los embargos y demás circunstancias objeto de anotación preventiva (art. 42 LH), de las hipotecas, de las condiciones resolutorias en garantía de aplazamientos de pago (art. 11 LH), de las cláusulas de reversión (*Cfr.* 641 CC para las procedentes de donaciones), de los pactos de retroventa (art. 1507 y 1510 CC), de las sustituciones fideicomisarias (art. 82 RH), del derecho de retorno arrendaticio (art. 15 RH, DA 11.º RDL 2/2008 y DA 8.ª Ley de Arrendamientos Urbanos).

(43) Como los retractos legales, las prohibiciones de disponer impuestas por la Ley, las limitaciones derivadas del carácter de Vivienda de Protección Oficial, el derecho de reversión que para los ascendientes establece el artículo 812 CC, la garantía prevista en la Ley de Haciendas Locales por impago de IBI, los débitos de gastos de comunidad del artículo 9 LPH, o determinados derechos reconocidos por Derechos civiles de algunos territorios, que no se hacen constar en el Registro, pero sí perjudican a tercero.

(44) Fue duramente criticada por todo un sector doctrinal encabezado en España por Joaquín Costa (Costa, 1901).

suavizar el rigor de dicha norma, facilitando algo las cosas como reclama la doctrina (45). Un modo de facilitar sería reflejando en el Registro, a pesar de no ser necesario por su efecto legal, determinadas cargas legales. Esto se podría hacer mediante un sencillo cambio legal. Un cambio en el camino ya seguido por algunas normas de nuestro ordenamiento en las que la problemática es similar tales como el artículo 51 de la Ley del Suelo, el artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en al ámbito fiscal; o el artículo 19 del RD 1093/1997 en el ámbito del urbanismo.

5.3 **Disputas interpretativas sobre el principio de fe pública**

El tema de los efectos económicos que produce el juego del principio de publicidad, nos permite plantear otro problema no bastante analizado: el concepto de buena fe que sigue la jurisprudencia. La famosa STS de 7 de septiembre de 2007 sobre el tercero hipotecario, reputa de mala fe a quien desconocía la falta de titularidad del transmitente por negligencia ignorante (criterio reiterado más recientemente en STS 4 de octubre de 2017). Dicha negligencia la asocia con tener medios racionales o motivos suficientes para conocer que la finca estaba siendo disfrutada de hecho por otra persona (lo cual conecta con el artículo 36 LH) (46). No basta por tanto fiarse de la apariencia creada por el Registro, sino que la buena fe decae al demostrarse el conocimiento de la discordante realidad extrarregistral. Dicho concepto de buena fe es bendecido por parte de la doctrina contemporánea como Cuena (47) y criticado por Guilarte Gutiérrez (48), ya que deja sin efecto el artículo 34 LH y obliga a más diligencia que simplemente comprobar el Registro, lo cual resta mucha efectividad al sistema y no permite la contratación entre ausentes que estaba en la entraña del mismo. La duda es si un mercado de la vivienda impersonal y abierto al mundo se puede permitir el mantenimiento de un requisito de buena fe (49) y si en caso de mantenerse debe seguir siendo tan subjetiva, con las inseguridades que ello pueda producir.

---

(45) A decir de Cabanillas Sanchez, es precisa una «llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no solo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios» (1992, p. 674).

(46) Sobre el particular, lo más completo es Andrades Navarro, A., 2023.

(47) Cuena Casas, M., 2008, pp. 2005-2007.

(48) Guilarte Gutiérrez, V., 2011.

(49) Infrecuente en los sistemas de inscripción constitutiva: *Cfr.* Garcia García, J. M., ob. cit. II, p. 203.

5.4 **La fe pública registral frente a los arrendamientos**

Con carácter general, en nuestro Derecho, como en el romano (Digesto 19, 2, 25) *emptio tollit locatum*: venta quinta renta (art. 1571 CC). Sin embargo, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, la legislación especial de 1920, 1946, 1956, 1964 y 1994 optó por lo contrario: el inquilino es conservado aunque cambie el arrendador. A partir de 1994 (siguiendo la técnica de la LAR de 1981), la protección del arrendatario se cruza con la fe pública registral: el comprador de una finca arrendada debe pasar por el arrendamiento vigente, en su plazo mínimo, aunque tenga la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH. Este régimen, no obstante, no fue el mismo entre 2013 y 2019: el artículo 14 LAU hoy derogado establecía que venta quita renta salvo inscripción. En la actualidad, hemos vuelto a la misma regla de 1994 con los mismos errores ya señalados por la doctrina en los primeros tiempos de vigencia de la Ley: solo se impide la protección del arrendatario frente a un tercero del artículo 34 LH[(50)]. Un artículo que no es el precepto que resuelve en nuestro Derecho el conflicto entre un titular inscrito y otro no inscrito[(51)] (función correspondiente al artículo 32 LH)[(52)], sino que protege al subadquirente para el caso de que su transmitente dejase de ser propietario por causas ocultas y le pudiera perjudicar.

En este tema, apreciamos un nuevo fleco no resuelto adecuadamente por el legislador. Si se quiere que la protección del adquirente de una finca arrendada sea mediante el Registro, debe protegerse al que inscribe su compra frente al arrendamiento no inscrito tal y como hacía la Ley 4/2013. El actual sistema es complejo e inseguro, y más contando que la buena fe del comprador de la finca arrendada no se sabe en qué consiste: si en ignorar el hecho del arriendo, o el concreto contenido del mismo[(53)].

---

(50) De La Puente Alfaro, F., 1996, p. 72.

(51) Como indica García García «el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria no se refiere a un conflicto entre un derecho inscrito y otro que no lo está, pues ese supuesto es el propio de los artículos 1549 del Código Civil y 13 y 32 de la Ley Hipotecaria» (Garcia García, 2011, p. 2640).

(52) Como dice Molina Illescas «Hubiese sido más acertado señalar por el artículo 14 LAU que el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador aunque el arrendamiento no conste inscrito, que es lo mismo que "aún lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria"» (Molina Illescas, S., 2023, p. 549).

(53) Téngase presente que, como indica García García, de lo que aquí se trata es de conocer el «contenido total de un contrato… en el que se va a subrogar el adquirente nada menos que en los "derechos y obligaciones". No sería razonable que conociendo que existe un arrendamiento, pero no pudiendo conocer ni los pactos del contrato relativos a derechos y obligaciones, ni la duración del mismo, por no habérsele exhibido ni resultar del Registro de la Propiedad o por tratarse de contrato verbal, se impusiera la "subrogación" en el total contenido de ese contrato de arrendamiento» (Garcia García, 2011, p. 2643).

CONCLUSIONES

El sistema registral español, tan completo en muchas cosas, admite mejoras técnicas que cooperarían a incrementar la seguridad del mercado de la vivienda. El control de legalidad se va adaptando a nuevas necesidades al exigir mayorías vecinales en relación a pisos turísticos, pero padece la deficiente regulación de la causa. La prioridad vive de soluciones doctrinales no legisladas. La especialidad de las inscripciones tiende a la expansión hacia nuevos sujetos y objetos, siendo los arrendamientos una asignatura pendiente. Los efectos del Registro siguen siendo discutidos, la buena fe interpretada de modo anacrónico, las cargas legales no se reflejan en el Registro (creando una asimetría), y la conexión de la fe pública con los arrendamientos resulta insuficiente.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Aguila-Real, J., «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, 889 ss.

Andrades Navarro, A., *Usucapión y Registro de la Propiedad.* Aranzadi, Pamplona 2023.

Arnáiz Eguren, R., *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas. Registradores de España. Cizur Menor 2010.

AA. VV. (Rams Albesa, Dir. Lacruz Bescós/ Vigil de Quiñones Otero, Coords). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021.

Barranco Aguayo, A., «El titular registral». En AA. VV. (Murga Fernández, J. P. – Vigil de Quiñones Otero, D.) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi, Cizur menor 2024. pp. 145-159.

Busto Lago, J. M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos». *RCDI.* num. 667.

Cabanillas Sánchez, A., «Comentario del artículo 6 del Código civil». En Albaladejo, M., y Diaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1.º p. 674. EDERSA, Madrid 1992.

Campuzano y Horma, F., *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.ª Ed, reformada, vol. II, Editorial Reus, Madrid 1931.

Cerceira Bravo de Mansilla, G. (Dir). *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid 2018.

— «De nuevo sobre los pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH». En *Revista de Derecho Privado*, 3, 2019, 3-33.

COSTA, J., *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre,* 1901. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6 (Descargado el 2 de julio de 2024).

FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L., «La publicidad registral de las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios (art. 6 Ley Propiedad Horizontal)». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 656. enero-febrero, 2000.

GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Civitas, Madrid 1988.

— *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7.ª Ed. Civitas, 2011.

— *Legislación hipotecaria. Anotada y comentada.* 1.ª Ed. Aranzadi, Cizur menor 2020.

GÓMEZ GALLIGO, «Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, pp. 965-987.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios*. Asociación de Registradores, Madrid 1931.

— *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil.* Madrid 1948.

— *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil.* Civitas, Madrid 2011.

GORDILLO CAÑAS, «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular». *ADC*, 1988, pp. 423-632.

JEREZ DELGADO, *Hacia la inscripción constitutiva*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001.

KARRERA EGIALDE, M. M., «Las sociedades civiles agrarias en el Registro Mercantil tras la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas». En *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 260 (2023), pp. 231-266.

LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955.

— *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957.

LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. JMBosch, Barcelona 1984.

LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral.* Dykinson, Madrid 2001.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*). Núm. 798. Julio-Agosto 2023. pp. 2027-2080.

MOLINA ILLESCAS, S., *Arrendamientos urbanos y Registro de la Propiedad*. Universidad de Sevilla, 2023.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal». En *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, septiembre-octubre 2019, num. 775, p. 2221-2277.

Murga Fernández, J. P., y Vigil de Quiñones Otero, D. (Dirs) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi la Ley, Las Rozas, 2024.

Pablo Contreras, P. de., «La publicidad de los derechos reales. El Registro de la Propiedad». En *Curso de Derecho civil* (4.ª Ed, COLEX 2014, reimpresa por Edisofer en 2016).

Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. II Ed. CER, Madrid 1999, 3.º edición.

Pernas Ramírez, P. (2021), «Inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad». Disponible en https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-arrendamiento-de-vivienda-en-el-registro-de-la-propiedad-pedropernas-ramirez-registrador-de-la-propiedad-de-jaca (consultado el 3 de julio de 2024).

Puente Alfaro, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros*. Bosch. Barcelona, 1996.

Ramos Folqués, R., «Material para el análisis crítico del valor de la inscripción». *RCDI*. junio de 1948.

Roca Sastre, R. M.ª, *Derecho Hipotecario*. 5.ª Edición. Bosch, Barcelona 1954.

— *Derecho hipotecario*. 7.ª Ed. 1978.

Roca Sastre, y Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, Barcelona 1979, Ed. Bosch.

Roca Sastre; Roca-Sastre Muncunill, y Berná i Xirgó, *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

Rodríguez Otero, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Dijusa, Madrid 2007.

— *Elementos de Derecho hipotecario*. Tomo I. 4.ª Edición. Bosch, Barcelona 2011.

Rodríguez Rosado, B., «Causa, tradición e inscripción». AA. VV (Espejo Lerdo de Tejada/ Del Rey Barba, Dirs). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 425-464.

Sanz Fernández, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid, 1948.

Valverde Valverde, C., *Derecho civil. Parte especial*. Tomo II. Valladolid, 1925.

Vigil de Quiñones Otero, D., «A protección extraxudicial dos consumidores: a cualificación rexistral das cláusulas abusivas». En *Revista Xurídica Galega*. Número 61. Año 2008.

— *Autorregulación y publicidad registral*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2011.

— «La información registral en la formación del contrato». En Parra Lucán, M. A. (Coord.). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014.

— «El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad». En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014. pp. 155-179.

— *Prontuario de Derecho hipotecario*. Dykinson, Madrid 2015.

— «El Derecho registral en materia de comunidad de bienes y sociedades civiles». En Parra Lucán/Tena Piazuelo (Coords). *Comunidad de bienes y sociedad civil*. Tirant lo blanch, Valencia 2017.pp. 458-499.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., «El Registro como instrumento del mercado inmobiliario: posibles mejoras». En AA. VV (Nasarre-Muñiz-Rivas-Urquizu, Dirs). *Reformando las Tenencias de la Vivienda. Un Hogar Para Tod@s.* Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 723-749.

— «Condhoteles, Registro de la Propiedad y protección del consumidor». En Muñiz Espada (Dir). *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa.* Wolters Kluwer La Ley, Las Rozas 2019, pp. 425-456.

— «Derecho registral de bienes». En AA. VV (Muñiz Espada, Coord). *Lecciones de Derecho privado. Tomo III. Derechos reales.* Tecnos, Madrid 2020, pp. 549-613.

— «El tercero hipotecario». En AA. VV (Espejo Lerdo de Tejada, M., y Del Rey Barba, S. Dirs. Murga Fernánez, J. P., Coord. Andrades Navarro, A., Edit), *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo blanch, Valencia 2021.

— «La voluntad en el proceso de inscripción. La tradición y la inscripción. La causa y la inscripción». AA. VV (Lacruz Bescós/ Vigil de Quiñones Otero, Coords.). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021, pp. 391-417.

— «La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho catalán a corregir?», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2022, vol. 121, núm. 2, pp. 443-454.

— «Deberíamos revisar o carácter da inscripción?» [Traducción ao galego de Sebastián Camacho Pita]. En *Dereito*, vol. 32, núm. 1. 2023.

B. Tratamiento registral de la vivienda protegida

Rocío Perteguer Prieto
Directora de Medio Ambiente, Consumidores y Usuarios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de España. Registradora de la Propiedad.
rperteguer@registradores.org

Resumen: *En los últimos tiempos la vivienda de protección oficial ha sido centro de los debates públicos sobre vivienda. La proximidad de otras figuras por sus regulaciones limitativas, así como el tratamiento recibido en la nueva Ley 12/2023, de 24 de Mayo, por el Derecho a la Vivienda junto con otros fenómenos sociales como los alquileres turísticos y la okupación, son hechos más que suficientes para realizar una revisión doctrinal sobre la materia, cuya aproximación se pretende en este capítulo.*

Palabras clave: *Vivienda Protegida, vivienda de protección oficial, limitaciones de transmisión, Fondos Next Generation, Okupación, alquiler turístico, oferta de viviendas, acceso a la vivienda, Registro de la Propiedad, Registro electrónico.*

Abstract: *Government subsidized housing is a special regime of subsidized housing in our legal system that has special limitations not only in terms of its initial configuration but also in relation to its destination and subsequent transfer. The new social trends in housing, the reduction in the supply of long-term rental housing, as well as the growing difficulty for more and more social strata to access housing make it relevant to study this institution not only from the perspective of its legal regime but also from the social perspective of existing demand and the contribution of the Land Registry to the promotion of the same and the guarantee and transparency in the subsidized housing market.*

Keywords: *Subsidized housing, social housing, transfer limitations, Next Generation Funds, Squatting, tourist rental, housing supply, access to housing, Land Registry, Electronic Registry.*

Sumario: 1 Introducción. 2. Reflejo registral de las operaciones relativas a Vivienda de protección oficial. 3. Repercusión registral de limitaciones legales por Fondos Next Generation. 4. Vivienda de protección oficial y «okupación». 5. Vivienda de protección oficial y alquiler turístico. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de las viviendas de protección oficial como mecanismo garantista de utilidad y bohonomía para posibilitar el acceso a la vivienda de las clases sociales más desfavorecidas y vulnerables de nuestra sociedad es admitido tradicionalmente por la doctrina urbanística, jurídica, social y política desde el nacimiento de su configuración.

Las viviendas de protección oficial son una subcategoría de las viviendas protegidas y que conviene distinguir de otras figuras jurídicas similares pero muy cercanas como son las «viviendas sociales».

El concepto de vivienda social en España se desarrolla principalmente a través de varias normativas. Una de las más importantes es el Real Decreto 2960/1976, que aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial. Este decreto establece las características técnicas y económicas de la vivienda social, así como su régimen de financiación y los condicionamientos subjetivos de sus destinatarios.

Además, la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (RDL 7/2015) también incluye definiciones y regulaciones relacionadas con la vivienda

social. Esta ley se enfoca en garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada, tal como se establece en el artículo 47 de la CE.

La regulación de las viviendas sociales nace con el objetivo de flexibilizar el acceso a este tipo de viviendas, así como incentivar la gestión de las mismas no solo por las instituciones competentes en la materia sino también por el sector privado para su gestión. Los requisitos de transmisión de las mismas son más flexibles que las VPO, aunque sin embargo a través de la normativa de carácter especial de los últimos años se han incrementado las limitaciones a su libre disposición.

El TC tiene declarado que la función social de la propiedad constituye un elemento estructural o inherente del derecho de propiedad privada que delimita su contenido, siempre y cuando se respete su contenido esencial (art. 53-1 de la CE). Utilidad individual y función social definen, por tanto, de forma conjunta, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría y tipo de bienes y, por ello, el contenido de la propiedad de una vivienda libre no es el mismo que el de una vivienda sometida a algún régimen de protección oficial.

Ese contenido de la propiedad de las viviendas protegidas, dado el actual marco competencial de la CE, que atribuye la competencia en materia de urbanismo y vivienda a las Comunidades Autónomas (art. 148-3), dependerá de lo que legisle cada una y, por tanto, será diferente en cada una de ellas.

No obstante lo anterior, sigue constituyendo un problema importante en las transmisiones inter vivos de las viviendas de protección oficial o declaradas protegidas, el incumplimiento de los requisitos legales de precio y condiciones de los adquirentes, así como en general el uso efectivo de las mismas, lo que tiene como consecuencia que viviendas de protección oficial acaben en muchas ocasiones siendo propiedad de titulares o usadas por personas para los que no están destinadas y se incumpla, por tanto, su función social de proporcionar un hogar digno y adecuado a las familias de menores recursos económicos (arts. 33 y 47 de la CE).

Este efecto es debido fundamentalmente a una inadecuada e incompleta regulación de los efectos civiles y consecuencias registrales de las expresadas limitaciones y de los derechos de adquisición preferente que se conceden a la Administración, inadecuación que cobra especial gravedad tratándose de viviendas de promoción pública.

Desde el punto de vista registral, la diversidad de regímenes de protección oficial existentes, la variada regulación de sus efectos en cada Comunidad Autónoma, la regulación vigente sobre financiación de acceso a la vivienda que afecta incluso a viviendas libres pues se conceden atendiendo a la persona y no a la vivienda, la coexistencia de normativas estatales con otras autonómicas, y el carácter urgente con que han sido elaboradas

muchas de ellas; constituyen un entramado legislativo confuso en sus consecuencias e insuficiente en términos de eficacia[1].

2. REFLEJO REGISTRAL DE LAS OPERACIONES RELATIVAS A VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL

La constancia de las Viviendas de Protección Oficial en el Registro de la Propiedad, obedecen principalmente a tres momentos de la vida de la vivienda como son:

- La calificación provisional de Vivienda de protección oficial.
- La calificación definitiva de Vivienda de protección oficial.
- La descalificación de Vivienda de protección oficial.

En relación al primer aspecto el reflejo registral de dicha situación de **calificación provisional** lo encontramos regulado con carácter nacional en el artículo 16 del RD 3148/1978 de Construcción, Financiación, Uso, Conservación y Aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial. En el que se configura la certificación registral como uno de sus documentos complementarios, certificando así el Registrador de la titularidad del dominio de los terrenos y de la libertad de cargas o gravámenes que puedan representar un obstáculo económico, jurídico o técnico para el desarrollo del proyecto.

En virtud del artículo 9 de la LH se permite la constancia urbanística y administrativa de la finca, esta «calificación provisional», es objeto de constancia mediante nota marginal en la finca en cuestión para lo que se deberá aportar el correspondiente certificado administrativo. Los efectos de esta constancia, sin embargo, se limitan a impedir que surja un tercero protegido por la fe pública registral, al que no le serían aplicables las limitaciones dispositivas características de las viviendas protegidas si se llega a obtener la calificación definitiva, quedando así vinculado por el conocimiento efectivo de haberse expedido dicha certificación para el inicio del proceso de calificación.

En relación a su cancelación sería de aplicación los plazos y supuestos previstos en el artículo 74.3 del RD 1093/97 de acceso de los actos de naturaleza urbanística al Registro de la Propiedad[2].

---

(1) Valero Fernández-Reyes, A., 2007.

(2) «La nota marginal podrá cancelarse:

a) En virtud de certificación administrativa de la que conste que se han cumplido las condiciones impuestas o de solicitud del titular a la que se acompañe aquélla o la documentación acreditativa del acuerdo obtenido por acto presunto, conforme a lo dispuesto en la Ley.

En cuanto a la vigencia registral de la constancia de esta calificación, las diferentes legislaciones de las Comunidades Autónomas establecen plazos para que el promotor de vivienda de protección oficial trámite la solicitud de calificación definitiva, estableciendo plazos de resolución diferentes las distintas Administraciones autonómicas para la obtención de la calificación definitiva.

En relación a la **calificación definitiva**, es de gran importancia su constancia por nota marginal en el Registro de la Propiedad, por un lado porque determina ya la posibilidad de hacer constar en el mismo por parte del Registrador de todas aquéllas condiciones impuestas en el régimen jurídico concedido (bonificaciones fiscales a cuya devolución puede estar afecta la finca en caso de incumplimiento de las limitaciones establecidas, incumplimientos de determinados requisitos sobrevenidos y descubiertos con posterioridad..etc). Además, la constancia de la calificación definitiva de la vivienda de protección oficial determina también la apertura de la calificación en relación a las limitaciones de transmisión de la misma legalmente establecidas, así como de las necesarias notificaciones a la administración en el caso de tanteos y retractos legales[3] establecidos en favor de la misma o en casos legalmente previstos de forma subsidiaria por la Legislación autonómica que sea de aplicación y sin perder de vista también las notificaciones de derecho civil subsidiario como en el caso de tanteos y retractos arrendaticios en favor del arrendatario en el caso de que la vivienda de protección oficial que se pretende enajenar esté alquilada.

La cédula de calificación administrativa es el elemento esencial para hacer constar en el Registro dicha situación, previamente deberá de constar inscrita la obra en construcción ya que la propia norma exige para su concesión por parte de la Administración de la calificación definitiva este inicio de constancia en el registro de la Obra nueva en construcción. Así pues, el momento de hacer constar dicha situación definitiva será con la declaración de la obra nueva finalizada en el Registro acompañándola entre otros documentos de la referida certificación administrativa definitiva de calificación.

A partir de este momento ya sabemos que estas viviendas pueden ser ocupadas por ciudadanos idóneos en régimen de alquiler o de propiedad.

---

b) Cuando la licencia sometida a condición impusiere cualquier tipo de deberes al titular de la finca y no señalare plazo de cumplimiento de los mismos, ni tampoco fuere la condición de naturaleza definitiva, la nota se cancelará por caducidad transcurridos cuatro años desde su fecha. En caso de que en la licencia se hubiere señalado plazo, la caducidad de la nota se producirá transcurridos dos años a contar desde la fecha de cumplimiento de aquél».

(3) Recordar aquí que muchas de Autonomías (Por ejemplo, Cataluña y Valencia) han regulado derechos de adquisición preferente a favor de la administración en el caso de venta de estas viviendas para minorar así la pérdida de inmuebles destinados a vivienda protegida.

Suelen ir acompañados en el caso de su adquisición de determinados préstamos hipotecarios «blandos» es decir con las condiciones de financiación impuestas por la administración autonómica o el gobierno pero que se comercializan a través de entidades financieras colaboradoras. Así estas hipotecas están sujetas también a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Siendo curioso así, que nos hallamos ante un supuesto en los que no hay negociación y la autoría del clausulado hipotecario es diferente del prestamista/depositante que concede el crédito que no puede tocar dichos modelos. Dichos modelos son objeto de transparencia material a través del Registro General de Condiciones de la Contratación posibilitando a través del mismo su conocimiento por parte de las asociaciones de usuarios para el ejercicio de acciones colectivas sobre la materia, ya que en este caso ni el asesoramiento ni la negociación afectarán al clausulado en el momento de la negociación ya que el propio prestamista no las puede modificar. Sería recomendable que en este estado de hecho y habida consideración de las iniciativas legales en materia de simplificación administrativa que están realizando las diferentes administraciones así como el Gobierno central, se suprimieran los requisitos de forma y procedimientos previos a la constitución de la hipoteca por su inscripción en el registro[4] (acta de información previa, escritura pública y actos jurídicos documentados) para poder celebrar este contrato depositado en un Registro Jurídico de cláusulas generales directamente por las partes entre las que no cabe la negociación ya que han sido impuestas por tercero, y solo cabe aceptar o no la adjudicación de la vivienda y en caso necesario la financiación ofrecida por la administración, ahorrando así costes, impuestos y procedimientos al ciudadano, mediante su relación directa garantizada por medios electrónicos como establece la LH tras la modificación operada en este último año culminando el proceso del Registro electrónico.

Finalizando en este estado, en cuanto a la duración de la nota marginal de calificación definitiva, el plazo será el del respectivo régimen según el tipo de viviendas protegidas, y según el artículo 146 del Reglamento de Viviendas de protección Oficial de 24 de julio de 1968, *«el mero transcurso del plazo contado desde la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, determinará sin necesidad de declaración especial, la extinción de cuantas limitaciones impone este régimen legal,[…], cancelándose de oficio en el Registro de la Propiedad las*

(4) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil en su artículo 1875 consagra el carácter constitutivo de la inscripción para el nacimiento de la hipoteca:

«Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

afecciones que se hubieren producido como consecuencia de los dispuesto en el artículo 99 del Reglamento».

En cuanto a la transmisión de la vivienda de VPO cabe resumir las siguientes consideraciones:

En el caso de presentación de las Cédulas de Calificación Definitiva de promociones de edificios, acabadas hace mucho tiempo, cuando ya han existido trasmisiones de las distintas viviendas que lo componen. Nos podemos preguntar si se puede hacer constar dicha calificación o se considera que el tercero que ha adquirido está protegido en todos los casos. Así distinguimos:

a) Cuando en la licencia de obras del edificio se hizo constar en el Registro el destino a vivienda de protección oficial y dicho destino consta conforme a los dispuesto en el (art. 16 del RD 3148/1978), debe entenderse que, siempre que la nota marginal respectiva no haya caducado, es inscribible la calificación definitiva pues los sucesivos adquirentes han tenido conocimiento de la posibilidad de que existiera o recayera calificación definitiva.

b) No consta la calificación y se han transmitido las viviendas. No se puede en este caso hacer constar el régimen sin el consentimiento de los propietarios por aplicación de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a los principios de tracto sucesivo y de legitimación[(5)].

En cuanto a la **descalificación** de la Vivienda de protección oficial. En este punto hay que tener en cuenta que la legislación nacional pretendió imponer a través de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda la garantía de que la vivienda protegida, ya sea social o de precio limitado, no pudiera descalificarse, salvo en el supuesto de viviendas promovidas sobre suelos cuya calificación urbanística no impusiera dicho destino y que no contara con ayudas públicas para su promoción, o en aquellos casos que excepcionalmente se justificara de acuerdo con la normativa autonómica, no pudiendo ser en tales supuestos excepcionales, el periodo de calificación ser inferior a treinta años. En el resto de los supuestos en los que la calificación urbanística del suelo impusiera dicho

(5) Y de los principios de fe pública e inoponibilidad (artículo 34 y 32 de la Ley Hipotecaria), según los cuales, en términos generales, aquellos actos inscribibles no inscritos no perjudican a tercero. Además, los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria), lo que determina que los mismos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Y, por último, el artículo 13 de la Ley Hipotecaria dispone que las limitaciones del dominio, y el carácter de VPO lo es, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca sobre la que recaigan

destino, ésta no podría modificarse como tampoco podrían descalificarse las viviendas sobre dichos suelos[6].

Surgía así un ámbito temporal perpetuo, en cuanto a la imposibilidad general de descalificación en los supuestos mencionados, si bien el legislador nacional se quiso «curar en salud» en relación al difuso límite competencial atribuyendo a las comunidades autónomas la posibilidad de establecer la posibilidad de descalificación (pero siempre con el límite de los 30 años). Dicha limitación «ad perpetuam» ha quedado recientemente sin efecto por haberse declarado nulo por Sentencia del TC 79/2024, de 21 de mayo[7].

La documentación registral de la descalificación del edificio en su conjunto o de alguna de sus viviendas, si ella es aceptada de forma legal (en algunas Comunidades Autónomas el régimen de protección dura toda la vida útil de las viviendas y se prohíbe la descalificación anticipada), es fundamental, ya que la misma establece la cancelación de las limitaciones y prohibiciones a la capacidad de disponer de las viviendas y la eliminación de los derechos de adquisición preferente de las Administraciones.

Asimismo, la inclusión en el Registro de la Propiedad de la descalificación de las viviendas, posibilitaría supervisar a la Administración la devolución por el interesado de todas las ayudas y subvenciones que recibiera la vivienda descalificada, ya que su constancia requeriría la resolución administrativa que confirme su reembolso. Asimismo, el Registro proporciona información a la Administración sobre todas las operaciones realizadas en relación con las fincas, y que posibilita a la misma el cálculo de la suma a reintegrar.

La descalificación, por lo demás, puede ser voluntaria, (salvo que la legislación autonómica respectiva lo prohíba expresamente), o descalificación con carácter de sanción.

La constancia en el Registro de la Propiedad de la descalificación voluntaria de la vivienda se realizará mediante la presentación de la instancia privada por el interesado junto con la resolución administrativa de la descalificación.

No obstante la regla general anterior, hay que tener en cuenta los supuestos, de prohibición de descalificación voluntaria exigidos en las legislaciones autonómicas o en el caso de viviendas sujetas a determinados régimen especiales de protección con ocasión de las ayudas previstas no solamente para su adquisición o alquiler sino también con ocasión de las ayudas dadas a su rehabilitación o construcción que examinaremos con posterioridad.

---

(6) Exposición de Motivos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

(7) https://www.boe.es/buscar/act.php?id=*BOE*-A-2023-12203&b=23&tn=1&p=20240624#a1-8.

Otro supuesto previsto también es el caso de la descalificación como sanción. En aquellas ocasiones en las que el destino o finalidad de la vivienda protegida fuera frustrado por no ser destinada a satisfacer las necesidades de vivienda permanente del concesionario de la misma (ya sea en propiedad ya en alquiler), las administraciones públicas pueden proceder a la descalificación de la misma para provocar la pérdida de ayudas, bonificaciones fiscales y subvenciones con la consecuente obligación de devolución de las mismas y en último caso a su ejecución real, habida consideración de la afección que se produce del propio inmueble al cumplimiento de las referidas obligaciones legales por el mero hecho de la calificación así como de las condiciones inscritas en la misma.

3. REPERCUSIÓN REGISTRAL DE LIMITACIONES LEGALES POR FONDOS NEXT GENERATION

Dentro de los planes más recientes y vigentes del Gobierno en materia de vivienda nos encontramos con dos normas básicas en materia de vivienda como son el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025[(8)] y el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia[(9)].

En los referidos planes y programas el legislador en aras de dotas de mayor transparencia a las viviendas objeto de protección y para favorecer simultáneamente la puesta en el mercado de vivienda asequible y sostenible ha lanzado determinadas ayudas para cuyo acceso es obligatorio su constancia de destino previo a la función social para la que se determina (alquiler para menores de 25, o mayores de 65, coliving para mayores, personas vulnerables…) llegando en algunos casos a financiar en vivienda privada su rehabilitación integral relativa a eficiencia energética (envolvente, aislamiento, climatización…) así como en materia de accesibilidad siempre que su finalidad sea el destino en alquiler o puesta en el mercado de vivienda social o destinada a los colectivos señalados, siendo obligatorio para su percepción la constancia de la limitación de destino en el Registro de la Propiedad.

Ahora nos podemos preguntar ¿Cuál es la diferencia principal con las viviendas de protección oficial? La mayor flexibilidad en estas últimas, por

(8) https://www.boe.es/buscar/act.php?id=*BOE*-A-2022-802.
(9) https://www.boe.es/buscar/act.php?id=*BOE*-A-2021-16233.

los motivos obvios de incentivo a los propietarios para la rehabilitación y por otro lado la de fomentar el acceso de este tipo de viviendas a una renta limitada y/o para unos colectivos y/o destinos concretos. De este modo el propietario que ve minorado el ingreso por la renta de alquiler por un precio limitado se ve favorecido y compensado por el régimen de ayudas y subvenciones que obtiene para revalorizar notablemente su vivienda a un coste muy bajo.

Esta constancia obligatoria en el Registro de la Propiedad por nota marginal de dichas limitaciones se realiza en el mismo mediante instancia privada en la que se solicita su constancia como requisito previo para la obtención de la ayuda. Dichas notas marginales no tienen por objeto la limitación de disposición por parte del propietario de la vivienda (a diferencia de la VPO en el que protege el registrador el derecho de la Administración exigiendo su consentimiento o autorización) pudiendo en estos casos la vivienda ser transmitida y sin límites de precios ni régimen de autorización, sino que tienen por objeto determinar una vinculación a este destino, de tal modo que si bien puede ser objeto de transmisión no puede serlo de arrendamiento diferente del previsto o de alquiler a un colectivo diferente.

Así podemos citar como ejemplos de mayor uso las siguientes notas marginales en la materia junto con su regulación[(10)]:

Nota marginal de destino de alquiler social o venta por precio asequible:

- artículo 60.1 párrafo segundo Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Nota marginal de derecho de retorno (que está siento utilizada en áreas de rehabilitación masivas):

- DA8.ª LAU; artículo 15RH; artículo 18.1 e y 19 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Nota marginal de destino a arrendamiento o cesión de uso por, al menos 25 años:

- Artículo 25 pfo 3.ºdel Plan Estatal de la Vivienda 2018-2021 (en el marco del programa de fomento del alquiler de la vivienda).

(10) https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/informacion-y-ayuda/instancias-presentacion/propiedad.

Nota marginal de destino a arrendamiento o cesión de uso por, al menos 40 años:

– Artículo 66 pfo 1.ª del Plan Estatal de la Vivienda 2018-2021 (en el marco del programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad).

Nota marginal de calificación definitiva de VPO:

– Artículo 99 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre.

4. VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL Y «OKUPACIÓN»

Dentro de los problemas generales que acontecen en materia de vivienda en nuestro país y con diferente presión según las zonas geográficas nos encontramos con el problema de la «okupación». En relación a la misma, ha llegado a haber movimientos más o menos incluso simpatizantes con dichas prácticas ilegales, llegándose a la situación en la cual cuando un propietario se veía privado de su derecho de propiedad mediante la mera okupación de su vivienda por un tercero, transcurridas 48 horas de la misma no podía proceder ni tan siquiera al corte de los suministros básicos de la vivienda por considerarse un tipo de delito penal de coacciones para obtener la restitución de su propiedad que debía de ser declarada judicialmente junto con el lanzamiento del «okupa» en un largo proceso judicial. De esta problemática no ha estado exenta la vivienda de protección oficial[(11)], en cuyo caso la okupación al realizarse sobre viviendas financiadas, subvencionadas o creadas para un fin social y con el dinero de los contribuyentes se producía en definitiva sobre un patrimonio de los ciudadanos y sobre las inversiones del estado frustrando además las oportunidades de acceder a las mismas a las personas que legítimamente habían acreditado su situación y cumplimiento de requisitos para optar a las mismas, castigando así un sistema permisivo al ciudadano cumplidor frente al incumplidor que podían tener o no como nexo común un estado de necesidad de vivienda.

Esta situación ha sido abordada por las Administraciones también no solamente para evitar la okupación de viviendas públicas sino también

(11) https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-05-07/andalucia-okupacion-vpo_3419399/.

para incentivar la denostación de dichas prácticas de okupación llegando en algunas de las legislaciones autonómicas a excluir a okupas como beneficiarios de las adjudicaciones de una vivienda pública. Es decir, toda aquella persona condenada por un delito de okupación no podrá optar a una vivienda de protección oficial como por ejemplo ocurre en Andalucía tras la reciente modificación del decreto que regula el Plan de vivienda, rehabilitación y regeneración urbana de Andalucía 2020-2030, más conocido como Plan Vive. Si bien en esta norma hay alguna excepción curiosa. Por ejemplo, las familias en circunstancias de vulnerabilidad avaladas por los servicios sociales sí podrán tener derecho a una vivienda de protección a pesar de tener antecedentes por okupación.

En este aspecto, cabe destacar que, los juzgados han recibido en los últimos cinco años casi 17.000 demandas por okupación ilegal de viviendas en toda España. Según los datos del CGPJ, entre el tercer trimestre de 2018 y el segundo trimestre de este año 2024, se han contabilizado 17.264 ingresos de procedimientos de este tipo en los Juzgados de Instrucción y Primera Instancia, con una media de 9 demandas al día. No estando exentas de esta problemática las viviendas de protección oficial.

5. VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL Y ALQUILER TURÍSTICO

Otra de las cuestiones que inciden de forma directa en la vivienda en general y en las viviendas de protección oficial en particular, es el alquiler turístico. Las viviendas destinadas a alquiler turístico y de corta estancia, que se comercializan a través de las plataformas online en la mayoría de los casos, así como la llamada economía colaborativa recae también sobre este tipo de viviendas siendo este uso contrario a su naturaleza, habida consideración de que la concesión de las referidas viviendas a los adjudicatarios de las mismas obedece a una situación de necesidad de vivienda permanente y conlleva el cumplimiento de dicha situación (so pérdida de los beneficios concedidos) y no entra en su esfera el realizar un negocio lucrativo con la misma (con su uso) puesto que ello implica que el oferente tiene otra morada donde residir además de la vivienda de protección oficial. Así, en zonas de gran presión turística nos encontramos con que un gran número de viviendas sujetas a un régimen de protección oficial y que han sido sufragadas con el dinero de todos para una finalidad concreta sirven de elemento de negocio lucrativo para el adjudicatario de forma contraria a su fin natural. Dicho fraude contra el erario público y las políticas sociales.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (Rams Albesa, Dir. Lacruz Bescós / Vigil de Quiñones Otero, Coords). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021.

— (Murga Fernández, J. P., y Vigil de Quiñones Otero, D.) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi, Cizur menor 2024.

Arnáiz Eguren, R., «Notas sobre el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones en la facultad de disponer sobre viviendas acogidas la Protección Oficial. Comentario al artículo 27 del RD 1392/1991, de 21-12». *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 295, 1992.

Ballesteros Alonso, M., «La enajenación de viviendas de VPO por parte de los Ayuntaimentos», (BCNR-277, 1991).

— *Cuadernos de legislación sobre vivienda de protección oficial.* Agencia Estatal Boletin Oficial del Estado. https://boe.es/buscar/legislacion.php?campo%5B2%5D=tit&dato%5B2%5D=viviendas%20de%20protecci%C3%B3n%20oficial&accion=Buscar&checkbox_solo_tit=S&sort_field%5B0%5D=PESO&sort_order%5B0%5D=desc.

Ballesteros Alonso, M., *La colaboración público-privada y el reto de la vivienda. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2023*. Instituto de Estudios Economicos, Madrid, 12 de febrero, de 2024.

— *La vivienda protegida y el alquiler social en España*. Estudio Monográfico Defensor del Pueblo. Separata del volumen II del Informe anual 2018. Madrid.

García García, *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7.ª Ed. Civitas, 2011.

Hernández Crespo, C., «Viviendas de protección oficial». *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 211, 1985.

Nasarre Aznar, S., *Sobre la crisis de la vivienda: la protección de la propiedad privada favorece la igualdad y promueve la libertad y la democracia.* Revista economistjurist. Artículo 22 de Septiembre, de 2024.

Perteguer Prieto, R., «Ley por el derecho de vivienda y posibles aportaciones del registro de la propiedad para su mejora técnica.» Revista del Instituto de Estudios Económicos, ISSN 0210-9565, núm. 3, 2022 (Ejemplar dedicado a: La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2021Revista), pp. 79-91.

Rebolledo Varela, A. L., «El derecho constitucional de acceso a la vivienda: la adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública». En AA. VV (Guilarte Gutiérrez, Coord) *Propiedad y Derecho Civil*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid 2006, pp. 151-158.

Valero Fernández-Reyes, A., «Aspectos registrales del régimen de viviendas protegidas: su aplicación a la legislación de la Comunidad de Madrid.» *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*. Núm. 13. enero-marzo 2007.

— Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de ac-

tuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

C. Vivienda habitual y propiedad horizontal. Especial referencia a la problemática de las comunidades con viviendas turísticas*

Juan Pablo Murga Fernández
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla
jpmurga@us.es

RESUMEN: *El presente trabajo analiza los problemas convivenciales que plantean las viviendas turísticas en los edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal. Se determinan las implicaciones que presenta la descripción del uso de la vivienda en el título constitutivo, así como las posibles medidas que pueden incluirse en los estatutos para afrontar las molestias ocasionadas por las viviendas turísticas. En este contexto, se determinan los problemas ocasionados por las limitaciones estatutarias redactadas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 17.12 LPH, las múltiples dudas interpretativas que ha planteado el referido precepto, la doctrina jurisprudencial recaída sobre el mismo, así como las últimas*

* El presente trabajo se enmarca en las Cátedras de Derecho Registral (Referencia: 4535/0681) y Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla (Referencia: 2820/1135).

reformas legislativas operadas (en particular, el nuevo artículo 7.3 LPH y su conexión con el número de registro único).

PALABRAS CLAVE: *Propiedad horizontal, vivienda habitual, vivienda turística, modificaciones estatutarias.*

ABSTRACT: *This paper analyses the cohabitation problems caused by tourist homes in buildings subject to a horizontal property regime. It identifies the implications of the description of the use of the property in the condominium rules, as well as the possible measures that can be included in these rules to deal with the nuisance caused by tourist homes. In this context, the problems caused by the statutory limitations drafted prior to the entry into force of Article 17.12 of the LPH are determined, along with the multiple interpretative doubts raised by the aforementioned provision, the case law doctrine applicable to it, and the latest legislative reforms (in particular, the new Article 7.3 of the LPH and its connection with the single registration number).*

KEYWORDS: *Horizontal property, habitual residence, tourist home, condominium statutory modifications.*

SUMARIO: 1. Notas introductorias: vivienda habitual, propiedad horizontal y su problemático encaje con las viviendas de uso turístico. 2. Implicaciones del destino de la vivienda descrito en el título constitutivo de la propiedad horizontal. 3. La prohibición de actividades y usos de las viviendas contenidas en los estatutos de la comunidad: en particular, la prohibición de viviendas turísticas. 3.1 Redacción de la prohibición en los estatutos: criterios jurisprudenciales. 3.2 Inclusión de la prohibición en los estatutos en aplicación del artículo 17.12 LPH: controversias interpretativas, doctrina jurisprudencial e interpretación auténtica aclaratoria. 4. La verdadera novedad: el artículo 7.3 LPH y el papel desempeñado por el número de registro único. 5. El incremento de la cuota de gastos para el propietario de la vivienda turística y su inexplicable alcance irretroactivo. Bibliografía.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS: VIVIENDA HABITUAL, PROPIEDAD HORIZONTAL Y SU PROBLEMÁTICO ENCAJE CON LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Un importante porcentaje del parque de viviendas existente en España está constituido por inmuebles sujetos a un régimen de propiedad horizontal. En los núcleos urbanos de las grandes ciudades, de hecho, puede afirmarse que nos encontramos ante una realidad dominante. El Preámbulo de

la LPH de 1960 destaca que «la esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas». No dejan de ser paradójicas estas palabras en un mercado inmobiliario actual en que el acceso a la propiedad resulta cada vez más gravoso e inaccesible, al margen de tratarse de «pisos» en régimen de propiedad horizontal. A ello se une el correlativo aumento del precio del alquiler, cuyos motivos excederían de los límites de este trabajo. Para aumentar esta compleja realidad asistimos a una explosión del mercado de viviendas turísticas auspiciado, entre otras razones, por la gran desprotección que sufren los propietarios frente a los arrendatarios incumplidores. El alquiler turístico, señaladamente en las ciudades con una importante afluencia turística, constituye indudablemente una opción mucho más rentable y segura para los propietarios. El impacto económico de este auge de las viviendas turísticas es incuestionable, aunque no son pocas las consecuencias negativas que está provocando: a) encarecimiento del alquiler de las viviendas en los núcleos urbanos de las grandes ciudades hasta extremos que están haciendo inviable los arrendamientos de media y larga duración para uso de vivienda en tales zonas[1]. b) Transformación de los barrios o zonas donde se concentra la oferta de este tipo de viviendas, que está acabando poco a poco con la población residente ordinaria. c) Intensificación de las actividades molestas llevadas a cabo por los usuarios de este tipo de viviendas, que alteran claramente los usos característicos de los residentes habituales. En este contexto, los establecimientos hoteleros vienen denunciando competencia desleal e intrusismo, pues no compiten en condiciones de igualdad dado el carácter clandestino de un importante porcentaje de las viviendas turísticas[2].

(1) Así se subraya en el Preámbulo del Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: «Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

(2) En distintas comunidades y municipios están adoptándose sanciones de diversa índole para luchar contra el carácter clandestino de las viviendas de uso turístico: *vid.* por ejemplo el caso reciente de Santiago de Compostela, donde el Ayuntamiento ha ordenado el 220 órdenes de suspensión de la actividad turística no autorizada e incluso se han llegado a precintar pisos turísticos (fuente: https://www.antena3.com/noticias/economia/santiago-compostela-precinta-primeras-viviendas-turisticas-licencia_2024092266f06d36b3741e0001ef6fe8.html).

Los conflictos se agudizan con especial intensidad cuando se trata de pisos turísticos integrados en edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal. El equilibrio entre las legítimas pretensiones del propietario que en ejercicio de las facultades que le son inherentes pretenda explotar económicamente su vivienda mediante su destino turístico y aquellas de los que pretendan dar un uso residencial a las mismas no es tarea sencilla.

El panorama normativo en esta materia tampoco ayuda, pues se aglutinan normativas sectoriales autonómicas en materia turística[3], regulaciones municipales de corte urbanístico (sujetas a constantes cambios que tratan de ofrecer respuestas a los innumerables retos planteados[4]) y la sucesión de reformas operadas en la Ley de Propiedad Horizontal que poco aportan para arrojar claridad sobre el particular. En este sentido merece especial mención el apartado 12 del artículo 17 LPH añadido en primer término por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler[5], y reformado con carácter reciente a través de la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de

(3) Se trata de normas reglamentarias de carácter administrativo dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de viviendas de alojamiento o fin turístico a raíz de la controvertida reforma de la LAU operada en 2013 a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Se introduce un nuevo apartado e) al artículo 5, por el que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU los contratos que consistan en «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Esto es, como puede apreciarse, quedan excluidas precisamente en lo que a nosotros interesa, las viviendas turísticas, siempre que éstas se comercialicen o promocionen en canales de oferta turística (o por cualquier otro modo de comercialización o promoción), ello se haga con finalidad lucrativa y en la medida en que estén sometidas a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial. Existe, así, una remisión (de alcance «pretendidamente» general) de este tipo de contratos a la normativa sectorial que, en su caso, dicten las respectivas Comunidades Autónomas, de forma que aquéllas en las que no exista tal normativa reglamentaria, se seguirán aplicando las disposiciones de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Comunidades Autónomas, que pueden dictar tales normas en ejercicio de la competencia con la que cuentan en materia de promoción y ordenación del turismo, ex artículo 148.1.18.ª de la Constitución Española (en adelante, CE). ¿Pero acaso la normativa sectorial puede regular todos los aspectos de estos contratos? Nada más lejos de la realidad, pues los aspectos civiles del contrato son propios de la competencia en materia de legislación civil que es exclusiva del Estado, en virtud del art.149.1.8.ª CE, y no pueden ser objeto de regulación por parte de tales normas administrativas de carácter reglamentario (*vid.* al respecto Murga Fernández, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2226 y ss.

(4) Como ejemplo representativo y reciente puede destacarse el controvertido Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos, de 23 de diciembre de 2021 dictado en Barcelona. El Plan establece el crecimiento cero de las VUT en toda la ciudad; para evitar una excesiva concentración y garantizar una distribución territorial equilibrada, cuando cese una VUT de una de las zonas saturadas se permitirá una nueva alta o la redistribución de la zona de crecimiento contenido.

(5) Este Real Decreto-Ley se vio precedido por otro de idéntico contenido, el 21/2018, de 14 de diciembre, que no fue convalidado Congreso de los Diputados, de modo que quedó derogado por Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados.

Justicia[6]. Con este artículo 17.12 LPH, como se analizará en profundidad, se trata de facilitar la adopción de restricciones al destino turístico de las viviendas por parte de las comunidades de propietarios evitando la necesaria unanimidad exigible ante la modificación del título constitutivo o los estatutos (*ex* artículo 17.6 LPH). La redacción originaria del artículo 17.12 LPH provocó importantísimas dudas interpretativas[7] superadas con dos importantes Sentencias de Pleno de la Sala Primera del TS, de 3 de octubre de 2024[8], que posteriormente parecen haberse zanjado a nivel legislativo con la última reforma apuntada. La propia Ley Orgánica 1/2025 ha introducido un nuevo apartado tercero al artículo 7 LPH que da una nueva vuelta de tuerca a las viviendas turísticas en los edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal, toda vez que exige la autorización de la comunidad de propietarios para dicho destino turístico[9]. En este contexto, guarda también una enorme repercusión la creación del procedimiento de Registro Único de Arrendamientos implementado mediante el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. El propósito perseguido por este Registro Único, en lo que aquí interesa y se verá con detalle, es el control del cumplimiento de las exigencias legales de las viviendas turísticas para admitir su comercialización por los canales turísticos. Hay importantes cuestiones de Derecho transitorio planteadas por esta compleja sucesión de reformas normativas que también deben ser aclaradas oportunamente.

2. IMPLICACIONES DEL DESTINO DE LA VIVIENDA DESCRITO EN EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Un primer aspecto que debe analizarse es la descripción que, en su caso, puede hacer el título constitutivo acerca del uso o destino de las viviendas sujetas a propiedad horizontal. El artículo 5, párrafo 3.º de la LPH

(6) La nueva redacción del apartado 12 del art.17 LPH ha entrado en vigor el 3 de abril del presente años 2025.

(7) Que anticipamos en nuestros trabajos Murga Fernández, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2221-2276; Murga Fernández, J. P. (2022), pp. 7-49.

(8) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791.

(9) Se introduce el artículo 7.3 LPH a través de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 1/2025, con entrada en vigor a partir del 3 de abril de 2025.

prevé que en el título constitutivo de la propiedad horizontal puedan contenerse[10], entre otros aspectos, «disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales (…)». Si en dicho título constitutivo se indica que el edificio y sus pisos integrantes están destinados a uso de vivienda, ¿se trata del único uso permitido, de modo que cualquier cambio de tal uso exigirá su la correlativa modificación? Nótese que la modificación del título constitutivo, con carácter general, exige unanimidad en aplicación del artículo 17.6 LPH. En el singular caso de Cataluña, la modificación de los estatutos, desde la redacción originaria de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, y hasta la actualidad, es posible con el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación[11].

Lo primero que debe aclararse a este respecto es el cambio de paradigma que para esta materia supuso la modificación introducida en el artículo 7 LPH tras la aprobación de la Ley 8/1999. Con anterioridad a la reforma los propietarios de pisos o locales sólo podían realizar las actividades permitidas en el título constitutivo o en los estatutos, quedando prohibidas todas las demás. Tras la reforma del 99 todas las actividades se encuentran permitidas, siempre que respeten la normativa administrativa correspondiente, a excepción de las prohibiciones específicas incluidas en los estatutos[12].

Siguiendo esta evolución normativa, no es de extrañar que la respuesta ofrecida por la jurisprudencia y la doctrina de la actual DGSJFP haya sido vacilante en orden a determinar el alcance de la descripción del destino de la vivienda en el título constitutivo de la propiedad horizontal. En efecto, en un primer momento, pueden encontrarse Sentencias y Resoluciones de la DGRN en las que se entiende que el propietario del piso debe ajustar su uso a lo determinado en el título constitutivo. Así, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 1978[13], sostuvo que la expresión de la cláusula estatuaria «los pisos habrán de destinarse a vivienda» impedía la instalación de una oficina, y dio lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, instado por la comunidad. Esta fue también la postura sostenida en la RDGRN de 25 de septiembre de 1991: en el título constitutivo constaba el destino del desván a trastero, de modo que tras las obras pertinentes los adquirentes

(10) Se trata, por tanto, de un contenido potestativo, aunque muy habitual en la práctica.

(11) Cfr., el vigente artículo 553-26.2 a) del CCCat: «Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario».

(12) Sobre esta modificación *vid.* ampliamente Echeverría Summers, F. M. (2020), pp. 319 y ss.

(13) ECLI: ES: TS:1978:88.

lo destinaron a vivienda; al solicitar la inscripción de la declaración de obra nueva el Registrador la denegó, criterio que fue confirmado por la DGRN, ya que el nuevo uso sólo tendría cabida tras la oportuna reforma del título constitutivo (por unanimidad) que así lo reflejara. También puede destacarse a este respecto, la STS de 23 de noviembre de 1995[14]: en los estatutos de la comunidad constaba el destino de los pisos a vivienda y el destino de los locales de planta baja y sótano a industrias o negocios; los constructores promotores otorgantes de los estatutos, posteriormente, destinaron un local y los dos pisos de la primera planta a un establecimiento hostelero, siendo demandados por el Presidente. En Primera Instancia se desestima la demanda, al entender que no se trataba de una actividad prohibida, y no se había acreditado tampoco que fuera incómoda o molesta. La Audiencia Provincial revocó la Sentencia de Instancia, entendiendo que el destino permitido era sólo vivienda y que además se trataba de una actividad incómoda. El Tribunal Supremo confirmó el criterio de la Audiencia Provincial.

No obstante, la postura contraria parece ser la prevalente en la jurisprudencia actualmente, a saber, que la mera descripción del destino en el título constitutivo no implica prohibición de realizar actividades diversas. A este respecto pueden destacarse las SSTS, de 23 de febrero 2006[15] (permitiendo la instalación de un gimnasio en un local destinado a oficina), 20 de octubre de 2008[16] (destinando dos locales a actividad comercial, a pesar del silencio del título constitutivo), o las de 24 de octubre de 2011[17], 4 de marzo de 2013[18] y 1 de octubre de 2013[19], que permiten transformar en vivienda un elemento privativo, constando la descripción del mismo en el título constitutivo como local comercial[20]. Son ilustrativas a este respecto las palabras empleadas por la STS de 23 de febrero de 2006[21]: «En el título constitutivo y los estatutos se hace constar de ordinario el uso y destino del edificio, pero esta mera descripción no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, tanto para los fundadores de la comunidad, como para los titulares posteriores, y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos». Ahora bien, al margen de lo anterior, lo que sí

(14) ECLI: ES: TS:1995:8156.
(15) ECLI: ES: TS:2006:697.
(16) ECLI: ES: TS:2008:5457.
(17) ECLI: ES: TS:2011:8009.
(18) ECLI: ES: TS:2013:1641.
(19) RJ 2013, 6886; *vid.* su comentario a cargo de García García, J. M. (2017), pp. 1243 y 1244.
(20) Álvarez Olalla, P. (2020), pp. 386-387.
(21) ECLI: ES: TS:2006:697.

se reitera unánimemente por parte de la jurisprudencia es la importancia de la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad como elemento relevante en la labor interpretativa que deba llevarse a cabo[22].

En definitiva, como subraya la sentencia del TSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 2018[23] (admitiendo la posibilidad de que un piso se destine a uso turístico a pesar de que el título constitutivo lo vincule a vivienda), «los derechos de disfrute tienen a atribuir al titular de los elementos privativos las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que tiende a la conservación del edificio y a la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere de una base material y objetiva. De este modo, los propietarios de los elementos privativos pueden ejercitar todas las facultades propias del derecho de propiedad, entre ellas, destinarlos a los usos que prefieran sin más restricciones que las que deriven de la Ley y del régimen de propiedad horizontal (…). En este sentido, aunque en el título constitutivo de la propiedad horizontal conste un determinado destino de los elementos privativos, de hecho, el título puede ser modificado en este punto sin necesidad del consentimiento de la Junta de propietarios si los estatutos de la comunidad de propietarios no hubiesen prohibido alterarlo»[24].

---

(22) SSTS de 23 de febrero de 2006 (ECLI: ES: TS:2006:697), de 10 de octubre de 2007 (ECLI: ES: TS:2007:7016). Cabe destacar que la doctrina de la DGRN ha sido más vacilante que la del TS a este respecto, pudiendo encontrarse Resoluciones que impiden la inscripción de un cambio de destino previsto en el título constitutivo y otras que lo admiten, siendo mayoritarias las primeras; cfr. las Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7887), 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1694), 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6236), 4 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2471), 23 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1860), 9 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5641), 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 4875), 24 de octubre de 2011 (RJ 2012, 431), 15 de julio de 2013 (RJ 2013, 6679), 21 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6098); todas ellas comentadas por García García, J. M., (2017), 1263-1287.

(23) ECLI: ES: TSJCAT:2018:5827.

(24) Se sigue a este respecto la doctrina sentada igualmente por la STS de 20 de septiembre de 2007 (ECLI: ES: TS:2007:5835–admitiendo la conversión de un sótano en garajes–): «la concepción del derecho de propiedad en nuestro Ordenamiento Jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y as que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (…) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular pueda acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo». Son numerosas, además, las sentencias de Audiencias Provinciales que siguen fielmente este criterio jurisprudencial; vid., entre otras, las recientes sentencias de la AP de Barcelona, de 1 de marzo de 2010 (Roj: SAP B 2038/2010 – ECLI: ES: APB:2010:2038); de la AP de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (Roj: SAP V 1623/2011 – ECLI: ES: APV:2011:1623); de la AP de Barcelona, de 12 de julio de 2011 (Roj: SAP B 7704/2011 – ECLI: ES: APB:2011:7704); de la AP de Barcelona, de 21 de mayo de 2015 (Roj: SAP B 5188/2015 – ECLI: ES: APB:2015:5188); de la AP de Barcelona, de 22 de marzo de 2018 (Roj: SAP B 2250/2018 – ECLI: ES: APB:2018:2250).

Esta corriente jurisprudencial se ve además confirmada en Cataluña en el artículo 553-10.1.c) del CCCat, en el que se ha establecido que no se precisa el consentimiento de la Junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan: *«c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos lo prohíban»* [25].

3. LA PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES Y USOS DE LAS VIVIENDAS CONTENIDAS EN LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD: EN PARTICULAR, LA PROHIBICIÓN DE VIVIENDAS TURÍSTICAS

Se indicaba en el apartado anterior, que la mera descripción en el título constitutivo del uso al que se destine la vivienda no impide otros posibles usos. Cuestión distinta es la inclusión de una prohibición expresa de un determinado uso o actividad en las viviendas o locales de la propiedad horizontal. Estas prohibiciones son perfectamente posibles y su admisibilidad no está condicionada al carácter molesto de la actividad vedada: la STS de 20 de febrero de 1997 [26], afirma que «no cabe apreciar que la prohibición concerniente a actividades no permitidas en los estatutos presuponga, necesariamente, que las mismas hubieren de ser dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». La inclusión de estas prohibiciones presenta una ventaja práctica evidente: todo acto contrario a la prohibición estatutaria legitimará el ejercicio de la acción de cesación, pues el primero de los supuestos de hecho recogidos en el artículo 7.2 de la LPH es el desarrollo de una actividad prohibida en los estatutos. Esto es, se evita la necesidad de demostrar el carácter molesto de la actividad o uso prohibido, que siempre ha de ser probada, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que no puede determinarse de forma apriorística.

Centrándonos en las prohibiciones relacionadas con el destino turístico de las viviendas de la propiedad horizontal, hay dos cuestiones que resultan especialmente controvertidas: ¿la prohibición debe ser textual en orden a la inclusión de la referencia al uso específicamente turístico prohibido de la vivienda? Tras la entrada en vigor del apartado 12 del artículo 17 LPH, en su redacción originaria ¿cabe incluir una prohibición del uso turístico de la vivienda con un acuerdo comprensivo de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación?

(25) Murga Fernández, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2244 y ss.
(26) ECLI: ES: TS:1997:1168.

3.1 **Redacción de la prohibición en los estatutos: criterios jurisprudenciales**

Comenzando con la primera cuestión, con carácter reciente se han dictado distintas sentencias por parte de la Sala Primera del TS que acogen un criterio bastante uniforme sobre el particular. Nótese que son todos casos de prohibiciones ya contenidas en los estatutos de las respectivas comunidades que pretenden hacerse valer para lograr el cese del uso turístico de las viviendas. Se trata, así, de distintos casos de disposiciones estatutarias en las que sin existir una mención literal a la prohibición del destino «turístico» de las viviendas, se acaba estimando bajo el cobijo de fórmulas más genéricas (o con identidad de razón) que seguidamente se detallarán[(27)].

La primera de las sentencias del TS que cabe mencionar es la de 27 de noviembre de 2023[(28)]. Se trata de un edificio con dos portales, uno con acceso a locales comerciales y otro con entrada a pisos de uso residencial. Los estatutos de la comunidad especificaban literalmente lo siguiente: «En los departamentos independientes del edificio -viviendas- a los que se accede por el portal uno […] no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial. En el portal uno del edificio, no podrán, en consecuencia, instalarse placas anunciadoras de dichas actividades ni, en general, de ningún tipo, ni señal alguna que permita identificar a los propietarios o inquilinos de los componentes del inmueble». Dos viviendas se destinaron a alquiler turístico y la comunidad instó el cese de la actividad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la comunidad y argumentó «que la doctrina jurisprudencial es constante en afirmar que, como el derecho a la propiedad privada está constitucionalmente protegido (artículo 33 CE) y que sus limitaciones deben interpretarse con carácter restringido, existe una plena libertad del propietario de un elemento privativo para decidir su uso, sin que la mera indicación de su carácter residencial en la descripción del inmueble pueda suponer una limitación en aquel sentido, salvo que exista en el título constitutivo una prohibición expresa. En definitiva, no cabe prohibir a los demandados la destinación de las viviendas a uso vacacional, pues ese uso no deja de ser residencial y, por tanto, al darles ese destino no contravienen los estatutos». La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Instancia con una argumentación similar. El TS, tras recordar que toda prohibición o limitación en la propiedad horizontal son posibles siempre que atiendan al

(27) Cfr. en este punto el amplio estudio de los criterios jurisprudenciales llevado a cabo por Berenguer Albaladejo, M.ª C. (2021), pp. 187 y ss., y la clarificadora sistematización de posibles cláusulas estatutarias propuesta.

(28) ECLI: ES: TS:2023:5197.

interés general de la comunidad y que deben constar de forma expresa, estima el recurso de casación y sostiene que del tenor de los estatutos cabe deducir claramente la prohibición de destino turístico de las viviendas referidas. Señala el TS que «la actividad del alquiler de los pisos de uso turístico consiste […] no solo en la puesta a disposición material de los inmuebles para su utilización por terceras personas, que acceden a su uso mediante el pago de un precio y, de esta forma, cubren sus transitorias necesidades de habitación, sino también la prestación de servicios adicionales a los que haremos referencia, algunos incluso dentro de los propios pisos litigiosos. Dicha actividad es prestada por una sociedad mercantil con ánimo de lucro, que actúa en el tráfico jurídico para su explotación, la cual voluntariamente se sometió al régimen jurídico del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias». En la referida normativa autonómica se disponen un conjunto de obligaciones asumidas por los propietarios, que implican «la prestación de una serie de servicios y asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de los pisos como de uso turístico»; ello implica, «que la actividad de la empresa explotadora no se desarrolle extramuros de los inmuebles litigiosos, sino también en su interior, por lo que, si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a cabo una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico». En definitiva, se estima que la actividad desarrollada presenta una naturaleza empresarial y comercial, incurriendo en la prohibición estatutaria.

Esta misma doctrina sentada por la Sala Primera del TS es reiterada en la STS de 29 de noviembre de 2023 [29]. En este caso se plantea si el destino como apartamento turístico está comprendido en la cláusula de las normas de comunidad de un edificio establecidas por la promotora e incluida en los contratos de compraventa de las viviendas y conforme a la cual: «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos - Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.,…) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado». El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial acogen las pretensiones de la comunidad de propietarios y sostienen que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria. Ello por cuanto el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica equiparable a las actividades económicas que, a título ejemplificativo, se enumeran en las normas de la comunidad, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en las que concurre un componente comercial, profesional

(29) ECLI: ES: TS:2023:5199.

o empresarial. Los propietarios que recurren en casación defienden que la prohibición de usos y la limitación del derecho de propiedad debe hacerse de forma expresa y con una interpretación restrictiva, de ahí que no quepa interpretar que la prohibición de actividades económicas comprenda toda posible actividad comercial, como pueda ser el alquiler turístico no mencionado textualmente en los estatutos. El TS establece que «a la vista de la legislación sectorial turística de la Comunidad Autónoma y las ordenanzas municipales aplicables, destaca, en primer lugar, la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisitos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda. Lo señalado permite, como bien dice la Audiencia, concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad incluida en la prohibición estatutaria, pues es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial. Esta interpretación es conforme con la jurisprudencia de la sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos».

En definitiva, las limitaciones y prohibiciones al uso de las viviendas sometidas a un régimen de propiedad horizontal adoptadas por la comunidad son posibles siempre que respondan a un interés general[30] de la comunidad, sean expresas y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (con ello, evitamos la posible existencia de terceros de buena fe a los que no resulte oponible la

(30) Así lo destaca Álvarez Olalla (2020), pp. 389-390: «No puede tratarse, pues, de una prohibición o restricción que responda al mero capricho o a la mera arbitrariedad, o que se inspire en principios discriminatorios, como aquéllos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento) por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares».

prohibición de destino turístico de la vivienda, *ex* arts. 32 y 34 de la LH)[31]. El carácter expreso de la prohibición no exige que deba existir una previsión literal de todas las actividades posibles para que puedan verse afectadas por la misma. Una referencia, así, a una actividad comercial o económica alcanza la actividad turística (también la alusión a la prohibición de «pensión», «hospedería» o destino exclusivo como «residencia familiar»). Así se colige de los cánones de interpretación gramatical y teleológico de las disposiciones estatutarias que parece razonable (no tendría sentido exigir la mención al alquiler turístico cuando constituye una actividad desconocida en la generalidad de los casos en que se establecieron las prohibiciones enjuiciadas por las sentencias citadas, a lo que se une una falta de uniformidad en la terminología empleada en las distintas normas para referirse a las viviendas turísticas[32]), si bien abocado a un análisis necesariamente casuístico de las distintas prohibiciones objeto de conflicto. Se trata de una doctrina que ha sido reiterada por el TS en las SSTS de 24 de enero de 2024[33], 29 de enero de 2024[34] y 30 de enero de 2024[35].

(31) Molina Illescas, S. (2024), *La Buhaira*, p. 33.

(32) Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2024), *La Buhaira*, p. 46.

(33) ECLI: ES: TS:2024:196. En este caso, los estatutos contenían la siguiente prohibición que el TS entendió aplicable a las viviendas turísticas: «Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de «residencia familiar». Esta prohibición que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa».

(34) ECLI: ES: TS:2024:315. En este caso los estatutos prohibían dedicar las viviendas a «pensión»; el TS sostiene que «no se puede afirmar que dicho piso esté destinado a vivienda y no dedicado a pensión, tal y como exige el mencionado artículo estatutario, ya que, entendidas estas palabras conforme a lo que resulta del diccionario de la lengua española de la RAE, la vivienda es el lugar en el que se habita, se vive, o se mora, es decir, el lugar en el que se reside habitualmente, mientras que la pensión es el lugar en el que se reciben huéspedes mediante precio convenido. Y disfrutar de una estancia en una vivienda turística no es, propiamente, tener una vivienda, es decir, una residencia habitual en la que se vive, se habita o se mora, sino estar en una vivienda, de forma ocasional, hospedado o alojado a cambio de un precio. […] la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, ya que es claro que la contraposición entre la vivienda y la pensión como destinos de los pisos debido y prohibido, respectivamente, refleja una diferencia de fines expresiva de la voluntad comunitaria de que aquellos se dediquen a la residencia habitual o permanente de personas y no al simple hospedaje o alojamiento mediante la ocasional estancia de estas a cambio de precio».

(35) ECLI: ES: TS:2024:331. En este supuesto los estatutos de la comunidad contemplaban la prohibición siguiente: «Cambiar el uso de la vivienda por otro distinto de su habitual y permanente, transformándola en local comercial industrial, ni destinarla, ni aun en parte, a colegios, academias, hospederías, depósitos, agencias, talleres ni a fines vedados por la moral por la Ley». El TS sostiene que la referencia a una «hospedería» alcanza el destino como vivienda turística de las viviendas: «[…] Ejerce la demandada una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que no constituye, desde luego, ese uso permanente y habitual al que se refiere la norma estatutaria, y que guarda identidad de razón con la prohibición establecida de destinar los pisos a hospedería, por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho».

3.2 Inclusión de la prohibición en los estatutos en aplicación del artículo 17.12 LPH: controversias interpretativas, doctrina jurisprudencial e interpretación auténtica aclaratoria

Aquellas comunidades que carezcan de prohibiciones al uso turístico en sus estatutos (o en términos más genéricos, como acaba de verse, de actividades comerciales, económicas, o semejantes que puedan alcanzar dicho uso) se ven abocadas a su inclusión. Es aquí donde entra en juego el apartado 12 del artículo 17 LPH, cuyo tenor literal, en su versión originaria, merece reproducirse en este punto: «El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos». Como puede comprobarse, se aludía a la posibilidad de «limitar o condicionar» el ejercicio de la actividad turística mediante una eventual modificación del título constitutivo o los estatutos, con el voto favorable de tres quintas partes de las cuotas de participación. No se mencionaba expresamente el término «prohibición» y esto ha generado un mar de dudas[36] con posiciones contrapuestas a nivel doctrinal y por parte de las Audiencias Provinciales, así como la propia DGSJFP: en unos casos se admitía la inclusión de una prohibición con ese voto favorable de las tres quintas partes de las cuotas de participación y, en otros, se exigía unanimidad. El TS, como era previsible, sentó doctrina sobre el particular para zanjar la disparidad de criterios a través de dos sentencias de Pleno de la Sala Primera, de 3 de octubre de 2024[37]. El legislador, por su parte, mediante la última reforma implementada en el texto del artículo 17.12 LPH, a modo de interpretación auténtica, ha confirmado igualmente dicha doctrina ju-

(36) Fuentes-Lojo Rius, A. (2018), *AC*, p. 6/10 critica el carácter confuso de la redacción del artículo 17.12 LPH a este respecto, subrayando que la propia Abogacía Española informó al Ministerio sobre el particular: «No obstante, a la luz de este nuevo redactado tan confuso de la LPH, habrá que estar a atento a lo resuelvan los tribunales para ver si siguen la senda de la jurisprudencia catalana. La Abogacía Española informó al Ministerio de la importancia de ser más conciso en este aspecto para evitar que se generara litigiosidad en torno a esta cuestión».

(37) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791. El el interés casacional que presentaba esta disparidad de criterios a nivel de las Audiencias Provinciales era evidente *ex* artículo 477. 3 LEC.

risprudencial. Conviene hacer un recorrido por estas corrientes interpretativas dispares y por el criterio finalmente asentado jurisprudencial y legislativamente.

Comenzando con la posición contraria a la inclusión de la eventual prohibición en el marco del originario artículo 17.12 LPH, a nivel doctrinal puede destacarse la posición encabezada por Gomá Lanzón, para quien «lo que dice la norma es que la junta de propietarios podrá limitar o condicionar esa actividad, no dice expresamente que la pueda prohibir de plano, y esa ausencia es significativa. Limitar supondría establecer restricciones (por ejemplo, que no más de un tanto por ciento de los inmuebles del edificio se dediquen a esto, que exista un horario de entrada y salida de usuarios, impedir celebrar fiestas por parte de inquilinos, no permitir que usen la piscina o el gimnasio u otras instalaciones comunes, temas de ruidos, basuras… puede ser muy variado). Y condicionarlo sería establecer requisitos previos o simultáneos para poder ejercer esa actividad, quizá uno podría ser tener un seguro que específicamente cubra los daños que pudieran derivarse a instalaciones de la comunidad, que solamente se estén utilizando simultáneamente un determinado porcentaje de las viviendas totales para este uso, etc.»[(38)]. Esta misma inteligencia ha sido la acogida por distintas Audiencias Provinciales en tiempos recientes: señaladamente, las de Madrid, Málaga (si bien no con carácter uniforme en este caso, pues hay sentencias que admiten la prohibición de uso turístico en aplicación del artículo 17.12 LPH), Granada y Huesca.

La AP de Madrid dictó tres sentencias que reiteran la imposibilidad de prohibir en aplicación del artículo 17.12. En la SAP Madrid de 15 de junio de 2022[(39)] se establece que «a través del acuerdo impugnado se ha introducido una cláusula estatutaria que no persigue limitar o condicionar el uso turístico, que es lo que permite el artículo 17.12 de la LPH, sino prohibir esa actividad. Ello es así dado que la exigencia de unanimidad para

(38) Gomá Lanzón, F. (2019). Seguido, entre otros, por Magro Servet, V. (2019). Gomá añade, que «pueden ser restricciones muy variadas y en ocasiones no exentas de dudas sobre su admisibilidad. Hay que tener en cuenta que, aunque el nuevo párrafo 12 del artículo 17 de la LPH establezca simplemente un régimen de mayorías para adoptar el acuerdo, éste deberá ser proporcional a las necesidades de la comunidad y tener una causa clara. Y ello porque en caso contrario podría entenderse que perjudica innecesariamente a los propietarios que no han votado a favor, y ser anulado por haberse adoptado con abuso de derecho (artículo 18.1.c LPH). Por ejemplo, si el problema es que hay un uso inadecuado del portal que perjudica a los vecinos, no se antoja justo prohibir el uso también a propietarios de viviendas que tengan acceso directo desde la calle. […] Por todo ello parece muy conveniente que los acuerdos de comunidad que se refieran a la actividad de alquiler turístico, para restringirlos, estén especialmente explicados y casualizados. Indicando el problema que se ha detectado, y las soluciones, y cuidando de que con las restricciones impuestas no se llegue a una práctica imposibilidad de alquilar, porque eso implica excederse de lo permitido por la ley. Y lo mismo respecto del establecimiento de cuotas especiales para las viviendas que realicen esta actividad. […]».

(39) ECLI: ES: APM:2022:9236.

consentirlos alojamientos de uso turístico en la finca se traduce en un auténtico veto a la facultad de los propietarios de arrendar su vivienda para ese uso, y ello mediante la imposición de un quórum diferente al establecido en la ley. Lo que el citado precepto permite es que, mediante una mayoría cualificada, se establezcan limitaciones o condiciones a dicha actividad, pero en el caso que nos ocupa mediante esa mayoría lo que se acuerda, en realidad, es una modificación estatutaria que hubiera requerido de unanimidad (art. 17.6 LPH), al tratarse de un supuesto de prohibición que carece de encaje en el artículo 17.12 LPH. No es cierto, como afirma la juzgadora de instancia, que la comunidad de propietarios pueda prohibir el ejercicio de la actividad turística, sino que lo único que se le reconoce en dicho precepto es la posibilidad de limitarlo o condicionarlo. Prohibición que, además, implica una restricción de las facultades dominicales, lo que enlaza con el motivo de impugnación que denuncia la infracción del artículo 33 CE. En efecto, el derecho a la propiedad privada, consagrado en dicha norma, es concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. […] A lo que se añade que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad». Esta misma postura se acoge en las Sentencias de 6 de julio de 2022 (40) y 29 de septiembre de 2023 (41); y también, como se ha anticipado, en las Sentencias de las AAPP de Málaga 8 de abril de 2022 (42), de Granada de 24 de mayo de 2024 (43) y de Huesca de 22 de abril de 2024 (44).

Otro sector doctrinal, liderado por Cerdeira Bravo de Mansilla y al que nos adscribimos, estimaba que sí cabía la prohibición, atendiendo a una

(40) ECLI: ES: APM:2022:10835.

(41) ECLI: ES: APM:2023:15448.

(42) ECLI: ES: APMA:2022:946.

(43) ECLI: ES: APGR:2024:959. La Audiencia incluye en su argumentación un interesante ejemplo que aclara su posición (propuesto por la parte recurrente): «Aquí se trata de que una Comunidad de Propietarios prohíbe una actividad en su ámbito, pero el precepto de cobertura dice «limite o condicione» el ejercicio de esa actividad. De ahí que el ejemplo al que alude la parte de la prohibición de circular a velocidad superior a una determinada no sirva, puesto que no es que prohíba circular (aquí sería el uso de la vivienda o ejercicio de una concreta actividad en ella), sino que se prohíbe hacerlo a más de esa velocidad, con lo que si cabe circular por la vía afectada (aquí el ejercicio de actividad) pero con esa limitación. Otra cosa es que se pongan límites o condiciones al ejercicio de esa actividad en las viviendas integradas en esa propiedad horizontal. Surge la duda de qué contenido podría tener ese acuerdo que ponga límite o condiciones al ejercicio de esa actividad de arrendamientos turísticos. Aquí, podría entrar la de limitar el número de usuarios, permitir o no mascotas, establecer días u horas de ingreso o salida, obligación de aseguramiento específico por daños, presencia del propietario o arrendador a la entrada para comunicar específicamente al usuario las reglas de uso de elementos comunes, etc.».

(44) ECLI: ES: APHU:2024:123.

interpretación gramatical y teleológica del precepto: desde un punto de vista gramatical la posibilidad de prohibir el uso turístico de un piso es una clara limitación (la mayor limitación posible, ciertamente). Nótese que el canon de interpretación gramatical consagrado en el artículo 3.1 CC debe atender en primer término al significado técnico-jurídico de los términos empleados por la norma. En este sentido, bajo la noción de «limitación» al derecho de propiedad (en contraste con los límites que delimitan el contenido esencial del derecho) se recogen técnicamente las mayores restricciones posibles a su contenido, donde llega a tener cabida hasta la propia prohibición de disponer (*ex* arts. 26 y 27 LH; ello supone una ablación, aunque sea temporal, de la facultad de disposición integrante del derecho de propiedad). Desde esta óptica, pues, el término «limitación» ampara indudablemente la prohibición de un determinado uso o destino de la propiedad. Del mismo modo, la mejor doctrina afirma unánimemente que el criterio gramatical no puede ser el único que emplee el intérprete: debe conjugarse con los criterios sistemático y teleológico[(45)], siendo este último especialmente relevante en la controversia que nos ocupa (y ante posibles discrepancias entre el criterio gramatical y teleológico, ha de prevalecer este último)[(46)]. En efecto, atendiendo a la finalidad perseguida por el Real Decreto que implanta el nuevo precepto (el fomento del mercado del alquiler, en el que se consideran los alquileres turísticos como un claro obstáculo para ello), ¿cómo no va a ser conforme a tal espíritu la posibilidad de prohibir tal fenómeno? Sería, incluso, la opción más conforme a tal propósito de la norma[(47)]. Finalmente, como argumento *a fortiori* puede destacarse que el CCCat emplea en su artículo 553-2.e) el término «limitación» y no «prohibición» al referirse a las cláusulas estatutarias que

(45) Así lo afirmaba el ilustre Don Federico de Castro y Bravo (2008), pp. 521-522: «En ningún caso basta la interpretación gramatical. Esta afirmación hay que hacerla contra la tendencia introducida por los humanistas, con sus métodos filológicos, en contra del *mos vetum* y de su preferencia por la *ratio legis*; toda regla jurídica, aun la de apariencia más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su fin. No es cierto que en el sentido gramatical indudable de las palabras encuentra la actividad interpretadora un límite infranqueable, ni que pueda encontrarse detenida por erratas de imprenta, errores de expresión o defectos de redacción. […] La letra de la ley es un medio para conocer el mandato y nunca causa o pretexto para que no se cumpla el verdadero sentido de la ley». En sentido análogo se pronuncia Pérez Álvarez, M. A. (2022), p. 127: «Es cierto que la interpretación gramatical constituye el primer elemento de interpretación. Sin embargo, el gramatical, no debe ser el único canon a emplear al objeto de desvelar el significado de las normas. Ello por cuanto que la interpretación que resulta de la literalidad se debe contrastar con la que se deriva del empleo de los demás cánones. Sobre todo […], con las consecuencias derivadas del empleo del canon sistemático y de la consideración del espíritu y finalidad de la norma aplicable».

(46) Pérez Álvarez, M. A. (2022), p. 128: «En ciertos casos puede suceder que existan divergencias en orden a l interpretación que resulta de emplear el canon gramatical y la que se deriva del recurso de la consideración del espíritu y finalidad de la norma. En tales supuestos, la interpretación derivada del canon gramatical cobra carácter subsidiario».

(47) Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2019), *RDP*, pp. 14 y 15.

deben considerarse válidas y la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y de la AP de Barcelona admiten de forma unánime la posibilidad de que las prohibiciones se incluyan en los estatutos de la comunidad[48].

Esta última posición favorable a la posibilidad de establecer una verdadera prohibición del destino turístico de las viviendas en los estatutos ha sido la sostenida igualmente por la DGSJFP. Así lo apuntó por primera vez, aunque sin tratarse de la cuestión principal recurrida en el caso, la Resolución de la DGSJFP de 16 de junio de 2020[49], mostrándose opuesta a la interpretación contraria a la prohibición defendida por algunos Registradores: «En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, como alega el recurrente, el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que 'se limite', es decir, 'poner límites a algo', en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa «limite o condicione», la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios». Esta misma argumentación es reiterada por la DGSJFP a través de resoluciones posteriores que sí abordaron la problemática como cuestión principal: las de 5 de noviembre de 2020[50], 15[51] y 22 de enero de 2021[52]. Se acoge, así, la doble fundamentación, gramatical y teleológica, que entendemos más razonable[53].

Por su parte, en la jurisprudencia menor también puede constatarse, como se ha advertido, sentencias de AAPP que han admitido la prohibición del destino turístico bajo el cobijo del artículo 17.12 LPH. Así, pueden destacarse las Sentencias de las AAPP de Cantabria (23[54] y 28 de noviembre de 2022[55]), Guipuzkoa (30 de septiembre[56] y 20 de mayo de 2022[57]), Pontevedra (28 de abril de 2022[58]) y Alicante (26 de febrero de 2024[59]). De entre todas ellas, cabe subrayar lo establecido en la SAP de

(48) *Vid.*, por todas, la reciente STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2018 (ECLI: ES: TSJCAT:2018:5827). Así lo destaca igualmente Fuentes-Lojo Rius, A. (2018), *AC*, p. 6/10.

(49) *BOE* núm. 209, de 3 de agosto de 2020.

(50) *BOE* núm. 309, de 25 de noviembre de 2020.

(51) *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 2021.

(52) *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2021.

(53) Para una explicación detallada de las distintas posiciones doctrinales acogidas en esta materia, *vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2022), pp. 114 y ss.

(54) ECLI: ES: APS:2022:1728.

(55) ECLI: ES: APS:2022:1679.

(56) ECLI: ES: APSS:2021:1573.

(57) ECLI: ES: APSS:2022:588.

(58) ECLI: ES: APPO:2022:1127.

(59) ECLI: ES: APA:2024:358.

Pontevedra, en la que se incide en sinsentido que supone exigir unanimidad para incluir una prohibición atendiendo a la finalidad perseguida por el artículo 17. 12 LPH: «[…] Para aprobar la limitación del alquiler turístico por una comunidad de propietarios bastará el voto de las tres quintas partes del total de los propietarios que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. La pretensión de la demandante de que el acuerdo de prohibición de alquiler turístico necesitaba unanimidad, lo era antes de la entrada en vigor del apartado 12 del artículo 17 LPH (6 de marzo 2019) introducido por ley 7/2019 de 1 de marzo, pues con la reforma operada por esta ley se trata de permitir adoptar un acuerdo que excluya un uso concreto, el de cesión para uso turístico, no por unanimidad, lo que ya hubiera sido posible en el ámbito de la propiedad horizontal antes de la ley 7/2019, sino por una mayoría cualificada, de no ser así, seguiría siendo necesario contar con el consentimiento del propietario potencialmente afectado para adoptar este acuerdo, lo que, desde luego, no responde al sentido de la reforma». La SAP de Guipuzkoa de 20 de mayo de 2022 apoya, por su parte, su fundamentación en el criterio de interpretación gramatical del artículo 17.12 LPH: «Consideramos que comprender dentro del objeto de los acuerdos que precisan el voto favorable de tres quintos del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, aquellos que prohíben la actividad de uso de piso turístico en los pisos del edificio de la comunidad no supone realizar una interpretación extensiva del artículo 17.12 LPH, sino una interpretación acomodada a su tenor literal. Es cierto que el citado precepto no utiliza la expresión 'prohibir', sino 'limitar', pero entre las diversas acepciones de dicho verbo, la primera es 'poner límites a algo'; y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas privativas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo. Por ello, no podemos compartirla conclusión que establece la sentencia de instancia en el sentido de que el acuerdo impugnado debió haberse adoptado por unanimidad, habiéndose alcanzado en el caso de autos las mayorías legalmente exigibles».

El Tribunal Supremo, a la vista del interés casacional que presentaba la materia dada la disparidad de criterios observada entre Audiencias, ha sentado doctrina mediante dos importantes sentencias de Pleno de 3 de octubre de 2024[(60)]. En la primera de ellas una comunidad de propietarios, que acordó la prohibición de destino turístico de las viviendas por mayoría de tres quintos, recurre en casación una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en la que se estima el recurso de apelación interpuesto por una entidad mercantil propietaria de uno de los pisos decretando así

(60) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791.

su nulidad. La segunda de las sentencias de Pleno tiene por objeto el recurso de casación frente a una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, donde tres sociedades mercantiles propietarias de cinco apartamentos impugnan un acuerdo de prohibición del uso turístico de las viviendas adoptado por la comunidad amparándose en el artículo 17.12 LPH. Las recurrentes estiman que la Audiencia realiza una interpretación extensiva del artículo 17.12 de la LPH, cuando las limitaciones a las facultades dominicales del propietario deben interpretarse restrictivamente, y además debe prevalecer la interpretación literal, sin que el término limitar sea sinónimo de prohibir. Limitar es «poner límites a algo», mientras que prohibir es «vedar o impedir el uso o la ejecución de algo». Por todo ello, se estima que los acuerdos de las comunidades de propietarios que prohíban esa actividad son nulos, al exceder de los términos permitidos por la ley, que únicamente autoriza limitar o condicionar el alquiler turístico.

El Alto Tribunal reitera, en primer término, su jurisprudencia sobre la admisibilidad del establecimiento, dentro del régimen de propiedad horizontal, de restringir o prohibir ciertas facultades de goce de los propietarios sobre sus pisos o locales, con el fin de armonizar los intereses particulares con los comunes. Tales restricciones son válidas si se acuerdan conforme a Derecho, respetando los límites del artículo 1255 del CC, y sin que los derechos constitucionales a la propiedad privada (artículo 33) y a la libertad de empresa (artículo 38) supongan un impedimento. En este contexto, se afirma que «impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima, y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O, dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal».

Sentado lo anterior, se apela a la prevalencia que debe conferirse al criterio de interpretación teleológico, que en este caso conduce a una invocación del Preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, confirmando así la admisibilidad de la posible prohibición de uso turístico ex artículo 17.12 LPH: «[e]l espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para

arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa».

A esta misma conclusión se llega en aplicación del canon de interpretación gramatical: «Desde un punto de vista semántico, la expresión legal «limite o condicione» establece dos supuestos distintos y alternativos, uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien». Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite. Interpretación gramatical que queda reforzada por el significado de «límite» en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: «Delimitación de un territorio, de un derecho o del ámbito de las competencias administrativas o jurisdiccionales». Lo que ha hecho el legislador es permitir que las comunidades puedan delimitar el ejercicio de la actividad de pisos turísticos, lo que, en su caso, incluye la posibilidad de su prohibición».

En definitiva, «no tiene sentido que cuando el legislador emplea ambos términos lo haga de forma redundante, y no para ampliar los contornos de las posibilidades que ofrece el artículo 17.12 de LPH. Este precepto constituye precisamente una excepción al régimen de la unanimidad para conseguir que el acuerdo comunitario de veto al alquiler turístico sea posible en derecho. Si no, bastaría con la oposición de quien quiera destinar el inmueble a tal actividad para que el uso turístico deba tolerarse, generándose entonces la problemática derivada de la imposición de condiciones que lo hiciesen inviable en la práctica con la rica problemática judicial e incremento de la litigiosidad que generaría. Se sostiene que no puede admitirse «que las únicas posibilidades que el artículo 17.12 de la LPH oferta a los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico sean las del artículo 7.2 de la LPH; es decir, una vez producidos, reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitara los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles, sin que la vida vecinal se vea alterada por actividades económicas que la experiencia demuestra introducen un elemento perturbador en la convivencia comunitaria».

Nótese que con esta doctrina jurisprudencial nada se está alterando, de ahí que no quepa plantear el carácter retroactivo o irretroactivo de la misma: desde la entrada en vigor del artículo 17.12 LPH los acuerdos prohibitivos adoptados por la mayoría de tres quintos son perfectamente válidos[61].

Con posterioridad a estos importantes pronunciamientos del TS, el legislador ha tenido a bien modificar el problemático tenor del artículo 17.12 LPH, a modo de interpretación auténtica aclaratoria, consolidando la antedicha doctrina jurisprudencial[62]. Podría haberse decantado por acoger una solución diversa, pero en la medida en que la mantiene, la nueva redacción del precepto no puede tildarse como novedosa: se aclara lo que desde la redacción originaria de la norma ya se establecía. Este matiz presenta enorme relevancia en el plano del carácter irretroactivo que proclama la propia norma: no puede sostenerse que la prohibición adoptada por mayoría de tres quintos solo sea posible desde la entrada en vigor del precepto reformado, sino realmente desde el mismo momento en que comenzó a surtir efectos su redacción originaria[63].

---

(61) Desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 22 de enero de 2019, en la efímera vigencia de la redacción originaria del artículo 17.12 LPH con ocasión de la derogación del Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; y seguidamente desde el 6 de marzo de 2019, con la publicación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

(62) Esta misma conclusión es la que se realiza en la STTSJ de Madrid de 22 de febrero de 2024 (ECLI: ES: TSJM:2024:1908), donde se resuelve el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid ante la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 32 de Madrid, que había estimado de una entidad mercantil contra la resolución administrativa que ordenó el cese y clausura de la actividad de una vivienda de uso turístico que contaba con la declaración responsable exigida por la normativa turística autonómica. El Juzgado entendió que no era preceptiva la obtención de licencia municipal porque no debía aplicarse con carácter retroactivo el Plan Especial de Hospedaje de 2019. El TSJ Madrid, confirma que el uso de VUT es terciario (hospedaje) y, conforme al PGOUM 97 (Artículo 7.6), de conformidad además con el acuerdo interpretativo de la Comisión de Seguimiento del PGOU de Madrid que aclaró que las VUT sí constituyen sector terciario, de forma que requiere una licencia municipal previa que habilite dicho uso (licencia de cambio de uso de residencial a terciario y/o licencia de actividad), siendo insuficiente la DR autonómica. El TSJ Madrid insiste en que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de 23/01/2018 no innovó el ordenamiento, sino que interpretó y clarificó la normativa urbanística ya vigente (PGOUM 97), que ya distinguía entre uso residencial y terciario-hospedaje. Por tanto, no hay aplicación retroactiva de una disposición restrictiva. La exigencia de licencia deriva de normas preexistentes.

(63) Así lo subraya con gran claridad Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2025), *RDP*, p. 104: «Y así también, precisamente, debemos entender que ahora el artículo 17.12 LPH incluya expresamente la posibilidad de prohibir por acuerdo comunitario los pisos turísticos, no como novedad legislativa (ni mucho menos como una vuelta de tuerca en la cuestión), sino a modo de interpretación auténtica de lo que ya antes debía entenderse dentro de la posibilidad de limitar por acuerdo vecinal los pisos turísticos. El legislador, pues, no ha venido a innovar, ni a modificar, para extender el alcance de los posibles acuerdos comunitarios limitativos o condicionantes de los pisos turísticos, sino a aclarar lo que ya debía así entenderse, o interpretarse desde su letra y espíritu con aquel resultado declarativo, ratificando con ello la interpretación ya oficial –y meramente declarativa, insisto, del precepto– hecha por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo».

Con esta premisa, el verdadero alcance que presenta dicho carácter irretroactivo proclamado en la parte final del artículo 17.12 LPH no puede entenderse por completo si no se pone en conexión con el nuevo artículo 7.3 LPH (introducido por la misma Ley Orgánica 1/2025), reforzado extraordinariamente con el igualmente novedoso número de registro único de la vivienda. Afrontaremos el estudio de estas cuestiones en el apartado siguiente.

4. LA VERDADERA NOVEDAD: EL ARTÍCULO 7.3 LPH Y EL PAPEL DESEMPEÑADO POR EL NÚMERO DE REGISTRO ÚNICO

Como viene advirtiéndose, la verdadera novedad introducida por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025 viene constituida por el apartado tercero del artículo 7 LPH cuyo tenor reproducimos a continuación: «El propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior».

Como puede apreciarse, se supedita el destino turístico de la vivienda a la autorización por parte de la comunidad de propietarios; en particular, con un acuerdo comprensivo de la misma mayoría exigida para la prohibición de uso turístico de conformidad con el artículo 17.12 LPH: voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. De este modo, el punto de partida en lo sucesivo pasa a ser la prohibición general del destino turístico de la vivienda, que solo puede exceptuarse mediante acuerdo expreso de la comunidad en los términos expresados. De ahí que los acuerdos prohibitivos, a partir de la entrada en vigor del nuevo artículo 7.3 LPH, pasen a ser superfluos desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas: partiendo de la prohibición legal que subyace a la exigencia de autorización por la comunidad, cualquier vivienda que inicie una actividad turística sin recabarla será «ilícita», dando cabida al posible

ejercicio automático de la acción de cesación (tal y como por lo demás aclara el propio apartado tercero del artículo 7 en su parte final, donde existe una remisión expresa al artículo 7.2 LPH en la que se regula precisamente la acción de cesación) (64).

Esta nueva realidad ha comenzado a surtir efectos desde el 3 de abril del presente año 2025, toda vez que el novedoso artículo 7.3 LPH no puede aplicarse con carácter retroactivo en virtud de lo dispuesto por la Disposición adicional segunda de la LPH: «Aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que se haya acogido previamente a la normativa sectorial turística, podrá seguir ejerciendo la actividad con las condiciones y plazos establecidos en la misma».

Antes de hacer un ejercicio de recapitulación de las implicaciones que presenta la aplicación conjunta del artículo 17.12 y el artículo 7.3 LPH y de su alcance irretroactivo en términos prácticos, conviene hacer una breve referencia a la última novedad planteada en esta materia: a saber, el número de registro único de las viviendas turísticas introducido por el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración (65).

El citado Real Decreto 1312/2024 pretende adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, regulando el procedimiento de registro único de arrendamientos y la Ventanilla Única Digital de Arrenda-

(64) Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2025), *RDP*, p. 119, sostiene acerca de los posibles acuerdos prohibitivos a partir de la entrada en vigor de la exigencia de autorización por parte de la comunidad que «En ese aspecto estrictamente jurídico, en principio, no parece haber obstáculo para admitir, aunque *ad abundantiam*, aquella prohibición estatutaria, expresa y clara en cuanto sea posible, pero sin olvidar que tal cláusula estatutaria se muestra *secundum legem*, como subrayado de la ilicitud por abusiva, molesta y dañosa, que ya implícita, aunque genéricamente, contenía ya la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 7.2, y ahora más expresa y particularmente, tras su reforma en 2025, en el ap. 3 de ese mismo artículo 7 LPH. Se trataría, a lo más, de una interpretación o concreción consensuada, voluntaria, de lo que ya en general presume la propia norma, evitando así cualquier nimia duda que pudiera plantearse. De modo que nada impediría una interpretación amplia por su resultado de tal cláusula estatutaria prohibitiva, en tanto esa sea la voluntad de la comunidad, sin que al respecto haya apriorismos que obliguen a su necesaria interpretación restrictiva».

(65) A la fecha de redacción de este trabajo se desconoce la suerte que correrá el Real Decreto 1312/2024, toda vez que ha sido objeto un recurso contencioso administrativo por parte Gobierno de Andalucía por invasión competencial. Cfr. la noticia sobre el recurso interpuesto: https://efe.com/andalucia/2025-05-22/andalucia-recurre-el-registro-unico-de-alquiler-turistico-por-invadir-sus-competencias/ (fecha de consulta: 22 de mayo de 2025).

mientos. El Reglamento europeo establece una serie de obligaciones y regulaciones en materia de información que se aplican a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración cuando los Estados miembros hayan establecido procedimientos de registro para las unidades situadas en su territorio. Además, dispone que cuando existan ese tipo de procedimientos de registro, se deberá crear una Ventanilla Única Digital que funcione en el conjunto del Estado miembro. En este contexto y en lo que aquí interesa, a partir del 1 de julio de 2025 toda vivienda turística que pretenda comercializarse en una plataforma en línea de alquiler de corta duración (ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no), deberá obtener previamente el número de registro único en el Registro de la Propiedad. Es una exigencia imperativa para poder ofrecer el servicio de alquiler turístico a través de las plataformas en línea[66]. Para la obtención de dicho número de registro único deberá acreditarse que la vivienda se ajusta al conjunto de exigencias civiles y administrativas para su comercialización[67]. Esto es, si existe una prohibición de destino turístico incorporada en los estatutos e inscrita en el Registro de la Propiedad que resulte oponible, no se expedirá el número de registro; y tampoco se hará si no se acredita la preceptiva autorización de la comunidad en los supuestos exigibles.

(66) Cfr. el artículo 2, apartado c) del Real Decreto 1312/2024, donde se ofrece una definición del «anfitrión o persona arrendadora»: «una persona física o jurídica que presta, o tiene la intención de prestar, un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración a cambio de una remuneración a través de una plataforma en línea de alquiler de corta duración ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no»; apartado f), en el que se da una definición del «procedimiento de Registro Único de Arrendamientos»: «es el procedimiento a través del cual se da cumplimiento en España a las obligaciones de registro recogidas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, que se tramitará por el Registro de la Propiedad competente, donde se halla inscrito el inmueble objeto de arrendamiento y donde se hará constar el número de registro asignado al mismo; o en el Registro de Bienes Muebles competente donde se halla inscrito el buque, la embarcación o artefacto naval objeto de alquiler y donde se hará constar el número de registro asignado al mismo»; y el apartado i), donde se ofrece una definición del «número de registro»: «el identificador único de una unidad expedido por el Registrador o Registradora de la Propiedad o de Bienes Muebles competente que permite la identificación de una unidad». También el artículo 5. a) del Real Decreto 1312/2024, sobre obligaciones de las personas arrendadoras: «Obtener previamente el número de registro definido en el artículo 2.i) en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles a los efectos de poder ofrecer sus servicios a través de las plataformas en línea. Este número será otorgado de manera automática e inmediata conforme al artículo 9». Así como el artículo 6 del Real Decreto 1312/2024, donde se impone a las plataformas en línea de alquiler un conjunto de obligaciones tendentes a garantizar que los anfitriones que comercialicen sus viviendas dispongan necesariamente del número de registro único.

(67) Matas Bendito, M. (2025), p. 18, destaca que «a través de esta medida, se evitará que puedan ser ofertadas viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por la normativa de las diferentes administraciones territoriales, permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz. En definitiva, es previsible que gracias a esta regulación salgan del mercado viviendas actualmente ofertadas de manera irregular, lo que permitirá una mayor oferta de otras fórmulas de arrendamiento como son las de larga duración».

Existe un aspecto un tanto confuso acerca de la entrada en vigor de este novedoso procedimiento de registro único de arrendamientos. En la Disposición final cuarta del Real Decreto 1312/2024 se indica que «El presente Real Decreto entrará en vigor el día 2 de enero de 2025, desplegando efectos sus disposiciones el 1 de julio de 2025, para otorgar un plazo suficiente para realizar las adaptaciones de carácter tecnológico y funcional necesarias por parte de todos los actores implicados en el cumplimiento de la norma […]». Esta peculiar distinción entre la «entrada en vigor» y el «despliegue de sus efectos», entendemos que debe interpretarse de la forma siguiente: desde el 2 de enero de 2025 puede obtenerse el número de registro único con carácter voluntario y sólo será realmente exigible de forma imperativa a partir del 1 de julio de 2025. Si se conecta este aspecto con la entrada en vigor del artículo 7.3 LPH, puede decirse que desde el 2 de enero hasta el 2 de abril de 2025 las viviendas turísticas han podido obtener el registro único de arrendamientos sin necesidad de aportar la autorización expresa por parte de la comunidad. Hay autorizadas voces doctrinales que discrepan de este parecer, al considerar que con ello se estaría posibilitando lo que podría calificarse como verdadero «fraude de ley» a través de una norma reglamentaria, al margen de que nos encontremos en el período de *vacatio legis* de la norma defraudada (además, se apunta, de rango superior) (68).

(68) Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2025), *RDP*, pp. 110 y 111: «A la postre, parece que ambas disposiciones finales aunadas (la 38.ª de la LO 1/2025 y la 4.ª del RD 1312/2024), con la complicidad de aquella nueva disposición adicional 2.ª de la LPH (al declarar irretroactiva la nueva reforma de la LPH), pudieran dejar un margen para el fraude de ley, incluso ante la mirada –atónita– de los propios registradores de la propiedad, al permitir aquellas disposiciones finales y adicional que desde el 2 de enero (fecha de entrada en vigor del RD 1312/2024), y durante 3 meses, hasta el 3 de abril en que entran en vigor los nuevos artículos 7.3 y 17.12 LPH, cualquier interesado en destinar comercialmente su piso a alojamiento turístico, aunque aún no lo esté comercializando ni lo haya arrendado antes 27, así lo haga ante el Registro de la Propiedad sin la previa autorización de la comunidad de propietarios, bastándole con una licencia administrativa para el alquiler turístico que haya obtenido entre el 2 de enero y el 3 de abril; y todo ello aunque la concesión del número de registro obtenido y anotado, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad no tenga efectos hasta el 1 de julio de 2025; lo cual, si cabe, hace aún más obscena aquella posible actuación fraudulenta, al saberse que tales números de registro ya concedidos por el Registro se harán efectivos en una fecha, el 1 de julio, en que el artículo 7.3 LPH tendrá plena vigencia, desde varios meses antes, cuando exige siempre la autorización expresa previa de la comunidad de vecinos para que cualquiera pueda por primera vez destinar su piso al alquiler turístico. [L]a Ley vigente pero en *vacatio legis*, que puede ser objeto de fraude, sería la LPH en su reforma hecha por la LO 1/2025, y la disposición administrativa –involuntariamente– permisiva del fraude, sería una norma reglamentaria: el RD 1312/2024. De modo que de haber contradicción o antinomia, como la apuntada, por exigencias –incluso constitucionales– de jerarquía normativa debe prevalecer la norma con rango legal sobre la reglamentaria (cfr., arts. 9.3 CE y 1.1 CC). El autor invoca para su posición la autorizada posición de Don Federico de Castro (p. 110): «Como siempre, puede que las enseñanzas del maestro don Federico de Castro nos guíen en tal cuestión, cuando en su Derecho Civil de España (reed., 1984, p. 628), refiriéndose a la vigencia de las normas, decía: «la ley, durante el transcurso de la vacatio, sufre el aplazamiento de su eficacia, pero desde su promulgación es ya ley; por ello, no se podrán dictar disposiciones administrativas que difi-

Es hora de recapitular tratando de poner cierto orden a este galimatías propiciado por el legislador planteando los principales escenarios posibles.

a) La primera hipótesis comprendería los casos en que la comunidad incluyera en sus estatutos una prohibición una *prohibición de destino turístico de la vivienda* (o de una actividad comercial, siguiendo la interpretación realizada por el TS a este respecto comprensiva de dicha actividad turística).

– La prohibición será válida en todo caso, lógicamente y al margen de la fecha del acuerdo, si se ha adoptado de forma unánime por la comunidad (artículo 17. 6 LPH).

– La prohibición será igualmente válida, si se acuerda con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (artículo 17.12 LPH), desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 22 de enero de 2019 (conforme a la efímera vigencia de la redacción originaria del artículo 17.12 LPH con ocasión de la derogación del Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler); o a partir del 6 de marzo de 2019. Así debe interpretarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial dictada por el TS y confirmada a modo de interpretación auténtica aclaratoria por el legislador en la redacción vigente dada al artículo 17.12 LPH.

– La prohibición adoptada no puede tener alcance retroactivo, lo cual debe ir referido lógicamente a la actividad de alquiler turístico en sí misma considerada, y no a un concreto alquiler turístico que esté en vigor a la fecha de adopción del acuerdo. Esto es, no puede sostenerse que la prohibición sea inaplicable a los alquileres turísticos en curso, pero sí a los sucesivos, pues tal conclusión vaciaría de contenido el carácter irretroactivo acogido imperativamente por la norma: los alquileres turísticos son para períodos muy breves, de ahí lo absurdo de esta interpretación[(69)]. Así las cosas, todo propietario que haya iniciado la actividad de alquiler turístico con carácter previo a la prohibición, no se verá afectado por la misma.

– Al tratarse de una prohibición dirigida con carácter uniforme y por igual a todos los pisos integrantes del edificio sometido a propiedad horizontal, es irrelevante que el propietario eventualmente afectado hubiera estado ausente de la Junta en que se adopte el acuerdo o se haya opuesto expresamente al acuerdo. Lo relevante, pues, de cara a la irretroactividad

culten su puesta en práctica, y los actos realizados en aquel plazo por los particulares, para preparar su defraudación, podrán ser tachados de fraudulentos»».

(69) Así lo defiende igualmente González Carrasco, M.ª C. (2020), p. 820.

del acuerdo prohibitivo es estar desempeñando la actividad de alojamiento turístico con carácter previo al mismo. Prueba de ello es que el propio artículo 17.12 de la LPH no hace mención alguna a la necesidad de que en la mayoría de tres quintos deba contarse con la presencia o voto favorable de determinados propietarios. En Cataluña la problemática se suscitó en relación con la redacción originaria del artículo 553-25.4 del CCCat, en el que se decía lo siguiente: «*Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*»; de forma que se discutía acerca de la necesidad o no de contar con el consentimiento del propietario afectado por la prohibición de uso turístico de los pisos. La jurisprudencia menor y el TSJ consideraban que el consentimiento expreso sólo resultaba necesario en los casos en que las restricciones o prohibiciones de uso sólo se refirieran a un piso en particular, pero no para los supuestos en que se dictaran con carácter general para todos de modo igualitario. El criterio jurisprudencial se tradujo en una reforma del precepto en cuestión, dadas las dudas interpretativas que suscitaba, de modo que en la actualidad se precisa que sólo será necesario el consentimiento expreso del propietario afectado cuando se adopte un acuerdo que «prive a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes». En este sentido, afirma la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2017 (70) (referida a la redacción originaria del controvertido artículo 553-25.4 CCCat): «(…) no es aplicable en estos casos, salvo que la modificación estatutaria se refiera específicamente al uso de un piso o local concreto y no a la generalidad de los departamentos de la comunidad, la previsión del artículo 553.25.4 del Código Civil de Cataluña conforme al cual los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente, toda vez que interpretarlo de ese modo dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los cuatro quintos». A la misma conclusión puede llegarse con la interpretación de la irretroactividad proclamada en la parte final del artículo 17.12 de la LPH: dejaríamos vacía de contenido la posibilidad de modificar los estatutos para prohibir las viviendas turísticas si el voto favorable de tres quintos debiera incluir la presencia o voto favorable de determinados propietarios.

– ¿Qué sucedería en el hipotético (e improbable) caso en que alguno de los propietarios que ejercieran la actividad turística votaran a favor del acuerdo prohibitivo? En virtud de la doctrina de los actos propios no podría hacer valer la irretroactividad de la medida, pues ello supondría aten-

(70) ECLI: ES: APB:2017:7254

tar frente a la buena fe que debe observarse en el ejercicio de los derechos subjetivos *ex* artículo 7.1 del CC.

– Los propietarios que no hayan iniciado la actividad de alojamiento turístico a la fecha de adopción del acuerdo prohibitivo pero que hubieran ya iniciado los trámites necesarios para obtener las licencias administrativas oportunas, ¿se verán afectados por la prohibición? Entendemos que sí, porque en ese caso sólo tendrían una legítima expectativa, y no un verdadero derecho asimilable al existente en manos de quien ya ejerce realmente la actividad turística en su piso[71].

– Cualquier contravención que se lleve a cabo de la prohibición de destino turístico dará lugar a que pueda ejercitarse automáticamente sin demostración de molestia alguna la acción de cesación. Cabe matizar que, si se trata de una prohibición decretada antes de la adquisición de la vivienda por un tercero y no consta inscrita en el Registro de la Propiedad, no resultará oponible[72] salvo que pueda demostrarse que el tercero conocía la existencia del acuerdo prohibitivo (carecerán en ese caso de la buena fe necesaria para ser protegidos por el sistema registral *ex* arts. 34 y 32 de la LH, siguiendo en este último caso un dualismo moderado acerca del tercero hipotecario[73]).

---

(71) Coincidimos en este caso con Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2019), *RDP*, pp. 32 y 33: «Admitida, no obstante, la irretroactividad de tales acuerdos prohibitivos o restrictivos, habría que matizar que ello solo protege o deja a salvo a los vecinos que ya antes del acuerdo viniesen alquilando sus pisos al uso turístico, pero, en contra de lo que otros defienden54, no nos parece55 que pueda decirse lo mismo de los vecinos que en el momento en que se adopta el acuerdo se hubiesen opuesto al mismo, ni siquiera a quienes estuviesen en ese momento tramitando las oportunas licencias administrativas para el alquiler turístico. De lo contrario, en realidad el acuerdo prohibitivo solo afectaría a los vecinos que han votado favorablemente a tal acuerdo (precisamente, a quienes quieren protegerse de abusos y molestias) y a futuros adquirentes de los pisos56, quedando, entonces, a salvo de tal prohibición los que se opusieron al acuerdo o estaban en trámite de destinar sus pisos a alquiler turístico, cuando en ninguno de tales casos ostentan ya un derecho adquirido que proteger con la irretroactividad que, precisamente a tal fin, establece el artículo 17.12 LPH *in fine*». Así se confirma igualmente en la reciente STSJ Asturias de 26 de mayo de 2021 (ECLI: ES: TSJAS:2021:1367).

(72) Fuentes-Lojo Rius, A. (2018), *AC*, p. 7/10 destaca que «El principio de seguridad jurídica también impone la necesidad de que la modificación estatutaria de prohibición de uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, con independencia de si lo han consultado o no. En virtud del principio jurídico de publicidad registral, si dichos estatutos han sido publicados registralmente, el ulterior adquirente de un piso o local no podrá alegar eficazmente su ignorancia o desconocimiento. La inscripción de los estatutos no es constitutiva, ni por tanto, obligatoria, de manera que su falta de inscripción en nada afecta a su valor normativo para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó, ni para los adquirentes que conocieron o podían conocer dicha norma comunitaria en el momento de la transmisión, y por tanto, que no son terceros de buena fe conforme al artículo 553-11.3 del Código Civil de Cataluña. Respecto de los terceros de buena fe, no les vincula si no han sido inscritos (STS, Sala de lo Civil, núm. 720/2015, de 29 de diciembre)».

(73) Sobre la anquilosada cuestión del monismo o dualismo hipotecario, *vid.* el fantástico estudio de Gordillo Cañas, A. (2004), *AAMN*, pp. 95-136.

– La prohibición decretada, siempre que conste en el Registro de la Propiedad, impedirá la expedición del número de registro único de la vivienda turística.

– Por último, cabe plantear una hipótesis nada descabellada que puede darse en la práctica: ¿cabría la expedición del número de registro único de la vivienda a pesar de la existencia de la prohibición si se ha recabado el acuerdo para tal destino por parte de la comunidad de propietarios? Entendemos que resultaría perfectamente posible al tratarse de un acuerdo posterior a la prohibición que quizá se justifique por las especiales características de la vivienda en cuestión (por ejemplo, bajo con salida independiente…); y téngase en cuenta que la mayoría requerida es exactamente la misma que se exigió para la prohibición. No tendría sentido en ese caso que la autorización solo fuera posible previa modificación de los estatutos[74].

b) La segunda hipótesis comprendería los casos en que la comunidad de propietarios no incluyera en sus estatutos una prohibición de destino turístico de la vivienda.

– En ese caso, cabe destinar la vivienda a uso turístico, sin necesidad de recabar el acuerdo expreso por parte de la comunidad, hasta el 2 de abril de 2025.

– Hasta esa misma fecha cabría obtener el número de registro único de la vivienda, si bien no sería preceptivo para admitir su comercialización por los canales turísticos hasta el 1 de julio de 2025, en virtud de la confusa Disposición final cuarta del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre ya analizada. A partir del 1 de julio de 2025 sí deberá contarse con dicho código para que la promoción en los canales turísticos pueda seguir siendo posible. Nótese que la obtención del número de registro no es demostrativa por sí sola de la actividad turística desarrollada, de forma que para evitar la aplicación de la exigencia de la autorización deberá demostrarse que la actividad turística estaba ya iniciada realmente.

Al margen de lo anterior, la comunidad siempre podrá ejercitar acción de cesación frente al carácter molesto de la actividad turística desarrollada, si bien deberá demostrarse oportunamente.

(74) Perteguer Prieto, R. (2025), p. 55, defiende la posición contraria: «En los casos en los que si existan prohibiciones estatutarias inscritas en relación con el ejercicio de la actividad de vivienda turística, la autorización previa al ejercicio de la actividad no será suficiente para el ejercicio de la misma, habida consideración de que supone una modificación estatutaria que requerirá cumplir los requisitos de forma y de inscripción para tener efectos conforme a la LPH no siguiendo el régimen de una autorización sino de una modificación estricta de los estatutos».

Por último, hay un supuesto particularmente controvertido que a buen seguro será fuente de litigiosidad: se trataría de aquellos casos en los que el propietario de la vivienda, amparándose en la inexistencia de una prohibición estatutaria y antes de la exigencia legal del acuerdo por parte de la comunidad, destinase su vivienda a uso turístico y obtuviera de forma voluntaria el número de registro único; con posterioridad, transmitiría esa misma vivienda a un tercero. Cabe preguntarse si el nuevo adquirente debe recabar la autorización en todo caso por parte de la comunidad de propietarios si la fecha de adquisición es posterior al 3 de abril de 2025. La LPH nada dice sobre el particular, si bien acudiendo al texto de la Disposición Adicional segunda de la LPH, parece que el nuevo propietario sí deberá recabar autorización: se alude a «aquel propietario», de forma que el derecho adquirido será exclusivamente del propietario en particular y no de la vivienda.

5. EL INCREMENTO DE LA CUOTA DE GASTOS PARA EL PROPIETARIO DE LA VIVIENDA TURÍSTICA Y SU INEXPLICABLE ALCANCE IRRETROACTIVO

Por último, el artículo 17.12 LPH, desde su redacción originaria incluye una medida que ya venía adoptándose particularmente en Cataluña (*ex* art. 553-45.4 del CCCat) y que no ha sido objeto de modificación con las últimas reformas operadas: la posibilidad de acordar un aumento de las cuotas de gastos comunes a los propietarios de las viviendas turísticas[75]. Se trata de una medida que puede estar justificada por la utiliza-

(75) Hay una interesante SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2017 (ECLI: ES: APTF:2017:2498), en la que se plantea, sobre la base de la regulación precedente al Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, la posibilidad de imputar determinados gastos de la comunidad exclusivamente al propietario del piso turístico, en la medida en que responden únicamente a su actividad. El supuesto de hecho enjuiciado tenía por objeto la impugnación del acuerdo adoptado por la junta ordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el 12 de abril de 2.013 referido al punto siete del orden del día, sobre la presentación y aprobación del presupuesto de gastos y cuotas para el ejercicio de 2.013. Se solicitaba la nulidad del acuerdo adoptado y se pedía que como consecuencia de ello se procediera a modificar las cuotas aprobadas reduciéndolas bajo la consideración de determinados aspectos, así como la devolución de las cantidades que hubieran sido cobradas en exceso. La sentencia declaró la nulidad del acuerdo por resultar contrario al sistema de reparto de gastos del artículo 9.1 de la LPH y haberse adoptado con abuso de derecho. En realidad, la razón fundamental para acordar esa nulidad fue, según se argumenta en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, que se imputaron a la comunidad (formada por todos los propietarios, tanto los que tienen sus viviendas en explotación turística como los que no) gastos que no le son propios sino que son atribuibles única y exclusivamente a los propietarios que tienen sus viviendas en explotación turística, lo que no solo se contrapone al sistema de distribución del gasto contenido en el artículo 9.1 de la LPH, sino que entraña un abuso de derecho, pues

ción más intensa que pueden hacer de los elementos y servicios comunes (consustancial al mayor provecho que llevan a cabo de su elemento privativo). El vigente artículo 17.12 de la LPH indica a este respecto que la misma mayoría de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación *«se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%»* (76). Esto es, basta la mayoría de tres quintos para adoptar un incremento en la cuota de gastos del propietario del piso turístico, aunque con un límite cuantitativo del 20% máximo respecto a la cuota de gastos ordinaria. La razón de ser de este límite se desconoce y parece ser un tanto arbitraria, pues nada se dijo al respecto en el texto introductorio del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

De forma incomprensible, el legislador extiende el carácter irretroactivo también para este acuerdo de aumento de cuotas (77). Así lo establece el artículo 17.12 LPH que a modo de cierre proclama que «estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos» (incluyendo, así, tanto al acuerdo que prohíbe el uso turístico, cuanto al que incremente las cuotas de gastos). ¿Acaso puede interpretarse el alcance de esta proclamada irretroactividad de forma dispar respecto de la prohibición de uso turístico para tratar de sortearla en aras de aplicarla a un propietario que ya viene destinando su vivienda a uso turístico? Si la norma no distingue el alcance de la irretroactividad en uno y otro caso (prohibición y aumento de la cuota de

---

el acuerdo beneficia a unos comuneros (los que tienen la finca en Explotación Turística) en perjuicio de otros (los que no la tienen) sin que genere beneficio para la Comunidad sino, muy al contrario, un perjuicio derivado de la aplicación de las cuotas de la Comunidad al pago de gastos propios de la Explotación Turística.

(76) La modificación de la cuota de gastos (en todo caso, antes del nuevo artículo 17.12 de la LPH) y en contextos diversos a los de las viviendas de uso turístico exigen acuerdo por unanimidad, pues ello supone modificar el título constitutivo donde dichas cuotas vienen establecidas, ex artículo 5 de la LPH. Así lo reitera la jurisprudencia de modo unánime, *vid.* a este respecto la STS de 29 de diciembre de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:5690); y el comentario de la Sentencia a cargo de García García, J. M. (2017), pp. 962 y 963: «Esta sentencia confirma la jurisprudencia existente, representada en las Sentencias que cita, y la propia dicción del párrafo último del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, respecto a la necesidad de acuerdo por unanimidad para la modificación de las cuotas de gastos establecidas en el título constitutivo, sin que pueda admitirse que la Junta pueda tomar un acuerdo por mayoría para la modificación estatutaria de la contribución de los propietarios a los gastos conforme a su cuota de participación. Lo que sí cabe modificar por mayoría son los gastos establecidos por un acuerdo de la Junta, pero no cuando resultan de una cláusula de los Estatutos, pues no es lo mismo la modificación de un acuerdo de Junta que la modificación de los Estatutos».

(77) Sobre los interrogantes que plantea el alcance irretroactivo de los acuerdos proclamado por el artículo 17.12 LPH reproducimos las apreciaciones realizadas en nuestro trabajo Murga Fernández, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2250 y ss.

gastos), tampoco debemos hacerlo nosotros como intérpretes [78]. En definitiva, el aumento de las cuotas sólo afectará:

a) A los propietarios que no hayan destinado su piso a uso turístico con carácter previo a la adopción del aumento.

b) A los terceros adquirentes, cuando el acuerdo sobre el aumento de las cuotas esté inscrito en el Registro de la Propiedad, o tengan conocimiento del mismo.

Ahora bien, siendo ello así, consideramos que la irretroactividad declarada imperativamente por el artículo 17.12 de la LPH no debería haberse extendido al aumento de la cuota de gastos, ya que el sentido de la medida (de menor intensidad que la prohibición de la actividad turística) es precisamente ajustar dicha cuota al mayor uso de los elementos comunes llevado a cabo por los propietarios de las viviendas turísticas. De muy poco servirá dicho aumento en las cuotas si los propietarios que vienen destinando la vivienda a uso turístico permanecen ajenos a ello. Es incomprensible que no se haya aprovechado la última reforma operada del artículo 17.12 LPH para ajustar este aspecto.

---

(78) Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2019), *RDP*, p. 33, discrepa de este planteamiento y sostiene un alcance diverso de la irretroactividad de los acuerdos sobre aumento de cuota de gastos: «Excluida, pues, con tales matices la retroacción de los acuerdos prohibitivos, ¿cabe decir lo mismo de los acuerdos condicionantes a que también se refiere el artículo 17.12 LPH, como, por ejemplo, pudiera ser el de incrementar las cuotas de mantenimiento, la exigencia de un contrato de seguro por posibles daños a terceros o en el inmueble, o de responsabilidad solidaria en tales casos entre el dueño-anfitrión y el cliente-huésped…? En mi opinión, para tales acuerdos su irretroactividad significará la inaplicación de estos al alquiler turístico ya realizado, ya consumado en el pasado, antes de la adopción del acuerdo, pero no para los futuros alquileres que los vecinos que puedan hacerlo sigan haciéndolo. Así, por ejemplo, no se le podrá exigir al vecino que venía alquilando para uso turístico su piso que pague el incremento de cuotas de gastos acordado o que sufrague los daños causados por sus huéspedes en el pasado, desde el primer alquiler turístico que hubo, pues ello sí supondría darle efectos retroactivos a tales acuerdos, pero sí se le podrá exigir el pago de tales incrementos e indemnizaciones para el futuro, para los posteriores alquileres de uso turístico que celebre tras la adopción del acuerdo comunitario». Las AAPP no parecen acoger este criterio, tal y como se desprende, entre otras de la SAP de Málaga de 12 de enero de 2024 (ECLI: ES: APMA:2024:358): «El artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en su inciso final, establece que los acuerdos que afecten a la limitación de actividades de uso turístico no tendrán efectos retroactivos, por lo que no puede afectar a las actividades que en el momento de su adopción ya se venían desarrollando en apartamentos privativos del edificio. Sin perjuicio de la eficacia general de dicho acuerdo que limita temporalmente la actividad turística en las viviendas en los periodos indicados, que lo ha sido sin referencia concreta a ningún propietario ni a la entidad apelante, y sin perjuicio que la eficacia con respecto a terceros exija la correspondiente inscripción registral, la limitación no tiene efecto retroactivo respecto de los derechos derivados del reconocimiento de licencia para dicha actividad concedidos con anterioridad, y en el caso que nos ocupa, consta el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos por las autoridades administrativas competentes […]».

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P., «Comentario al art.7.2 LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 373-430.

Berenguer Albaladejo, M.ª C., «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de vivienda: exégesis del artículo 17.12 LPH», en López Sánchez, C. (Coordinadora), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 153-220.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH», *Revista de Derecho privado*, núm. 3, 2019, pp. 3-33.

— «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023)», *La Buhaira*, 2024, núm. 36, pp. 40-55.

— *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal*), Reus, Madrid, 2022.

— «De vuelta sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: ¿reforma o contrarreforma? ¿otra vuelta de tuerca, o una vuelta al redil?», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2025, pp. 95-123.

de Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Vol. I, T. I, Civitas, reimpresión 2008.

Echeverría Summers, F. M., «Comentario al artículo 5 de la LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 287-328.

Fuentes-Lojo Rius, A., «El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», *AC*, núm. 12, 2018.

García García, J. M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2017.

Gomá Lanzón, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre», en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019.

González Carrasco, M.ª C., «Comentario al artículo 17 LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 753-854.

Gordillo Cañas, A., «¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema», *AAMN*, Tomo 42, 2004, pp. 95-136.

Magro Servet, V. «¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo limitarlo o condicionarlo?», en www.elderecho.com, de la ed. Lefebvre, de 8 de junio de 2019.

Matas Bendito, M. «La calificación del registrador de la propiedad en el procedimiento del registro único de arrendamientos: el requisito habilitante necesario para el destino conforme al uso previsto en la ordenación autonómica o

local aplicable», Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 133, 2025, pp. 12-64.

Molina Illescas, S., «Modificación del título constitutivo y estatutos en edificios en propiedad horizontal», *La Buhaira*, 2024, núm. 36, pp. 28-33.

Murga Fernández, J. P., «Propiedad horizontal y viviendas turísticas: la experiencia del Derecho español en tiempos recientes», en Costa Andrade, M., Teixeira, M., Abranches Pinto, N. (Coordinadores), *Propriedade Horizontal Jornadas*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 7-49.

Murga Fernández, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», *RCDI*, 2019, núm. 775, pp. 2221-2276.

Pérez Álvarez, M. A., «La aplicación de las normas jurídicas», en en de Pablo Contreras, P. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. I, Edisofer, Madrid, 2022, 3.ª Edición, pp. 119-170.

Perteguer Prieto, R., «Número de Registro único de alquiler, comercialización en plataformas, Ventanilla única digital y Registro de la Propiedad», *Revista Registradores de España*, núm. 108, pp. 54-56.

D. Cooperativas de vivienda y Registro de la Propiedad *

María Paula Rodríguez Liévano
Investigadora posdoctoral
Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili
mariapaula.rodriguez@urv.cat

Resumen: *El presente trabajo analiza la vivienda cooperativa desde la perspectiva del Derecho registral, tomando en consideración los diferentes modelos de cooperativas de vivienda que, al ofrecer diversas opciones de titularidades y derechos sobre los inmuebles, generan efectos registrales dispares. Asimismo, se plantean otras cuestiones problemáticas del régimen de las cooperativas de vivienda en materia de seguridad jurídica.*

Palabras clave: *cooperativas de vivienda, Registro de la propiedad, propiedad privada, arrendamiento, cesión de uso.*

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

Abstract: *This paper analyses housing cooperatives from the perspective of registry Law, taking into consideration the different models of housing cooperatives which, by offering different options of holdings and rights over the properties, generate different registry effects. Other problematic issues of the housing cooperative regime in terms of legal security are also raised.*

Keywords: *housing cooperatives, Land registry, ownership, tenancy, cession of use.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Cooperativas de vivienda en propiedad privada y el Registro de la propiedad. 3. Cooperativas de vivienda en alquiler y el Registro de la propiedad. 4. Cooperativas de vivienda en cesión de uso y el Registro de la propiedad. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución y el desarrollo de las cooperativas de vivienda en España ha experimentado diferentes enfoques (1) desde la construcción de vivienda protegida bajo sus diferentes denominaciones (a partir de la década de 1917) a la promoción de vivienda cooperativa para primera y segunda residencia en régimen libre (a partir de la década de 1989), y de esta última a la fórmula más reciente de cooperativas de vivienda en la modalidad de cesión de uso (como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria del año 2008 y sus efectos).

Poniendo énfasis en los dos últimos modelos (por ser los que hoy predominan), tenemos en España, por un lado, un cooperativismo de vivienda vinculado a la promoción y construcción de viviendas para su adjudicación a sus socios en régimen de propiedad privada y la posterior liquidación de la cooperativa (cooperativas tradicionales). Por el otro lado, encontramos el nuevo modelo cooperativo de cesión de uso vinculado a la promoción de proyectos *cohousing*, los cuales pretenden responder a las problemáticas sociales actuales, como lo son el envejecimiento de la población (como alternativa a las residencias para las personas de la tercera edad) y la inasequibilidad de la vivienda (en contraposición al mercado inmobiliario de compraventa tradicional) (2) Estas dos variantes de

(1) Merino Hernández, 2018, *GIZAEKOA*, pp. 273-300.

(2) Al respecto *vid.* Lopéz, y Estrada, 2016, pp. 227-237. Asimismo, página web de Sostre Cívic https://sostrecivic.coop.

cooperativas de vivienda inciden en forma distinta tanto en las dinámicas sociales internas (relaciones entre los miembros y entre estos con la cooperativa) y externas (relaciones con la sociedad civil, las instituciones públicas y privadas, el tercer sector y demás actores) de las cooperativas como en el régimen jurídico al que están sujetas, siendo un ej. de ello, dentro del ámbito legal, el que se refiere a la naturaleza del derecho que recae sobre la vivienda y su acceso al Registro de la propiedad (RP), como veremos a continuación.

2. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN PROPIEDAD PRIVADA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El modelo de cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas está integrado por personas quienes aportan bienes y/o capital financiero en común para la promoción de sus propias viviendas, surgiendo para ello la cooperativa como persona jurídica (art. 7 LCOOP, artículo 11 LCOOPCat) encargada de gestionar tales recursos y alcanzar el objeto social (esto es, la promoción y posterior adjudicación de las viviendas en propiedad) (3).

Una vez adjudicada las viviendas en propiedad a los socios (4), la cooperativa suele liquidarse (vocación de corta duración), constituyéndose ulteriormente de manera habitual una comunidad de propietarios para la administración y gestión de las zonas comunes (como lo ilustra la figura Núm. 1: Coop. 1A); lo que implica la transición de la cooperativa (arts. 1 y 89.1 LCOOP; artículos 1.1 y 122 LCOOPCat) al régimen de propiedad horizontal –PH– (art. 1 LPH) (5) Sin embargo, sin perjuicio de la adjudicación en propiedad privada de las viviendas y la constitución del régimen de PH, también puede ocurrir que la cooperativa subsista y no se liquide, es decir, que su vigencia continúe a futuro con el desarrollo de tareas administrativas respecto a los elementos comunes (como lo ilustra la figura Núm. 2: Coop. 1B), como la gestión de los alquileres de los locales y de las viviendas no adjudicadas a los socios o la gestión de espacios, equipamientos y servicios comunes (portería, seguridad, limpieza etc.) (6).

(3) Etxezarreta, y Merino, *REVESCO*, pp. 108-109.

(4) El reconocimiento otorgado en escritura pública como tradition instrumental o ánimo unido a la entrega de la vivienda. Al respecto *vid.* Lambea Rueda, *CIRIEC*, pp. 139-178.

(5) Etxezarreta, y Merino, *REVESCO*, pp. 108-109.

(6) *Ibidem*, pp. 92-119.

Coop. 1A

Figura núm. 1: Modelo de cooperativa tradicional 1A. Fuente: elaboración propia.

Coop. 1B

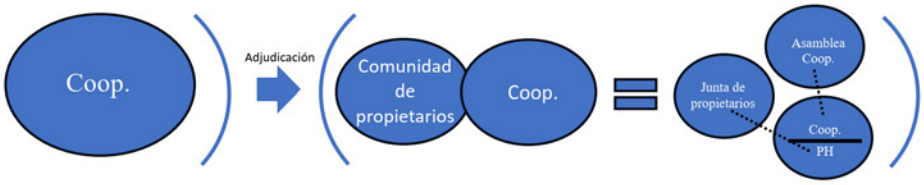


Figura núm. 2: Modelo de cooperativa tradicional 1B. Fuente: elaboración propia.

A diferencia de otros países como Dinamarca o Uruguay(7), en el ámbito español la modalidad de cooperativa Coop. 1A ha sido la fórmula utilizada casi de manera exclusiva, dada su mayor seguridad y estabilidad socioeconómica(8) y la falta de regulación de otros modelos (como lo veremos más adelante); aunque también es cierto que estas cooperativas no suelen identificarse con los valores propiamente del cooperativismo(9) siendo su objeto social la adjudicación en propiedad privada de las viviendas a un menor coste(10) desapareciendo tras ello.

De lo expuesto hasta ahora, tenemos que la vivienda de autopromoción cooperativa para su adjudicación en propiedad privada a los socios se configura en el marco del régimen PH (caracterizado por integrar dos

(7) Al respecto *vid.* Larsen, *Housing Studies*, pp. 1354-1355. Asimismo, Rodríguez Liévano, *Housing,* pp. 25-28.

(8) Al respecto *vid.* Nasarre Aznar, 2020, pp. 52-68, 520-524.

(9) Muchos de los principios propios de las cooperativas dejan de tener sentido en el régimen de PH, ej., la creación de fondos de formación, la intercooperación, el servicio a la comunidad, la regla de un socio es igual a un voto, el adoctrinamiento, etc. Al respecto *vid.* Rodríguez Liévano, *Revista Consell,* pp. 16-19. De igual forma, Alianza Cooperativa Internacional, 1996. Asimismo, Ley 27/1999, de 16 de julio, artículo 1.1.

(10) Gómez Aparicio, 1993. Asimismo, Etxezarreta, y Merino, *REVESCO,* pp. 108-109.

tipos de propiedad: una separada y privativa de los pisos y locales y otra comunitaria de los elementos comunes: artículo 3 LPH; artículo 553-1.1 CCC), por lo que a efectos de acceso al RP se han de aplicar las disposiciones de Derecho registral reservadas a los pisos en régimen de PH (arts. 8.4 y 8.5 LH). En ese sentido, la LH prevé que la PH debe inscribirse en dos tipos de folios:

1) En el folio matriz la edificación en su conjunto, como una sola finca, donde se debe inscribir:

a) Los elementos comunes cuya construcción esté concluida o comenzada a favor de los futuros copropietarios de los elementos privativos, ya que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica[(11)], designándolos nominalmente y determinando las cuotas de cada uno de ellos (arts. 11 y 54 RH). Hay que hacer notar que en el modelo Coop. 1B[(12)], al subsistir la cooperativa, esta podría ser propietaria de ciertos «elementos comunes» (siendo más asertiva la denominación de «elementos cooperativos» o «elementos de la cooperativa»), de manera que, atendiendo a la LH (art. 8.5), debería abrírsele folio aparte (de forma análoga a los pisos y los locales, como veremos en el punto 2.2). En este supuesto, resulta razonable que la cooperativa, mediante sus normas internas (estatutos o reglamento interno: artículos 11.1 y 11.4 LCOOP, artículos 2f, 16.1 y 16.2 LCOOPCat), decida cómo se gestionarán dichos elementos (a favor de sus socios o incluso también a favor de los terceros adquirientes, ya sea porque se les admita en condición de socios o porque se les permita el uso y disfrute de estos elementos en condición de terceros).

En términos generales, los elementos comunes son todos los que no se configuran como privativos (DGRN de 05 de octubre de 2000 y de 4 de febrero de 2002), a destacar los del artículo 396 CC, los servicios e instalaciones comunes (art. 5 LPH, artículo 553-41 CCC) y los elementos comunes por destinación (STS 08 de abril de 2011)[(13)] Por lo demás,

(11) En los supuestos de ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios a favor de la comunidad de propietarios se admite la inscripción de la titularidad del piso o local adjudicado a la comunidad, como una situación excepcional y transitoria, bien porque dicha unidad se atribuya posteriormente a los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas, bien porque se convierta en elemento común. Al respecto *vid.* DGRN de 12 de febrero de 2026.

(12) Como hemos dicho, puede ocurrir que la cooperativa, una vez adjudicada las viviendas, continue con su vigencia (no se liquide) para el desarrollo de tareas administrativas respecto a los elementos comunes, pudiendo reservarse la titularidad de algunos de estos para su posterior gestión cooperativa. Etxezarreta, y Merino, *REVESCO,* pp. 92-109.

(13) Dentro de los denominados «elementos comunes», algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los elementos privativos, mientras que los segundos, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad

los elementos comunes pueden ser para el uso y disfrute común de todas las unidades de viviendas y locales (art. 553-42.1 CCC), para el uso exclusivo de una determinada unidad de vivienda o local (ej., la terraza o patio cuyo uso, por el título constitutivo, los estatutos o un acuerdo de la junta, ha sido asignado exclusivamente al propietario que tiene acceso directo a esta) o para el uso exclusivo, pero compartido por varias determinadas unidades de viviendas o locales (ej., paredes de carga separadoras de dos unidades de viviendas o locales: artículos 553-11.2 c y 553-43 CCC, SAP Valencia 25 de septiembre de 2012, SAP Madrid 28 de septiembre de 2012) [14].

b) En el folio matriz debe inscribirse, además de los elementos comunes, los elementos susceptibles de aprovechamiento individual (a saber, aquellos con independencia para su uso y disfrute y que, por esencia, pero no por exclusiva, corresponden a las unidades de vivienda y locales) [15], cuya construcción esté concluida o comenzada [16], asignándose a cada uno de ellos un número de identificación y señalando la cuota de participación [17] que le corresponda en relación con el inmueble (finca-edificio).

---

horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. Al respecto *vid.* STS 8 de abril de 2011, FJ. 3.

(14) La previsión (en el título de constitución de la PH, en los estatutos o en el acuerdo de la junta de propietarios) del uso exclusivo y excluyente de elementos comunes, no implica que dichos elementos pierdan su carácter común. Al respecto *vid.* Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2007, pp. 91, 111-112.

(15) También lo pueden ser las terrazas que por los estatutos o un acuerdo de la junta de propietarios pasan a ser elementos privativos (STS 8 de abril de 2011, FJ. 3), asimismo los elementos que están dentro de sus límites que sirvan exclusivamente al propietario (conducciones de agua interna, los desagües, radiadores de calefacción, etc.: SAP Jaén 24 de septiembre de 2020, FJ. 2) y sus anejos expresamente señalados como tales en el título constitutivo (ej., garajes, trasteros, etc.) (art. 3a LPH).

(16) Según De La Cámara, las palabras «comenzada» puede referirse al comienzo de la edificación en sentido materia (excavación, cimientos, etc.) o en sentido técnico (una vez el edificio haya quedado definido mediante la confección y aprobación del proyecto por parte del organismo público correspondiente), siendo el primero más ambiguo. Al respecto *vid.* Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2007, p. 62. Por su parte, el artículos 28.1, y 28.2 de la LSRU (Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre) establece que los registradores deben exigir el acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por el técnico que acredite el ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. De manera que hasta que no se cumpla dicha exigencia, no cabe entender que la obra esté comenzada.

(17) La cuota de participación asignada a cada vivienda y local (que precisa el valor de cada vivienda y local en relación con el total del inmueble) se determina por varios factores: los m^2 de la respectiva vivienda y local, si la vivienda es exterior o interior, la planta en la que está, etc. En ese sentido, a mayor cuota de participación, mayor poder de decisión del propietario a la hora de aprobar o denegar las actuaciones en la comunidad. Asimismo, la cuota sirve como módulo para fijar la participación en las cargas y beneficios comunitarios y el valor del piso. Al respecto *vid.* artículo 553-3 CCC; SAP Madrid 21 de enereo de 2019, FJ. 3.

La descripción de cada uno de los pisos y locales debe expresar su extensión, linderos, planta en la que se halle y anejos (garaje, sótano, etc.: artículo 5 LPH, artículo 553-9.1 b CCC, artículo 9 LH y artículo 51 RH); aspectos que son importantes, entre otras cosas, para la fijación de la cuota de participación (SAP Madrid 21 de enero de 2019).

c) De igual forma procede la inscripción de las reglas contenidas en el título de constitución (escritura pública) y en los estatutos si existiesen (no es preceptivo contar con estatutos: artículo 5.3 LPH y el artículo 553-9.1 d CCC). Así, reglas que prevean, ej., que no sea necesario un acuerdo de la junta de propietarios para la división o segregación de pisos y locales, siempre que no afecten los elementos comunes o cuotas de los propietarios restantes (art. 553-11.2 a CCC); que limiten el uso turístico de la vivienda (art. 17.12 LPH, artículo 553-11.2 e CCC); que prohíban la instalación de bares-restaurantes-discotecas (art. 17.6 LPH, artículo 553-11.2 e CCC); que prohíban el cambio del uso de la vivienda por oficina de profesionales (SSTS 20 de octubre de 2008 y 03 de diciembre de 2014); etc. (art. 553-11.2 CCC), no perjudicarán a terceros adquirientes si no han sido inscritas en el RP (efecto de inoponibilidad de lo no inscrito: artículo 5 LPH; artículo 553-11.3 CCC; SSTS 09 de octubre de 2013, 358/2018 y 31 de mayo de 2021).

Por su parte, los estatutos son un conjunto de reglas para el ejercicio de derechos en materia de PH (art. 5 LPH) que complementa las normas de la LPH (no pudiendo contradecir sus normas imperativas) y son establecidos por el propietario único (el promotor que en principio sería la cooperativa o, como ocurre muchas veces en la práctica, la empresa gestora con intervención decisoria: artículos 19 y 20.1 LOE; SSTS 27 de abril de 2009 y 06 de abril de 2011) o por el conjunto de los propietarios de las unidades de viviendas y locales del edificio (mediante acuerdo unánime de la junta: artículos 14d y 17.6 LPH), bien sea sincrónica o ulteriormente a la constitución de la PH[18].

A diferencia de los estatutos, las normas de régimen interior, que son aquellas que regulan las relaciones de convivencia y buena vecindad y la utilización de los elementos comunes (art. 6 LPH, artículo 553-12 CCC), no son inscribibles en el RP porque se ha entendido que estas obligan siempre a los propietarios y usuarios, tanto a los originarios como los sobrevenidos, y su modificación por simple mayoría es contraria a la exigencia de consentimiento unánime de los titulares registrales para cualquier acto inscribible (DGRN de 23 de julio de 2001, artículo 6 LPH, artículo 553-12.2 CCC).

(18) Al respecto *vid.* Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2007, pp. 95 ss.

d) En el supuesto de obra nueva comenzada, para la inscripción de la escritura pública de declaración de obra nueva el Registrador (además del notario) deberá exigir (art. 28.1 y 28.2 LSRU):

i. La aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra.
ii. Certificación técnica del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que ha sido objeto de dicho acto administrativo.

Cuando la obra se hubiese declarado en construcción, su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción.

e) En el supuesto de obra nueva terminada, para la inscripción de la escritura de obra nueva el Registrador (además del notario) deberá exigir (art. 28.1 y 28.2 de la LSRU):

i. Certificado técnico de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto.
ii. El cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación que regula la edificación para la entrega de esta a sus usuarios. A destacar, la acreditación y testimonio de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción de obras nuevas (arts. 19 y 20.1 LOE).
iii. El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación cumple con las condiciones idóneas para el uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética.

f) Salvo que la normativa autonómica regule lo contrario (art. 148.1, 3.ª CE, DGRN de 08 de septiembre de 2016 y de 29 de mayo de 2017), debe aportarse el Libro del Edificio, excepto cuando no fuere exigible por la antigüedad del edificio (art. 202 LH, artículo 7 LOE, artículo 28.1 a de la LSRU). Esto con el objeto de fortalecer la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, otorgándoles conocimiento de la calidad del inmueble mediante información veraz. Asimismo, con esta exigencia se pretende la incorporación al folio de cada piso de su representación gráfica (DGRN de 18 de enero de 2017).

Ahora bien, en cuanto al sujeto otorgante del título constitutivo (escritura pública de constitución de la PH: artículos 2.1, 2.3 y 3 LH; artículos 7 y 8 de la RH; artículo 553-9.1 CCC), la legitimación y aptitud le corresponde a la cooperativa, como promotora y propietaria única (en la etapa previa a la adjudicación de las viviendas y locales) de la edificación (arts. 9

y 17.4 LOE, artículo 8.4 LH, artículo 553-8.1 CCC). Sin embargo, si llega a darse el caso de que la cooperativa no sea la única propietaria de la edificación (ej., en el supuesto de que el suelo perteneciera *proindiviso* a más de un propietario) [19] será preciso para el otorgamiento del título de constitución de la PH el concurso y consentimiento de los demás propietarios (art. 8.4 LH, artículo 553-8.1 CCC, STS 30 de marzo de 1999). Aunado a lo anterior, la constitución del régimen de PH también puede tener lugar por decisión de árbitros y sentencia de los tribunales (arts. 7 y 33 RH) [20].

2) El segundo tipo de folio que prevé la LH (art. 8.5) es el que se refiere a la inscripción en folios separados, como fincas independientes, de los pisos y locales, para lo cual es requisito que se haya inscrito previamente el título de constitución del régimen de PH de la finca (escritura pública, sentencia o laudo) (art. 8.5 LH, artículo 5 LPH, artículo 553-9.4 CCC). Este sistema de «pluralidad de folios registrales» [21] tiene como objeto la descongestión del contenido de la hoja, folio o registro particular de la finca en su conjunto, evitando que en esta se acumulen los diferentes asientos relativos a cada piso o local. Así pues, en la hoja matriz se inscribirá todo lo que tenga relación con la finca en su conjunto, mientras que en las hojas especiales o filiales se inscribirá todo lo que tenga relación con el piso o local respectivo (ej., las escrituras públicas de adjudicación de las viviendas) [22].

---

(19) Tal es el caso de la configuración de «la cesión de suelo por obra futura» con carácter real (y no obligacional), es decir, que la cooperativa, para acceder a un suelo sin necesidad de depositar inmediatamente una gran cantidad de dinero, lo adquiera a través de la creación de una comunidad proindiviso (entre el cedente y la cooperativa como cesionaria). Lo que quiere decir que la cooperativa, a cambio de acceder al suelo, le permite al cedente de este (ej., una Administración Pública) tener una cuota sobre el edificio final (equivalente al porcentaje que en la PH tenga los elementos privativos ofrecidos a cambio), siendo la constitución del régimen de PH presupuesto necesario para la disolución de la comunidad y adjudicación de pisos. Otro ej. son los propietarios que se proponen construir en comunidad manteniendo una comunidad ordinaria para luego proceder a la división horizontal del edificio construido. Al respecto *vid.* DGRN de 7 de mayo de 2009; Roca Sastre; Roca-Sastre ,y Bernà i Xirgo, 2007, pp. 54-58. En el supuesto de transmisión de las viviendas y los locales por parte del promotor o constructor (propietario único) mediante documento privado, la jurisprudencia, en virtud de la doctrina del título y modo, ha establecido que la propiedad plena no se adquiere hasta que no tiene lugar la tradición o entrega. En este sentido, seguirá siendo titular registral el promotor o constructor. Al respecto *vid.* STS 2 de diciembre de 2010, FJ. 2.

(20) Proceden cuando no exista acuerdo entre copropietarios de la finca común a dividir en PH mediante el ejercicio de la acción divisoria (arts. 400 y 402 CC; arts. 552-10 y 552-11.1 CCC).

(21) Al respecto *vid.* Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2007, pp. 29 ss., 81-82.

(22) Parte de la doctrina califica el negocio traslativo de propiedad de la vivienda entre la cooperativa y el socio como de adjudicación. Al respecto *vid.* Lambea Rueda, *CIRIEC*, pp. 139-178; González Tausz, *REVESCO*, pp. 92-96; y SSTS 20 de febrero de 1989, FJ. 2; 8 de junio de 1992, FJ. 2; 22 de mayo de 1992, FJ. 5. Otra parte de la doctrina considera la adjudicación como compraventa con limitaciones de carácter cooperativo. Al respecto *vid.* STS 31 de diciembre de 1992, FJ. 2. En sentido estricto, el socio es un autorpomotor y, en todo caso, adjudicatario de la vivienda procedente de la promoción en la que él participó.

Por último, otro aspecto a mencionar es el relativo a la subrogación de la hipoteca que, en caso tal, hubiese adquirido la cooperativa (promotora) para financiar la promoción (siendo necesaria para la validez de la hipoteca su constitución mediante escritura pública y su inscripción en el RP: artículo 145 LH, artículo 1875 CC). Como hemos mencionado, cuando las viviendas son adjudicadas a los socios y se recurre al notario para elevar la correspondiente escritura pública, se produce dos hechos importantes: el primero, la habitual liquidación de la cooperativa (Coop. 1A, sin exclusión del modelo de Coop. 1B); el segundo, la subrogación de los socios propietarios en el préstamo hipotecario denominado «préstamo promotor», que precisa el consentimiento de las partes; es decir, la cooperativa, el socio adjudicatario y el banco acreedor (arts. 118 y 123 LH; artículos 1169, 1203 y 1205 CC; disposición adicional 7.ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo; STS 25 de mayo de 1998; SAP Sevilla 18 de diciembre de 2020). Esta subrogación implica:

1) La distribución real de la responsabilidad hipotecaria entre cada una de las viviendas y locales (arts. 123 LH). Cabe anotar que esta distribución debe hacerse obligatoriamente cuando sean varias las fincas que se hipotequen a la vez en garantía de un solo crédito (pluralidad objetiva originaria: artículo 119 LH), mientras que es facultativa (y requiere acuerdo entre acreedor y deudor) cuando la distribución sea consecuencia de la división horizontal del inmueble tras la constitución de la hipoteca (pluralidad objetiva sobrevenida: artículo 123 LH); de manera que, si no hay distribución en este último supuesto, la hipoteca se convierte en solidaria (art. 123 LH, artículo 1144 CC, DGRN de 30 de octubre de 2017).

Es relevante resaltar la distinción que la jurisprudencia (STS 4 de febrero de 2005, SAP Zaragoza 21 de noviembre de 2000) hace entre la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas (la cual solo actúa frente a terceros adquirientes posteriores, pero es inoperante para el deudor y los adquirientes subrogados)[23] y el pacto expreso (entre acreedor y deudor: artículo 1169.1 CC) de la división del crédito entre varias fincas, operando en el primer caso la regla de la indivisibilidad de la hipoteca (art. 1860 CC), en tanto que en el segundo supuesto funciona la excepción de la división de la hipoteca. Así, estrictamente, cuando exista pacto expreso de la división del crédito entre las fincas, el acreedor solo

(23) Según la DGRN (30 de ocrubre de 2017) la simple distribución de la responsabilidad hipotecaria no implica la división del crédito, de manera que la distribución está dirigida a permitir al acreedor, en caso de impago, subastar una o varias fincas y no todas en conjunto. Por tanto, como lo expresa el TS (25 de febrero de 1986, FJ. 2), el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la hipoteca hasta que el débito se satisfaga por completo.

puede perseguir ejecutivamente a cada una de las fincas por la cantidad a que respectivamente estén afectadas; mientras tanto, el deudor o quién tenga interés (art. 221 RH) podrá exigir la cancelación de la hipoteca respecto a la finca relacionada, una vez efectuado el pago de la parte del crédito con que esta estuviere gravada y los intereses correspondientes (art. 124 LH, DGRN de 30 de octubre de 2017).

A la inversa, cuando no exista pacto expreso de la división del crédito entre las fincas y ninguna de estas haya pasado a manos de terceros a quienes pueda perjudicar la hipoteca, el acreedor podrá repetir contra cualquiera de las fincas por la cantidad total asegurada (es decir, respecto al deudor o el hipotecante de deuda ajena y los adquirientes subrogados, la hipoteca se presenta como solidaria: artículo 120 LH, artículo 1144 CC), aunque se haya hecho la distribución de la responsabilidad. En cambio, en caso de existir un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca (como es el caso de los socios adjudicatarios no subrogados en la deuda y los posteriores adquirientes), el acreedor solo podrá repetir contra cada una de las fincas por la cantidad a que respectivamente estén afectadas y a las que a la misma corresponda por razón de intereses; más allá de esa cantidad el tercero está exento (art. 120 LH, SAP Zaragoza 21 de noviembre de 2000, DGRN de 30 de octubre de 2017).

En cuanto a la formalización de la distribución de la responsabilidad hipotecaria, esta puede hacerse en el mismo título de constitución de la hipoteca, en otro documento público (entre ellos, en la escritura pública de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal, en la escritura pública de adjudicación y subrogación en el préstamo hipotecario o en la elevación a escritura del contrato privado de adjudicación y subrogación: artículo 3 LH), por sentencia judicial en firme (a falta de convenio y cuando la distribución sea obligatoria), e incluso la DGRN (DGRN de 7 de enero de 2004 con base al artículo 216 RH) ha admitido esta distribución mediante documento privado, con firmas legitimadas notarialmente, ratificado por el registrador (para el supuesto de que se hipotequen varias fincas a la vez en garantía de un solo crédito: artículo 119 LH, pero no cuando la finca ya hipotecada se divida en dos o más: artículo 123 LH).

2) La desvinculación de la cooperativa de la obligación hipotecaria (art. 118 LH).

3) La vinculación del socio propietario al «préstamo promotor» (cambio de la titularidad del deudor), pero solo respecto a la parte del préstamo que corresponda a su unidad de vivienda (evitando que una ejecución forzada necesariamente se proyecte sobre todas las unidades), requiriendo para ello un pacto expreso de la división del crédito entre las fincas y la distribución real de la responsabilidad, como lo hemos mencionado anteriormente (arts. 118, 123 y 124 LH; DGRN de 3 de marzo de 2012 y de 30 de octubre de 2017).

Alternativamente, los socios, al no estar obligados a subrogarse en el «préstamo promotor» [24] pueden contratar una nueva hipoteca con otra entidad financiera que ofrezca mejores condiciones (subrogación por cambio de acreedor: artículo 1211 CC; disposición final tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo; artículo 1.1 de la Ley 2/1994, de 30 marzo) o, si disponen de los ahorros suficientes para pagar sus respectivas unidades sin dilación en el pago, cancelar la parte proporcional del «préstamo promotor» inicial.

3. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN ALQUILER Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las cooperativas de vivienda en alquiler son aquellas que asocian a arrendatarios de las viviendas y locales, de manera que se diferencian de las cooperativas tradicionales porque en estas la tenencia sobre las unidades no es la propiedad individual, sino el alquiler (privado o social) [25] En este sentido, este tipo de cooperativas plantea dos posibilidades (como lo ilustra las figuras Núm. 3 y 4: Coop. 2A y Coop. 2B, respectivamente):

1) La cooperativa que retiene la propiedad privada sobre el total del inmueble y arrienda a sus socios e incluso a terceros las viviendas y locales. Esta fórmula se utiliza en España para propiciar desde vivienda asequible (generalmente vivienda social) [26] hasta para obtener rentabilidad por parte de pequeños inversores cuyo interés es la promoción de viviendas que están pensadas para ser alquiladas [27].

2) La cooperativa que toma en alquiler el total del inmueble (ej., de una administración pública, una asociación de vivienda, otra cooperativa, etc.) y subarrienda a sus socios e incluso a terceros las viviendas y locales. En esta fórmula, mayoritariamente implementada a nivel internacional (conocidas *como almennyt*tige en Dinama*rca, beheercoöper*atie en Países Baj*os, kooperativ hyres*rätt en Suecia, etc.) [28], los socios (de forma colectiva a través de la cooperativa) no se hacen cargo de la propiedad

(24) Una cláusula que obligue al comprador subrogarse en la hipoteca del promotor es considerada abusiva por la normativa de consumo (art. 1 apartado 14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre).

(25) Etxezarreta, y Merino, *REVESCO*, pp. 110-111.

(26) Al respecto *vid.* Ayuntamiento de Barcelona, «vivienda asequible con promotores sociales y cooperativos».

(27) Al respecto *vid.* Pisosblog, «cooperativas de arrendadores, otra forma de invertir en alquiler».

(28) Ley de vivienda de Países Bajo, artículo 18a; Ley sobre arrendamiento cooperativo de Suecia; Ley de vivienda pública de Dinamarca, capítulo I §6.

privada de la edificación, sino que reciben responsabilidades en materia de mantenimiento y de gestión de elementos comunes, por lo que su papel es más activo, ej., en el procedimiento de selección de nuevos residentes (pudiendo proponer nuevos candidatos) o en la adopción de las reglas de uso de las zonas comunes. De este modo, los miembros, como inquilinos, influyen en su propio entorno residencial.

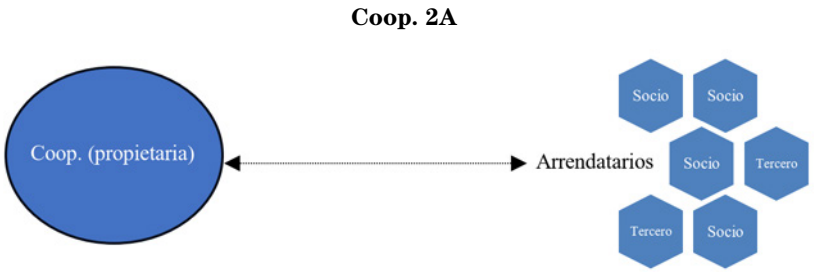


Figura núm. 3: Modelo de cooperativa de alquiler 2A. Fuente: elaboración propia.

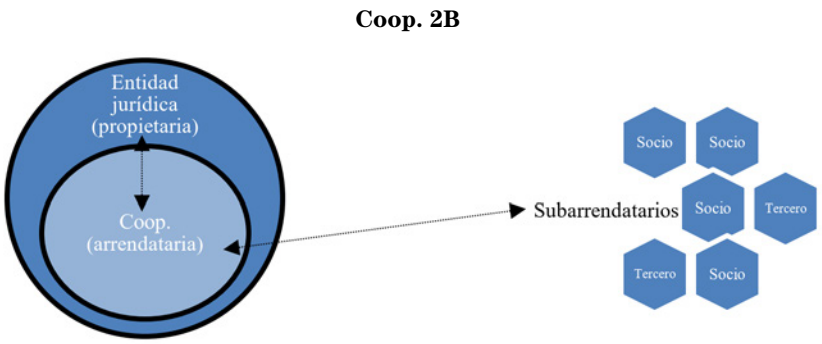


Figura núm. 4: Modelo de cooperativa de alquiler 2B. Fuente: elaboración propia.

En uno y otro caso los socios no son propietarios de las viviendas, tan solo tienen la condición o bien de arrendatarios, o bien de subarrendatarios; mientras que la titular dominical es bien la cooperativa, bien otra entidad jurídica (propietaria-arrendadora). De manera que solo existe una única propietaria a quien corresponde la legitimación y aptitud para solicitar la «inmatriculación» o primera inscripción del inmueble en el RP (en caso de que la finca no conste previamente en el

RP: artículo 7 y 203 LH) [29] o, en su defecto, solicitar la inscripción del título (título en sentido formal: artículo 3 LH) que contine el acto o negocio jurídico (compraventa, donación, etc.) por el que deviene propietaria de la edificación (título en sentido material: artículo 2 LH, artículo 33 RH) [30].

Por lo que se refiere a la «inmatriculación», que implica el nacimiento de la vida registral de la finca [31], esta se practica a través de cualquiera de los procedimientos previstos en la LH (arts. 203, 205 y 206) [32], que son:

1) El expediente de dominio (art. 203 LH): es un procedimiento que se tramita ante notario y con el que se busca proporcionar un tipo de titulación supletoria al propietario de la finca que carece de una adecuada. De este modo, el objeto del expediente no es la existencia de la finca, sino su adquisición por parte del propietario.

2) El título público de adquisición de la finca (art. 205 LH): que debe tratarse de un título públ**i**co traslativo de dominio otorgado por una persona que lo haya adquirido por lo menos 1 año previo al otorgamiento y también mediante título público (DGRN 14 de noviembre de 2016). Así, los documentos que se requieren son: primero, el título público en que conste la adquisición de la finca por el inmatriculante (escritura, sentencia, etc.); segundo, el título público (adquisitivo o declarativo) de quien transmitió la finca al inmatriculante (para acreditar el año mínimo antedicho).

Por lo demás, este tipo de inmatriculación no surte efectos hacia terceros sino hasta que haya transcurrido 2 años desde su fecha (art. 207 LH).

3) La certificación administrativa (art. 206 LH): que es un medio de inmatriculación para las fincas pertenecientes a las Administraciones Públicas o a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente a esta, que carezca de título inscribible de dominio (DGRN 24 de mayo de 2018).

---

(29) Los artículos 7 y 203.2 de la LH permite excepcionalmente que la petición de inmatriculación la pueda hacer el titular de un derecho real sobre la finca. En estos casos el registrador, ante la negativa del propietario de aportar los títulos correspondientes o la inexistencia de dicho titular, podrá solicitar (a petición del titular del derecho real) al notario, juzgado o dependencia administrativa la documentación necesaria para proceder a la inmatriculación. En caso de no existir la documentación o esta fuera defectuosa, el titular del derecho real podrá justificar el dominio del dueño conforme a la ley.

(30) En sentido material el título es «la raíz o el origen» de un derecho subjetivo (ej., la compraventa que transmite el dominio), mientras que en sentido formal es el modo en que el título material se exterioriza (ej., la escritura pública de compraventa, la sentencia judicial, etc.). Al respecto *vid.* Molina, 1941, pp. 226.

(31) Roca Sastre, y Roca-Sastre, 1995.

(32) Para más detalles sobre los medios de inmatriculación *vid.* Sánchez Calro, y Sánchez-Calero, 2019, pp. 97-104.

Al igual que sucede con el título público de adquisición de la finca, el asiento de inmatriculación mediante certificación administrativa queda sujeto a la suspensión de sus efectos establecido en el artículo 207 LH.

Retomando el tema de la tenencia de la vivienda en este tipo de cooperativas, el derecho que tienen los socios sobre las unidades es un derecho de alquiler (pudiendo ser un alquiler con opción de compra) el cual implica la transferencia del uso del inmueble habitable, pero no de su dominio, a cambio de un precio cierto y determinado, que puede ser en dinero o especie (art. 17 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de noviembre de 1994, en adelante LAU). Se trata de un contrato oneroso, de ejecución continuada, que concede un poder de naturaleza personal al arrendatario y el cual está regulado por la LAU con carácter imperativo. Sin embargo, el anclaje del contrato de alquiler con la condición de socio en la cooperativa plantea algunas dificultades, a destacar las siguientes:

1) En los supuestos de subrogación legal en los casos de desistimiento, abandono, muerte del titular del contrato (arts. 12 y 16 LAU), que son aspectos imperativos de la LAU, se plantea conflictos con la necesidad de ostentar la condición de socio para tener el derecho sobre la vivienda[33].

2) En lo que se refiere al régimen de duración del contrato de arrendamiento, la LAU (art. 9) no permite fijar alquileres con duración indeterminada, por lo que las aspiraciones de una mayor estabilidad de la vivienda (aspecto que recalcan muchas de las iniciativas de vivienda cooperativa, como las que adoptan el modelo de cesión de uso que veremos seguidamente) puede verse truncada[34].

3) Los intereses contrapuestos entre el arrendador y el arrendatario son menos tangibles en las cooperativas, donde la cooperativa y el socio, por regla general, no tienen intereses antagónicos[35].

4) La imposibilidad de la cooperativa de invocar la necesidad de ocupar la vivienda de forma permanente, para sí o su familia, como excepción a la prórroga obligatoria (art. 9.3 LAU).

En suma, las mencionadas cuestiones plantean inconvenientes de compatibilidad entre el régimen cooperativo y las disposiciones imperativas de la LAU, a las que se les añade otros tipos de problemáticas en materia de derechos humanos, como la mayor susceptibilidad de las cooperativas a desarrollar prácticas discriminatorias en el acceso a la vivienda.

---

(33) Lambea Rueda, *CIRIEC*, pp. 139-178. Igualmente, López de la Cruz, y Vázquez-Pastor Jiménez, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* pp. 253-284.

(34) Simón Moreno, *REVESCO*, pp. 31-40. Igualmente, López de la Cruz, y Vázquez-Pastor Jiménez, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* pp. 253-284.

(35) Lambea Rueda, *CIRIEC*, pp. 253-284.

Esto es debido a su potestad de autoselección de miembros, que es más tangible en las cooperativas que retiene la propiedad privada sobre el total del inmueble y arrienda las unidades a sus socios, combinada con las dinámicas de proximidad, alta interacción social y vida colectiva que se asocian al modelo *cohousing*[36].

En lo que concierne al Derecho registral, por regla general los títulos que tienen acceso al RP son aquellos que declaran, constituyen, reconocen, trasmiten, modifican y extinguen el dominio o derechos reales sobre inmuebles, y, por tanto, no son inscribibles las obligaciones o derechos personales (art. 9 RH), como sería, en principio, el caso del arrendamiento (derecho personal: artículos 1543; 1554, 2.º y 3.º; 1553; 1560 CC). No obstante, se admite de manera excepcional la inscripción de obligaciones personales solo y cuando la Ley expresamente lo conceda por razones de conveniencia y oportunidad por su duración y proximidad con la finca[37]. Así ocurre con los arrendamientos urbanos y rústicos, y los subarriendos, las cesiones y las subrogaciones de estos mismos, conforme a la LAU (disposición adicional 2.ª), la LAR y el artículo 2. 5.º LH.

En efecto, el arrendamiento incide directamente sobre la finca limitando la propiedad de esta (al suponer para el titular del dominio una merma de sus facultades de uso y transmisión), por no hablar de la importancia que connota en torno a sus implicaciones en la vida económica y social del país, por lo que su acceso al RP se justifica en cuanto se espera con ello otorgar mayor publicidad (oponibilidad frente a terceros: artículo 1549 CC), estabilidad al arrendatario (obligación del adquiriente de respetar el contrato de arrendamiento en el caso de transmisión de la finca arrendada, además de asumir el riesgo del retracto legal: artículos 14 y 25.4 LAU y artículo 22 LAR) y seguridad jurídica al tercero adquirente (constatación registral del arrendamiento al enajenarse la finca: artículos 13.1 y 25.5 LAU; artículos 11.1 y 22.4 LAR).

Ahora bien, el acceso al RP de los arrendamientos, los subarriendos, las cesiones y las subrogaciones de estos mismos no implica la modificación de la naturaleza personal del arrendamiento, o lo que es lo mismo, no lo convierte en un derecho real[38]; ni tampoco altera la libertad de forma para el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento (considerando II del preámbulo de la LAU), es decir, esta continúa abierta, pudiendo ser un contrato oral o escrito. Con todo, aun siendo perfecto el contrato de arrendamiento, este requerirá de escritura pública notarial o su elevación a escritura pública (tratándose de un documento privado) si

(36) Rodríguez Liévano, *Diario Tarragona* (2022).

(37) Lacruz Berdejo, y Sancho Rebullida, 2003, pp. 75, 82-85.

(38) Al respecto *vid.* Roca Sastre, 1979, pp. 502 ss. Asimismo, Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2009, pp. 281-302.

se pretende su asiento de inscripción en el RP y obtener sus efectos (art. 2 de Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero). Excepcionalmente también será título inscribible del arrendamiento la sentencia que declare su existencia.

Naturalmente, para la inscripción de los arrendamientos se precisa los requisitos generales indispensables para el acceso al RP, entre ellos, el de tracto sucesivo o la previa inscripción del dominio (art. 20 LH) [39]. A su vez, para la inscripción en el RP de los subarriendos, cesiones y las subrogaciones es necesario que no concurra prohibición legal alguna (a modo ilustrativo, el artículo 8.2 de la LAU no permite el subarriendo de forma total, como tampoco que su costo exceda del que corresponda al arrendamiento), que medie consentimiento expreso del arrendador en el título inscribible (art. 8 LAU) y que el contrato de arrendamiento (al cual se refiere el subarriendo, cesión o subrogación) conste inscrito en el RP (art. 20 LH y artículo 5 del Real Decreto 297/1996) [40].

Analicemos, entonces, los efectos que en particular genera la inscripción en el RP del contrato de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, en concreto, su incidencia en los supuestos de enajenación de la vivienda arrendada (art. 14 LAU), de resolución del derecho del arrendador (art. 13 LAU) y de recuperación de la vivienda en caso de impago (art. 27.4 LAU) [41]:

1) **Enajenación de la vivienda arrendada**

Regla núm. 1: los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda no necesitan de publicidad (inscripción en el RP) para producir efectos frente a terceros durante los primeros 5 o 7 años de vigencia del contrato (según el arrendador sea una persona natural o jurídica), aun cuando el adquiriente de la vivienda la haya adquirido con buena fe; en concreto, del titular que figura en el RP y confiando en la información publicada en este (o lo que es lo mismo, que en el RP no constase el arrendamiento más sí, la manifestación expresa del vendedor de estar la finca libre de arrendamientos) (art. 34 LH y 14.1 LAU). En el marco de esta regla, vemos que es irrelevante la buena o mala fe del adquiriente, pues la subrogación de todo adquiriente durante los primeros 5 o 7 años de vigencia del contrato (con exclusión de la regla *venta quita renta* del artículo 1571 CC) viene impuesta por el legislador (LAU).

(39) Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2009, pp. 304-308.
(40) *Ibidem,* pp. 308-312.
(41) Para un análisis más detallado *vid.* Molina Illescas, S., 2024, pp. 171-513.

Regla núm. 2: por su parte, en los contratos de arrendamiento de vivienda con una duración superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea una persona natural o jurídica), el adquiriente de la vivienda solo quedará obligado a soportar el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada, si este se hubiese inscrito en el RP previamente a la compraventa. En caso contrario, el adquiriente solo debe soportar el arrendamiento por el plazo que faltase para cumplir los primero 5 o 7 años (opera la regla Núm. 1) y el transmitente deberá indemnizar al arrendatario (con una mensualidad por cada año de contrato que, excediendo los 5 o 7 años, faltasen para cumplir el plazo pactado: artículo 14.2 LAU). Vemos, entonces, que en el marco de los contratos de más de 5 o 7 años opera la regla de la oponibilidad del arrendamiento previamente inscrito (la subrogación ya no viene impuesta por el legislador como sucede con los primeros 5 o 7 años de vigencia del arrendamiento).

2) **Resolución del derecho del arrendador**

Regla núm. 1: el artículo 13 de la LAU examina las consecuencias de la resolución del derecho del arrendador en los supuestos de retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa, etc., en cuyas circunstancias el arrendatario tendrá derecho, en cualquier caso (esté o no inscrito el arrendamiento), a continuar en el arrendamiento durante los primero 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica).

Regla núm. 2: en cambio, el contrato quedará extinguido en el evento de que la resolución del derecho del arrendador ocurra en relación con los contratos de arrendamiento con un plazo pactado superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica) y una vez haya transcurrido los primeros 5 o 7 años respectivamente.

Como **excepción a la regla núm. 2**, que prescribe la extinción del arrendamiento, figura el supuesto en el que el contrato de arrendamiento se haya inscrito en el RP antes que el derecho determinante de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso el arrendamiento continuará por el plazo pactado (regla de la prevalencia del derecho que primero se haya inscrito).

3) **Recuperación de la vivienda en caso de impago**

La LAU, en su artículo 27.4, establece que en el contrato de arrendamiento se puede incluir una cláusula que permita al arrendador recuperar de inmediato el uso de la vivienda en caso de impago de la renta pactada,

siempre que el acuerdo haya sido inscrito en el RP. Como consecuencia, la inscripción permite agilizar los procedimientos de desahucio en caso de impago, sin reducir los derechos del arrendatario, algo fundamental para incentivar la oferta de viviendas en alquiler.

En definitiva, aunque no existe una obligación de inscribir el contrato de arrendamiento en el RP, su inscripción es aconsejable, tanto para el arrendatario como para el arrendador, por las ventajas en materia de seguridad jurídica frente a terceros adquirientes (también seguridad jurídica para estos mismos terceros) y en lo relativo a la celeridad en la recuperación del inmueble en caso de impago. Desde luego, la publicidad que ofrece la inscripción, de cara a obligar al adquiriente a respetar el contrato de arrendamiento o de mantener al arrendatario en tal situación en el supuesto de resolución del derecho del arrendador, tiene mayor relevancia para los contratos con vigencia superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica).

En último lugar, cabe mencionar que aunque el antiguo artículo 7.2 de la LAU (que establecía el principio general de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito al adquiriente de la vivienda que inscribe su derecho en el RP) se suprimió con el Real Decreto-Ley 7/2019 de 1 de marzo, no se puede decir que esta supresión traiga de vuelta la regla de la extinción del arrendamiento como efecto directo y automático de la transmisión de la vivienda, ni eliminado la regla de la inscripción como mecanismo de protección del arrendamiento. En este sentido, se debe considerar el artículo 14, además del artículo 13, que es reflejo del suprimido artículo 7.2 de la LAU.

4. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN CESIÓN DE USO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las cooperativas de vivienda en cesión de uso, conocidas a nivel internacional con diferentes nomenclaturas (*andelsboligforeninger* en Dinamarca, «cooperativas de vivienda de usuarios» en Uruguay, *Bostadsrätt* en Suecia, *wohnungsgenossenschaften* en Alemania, etc.)[42], operan bajo ciertos elementos que las distinguen y que se concretan en[43]:

1) El derecho de uso: el cual implica que es con la obtención de la membresía en la cooperativa que se otorga el derecho a residir en una

(42) Ley sobre cooperativas de vivienda de Dinamarca, Ley sobre cooperativas de vivienda de Suecia, Decreto núm. 183/018 de Uruguay.

(43) Lacol, y La Ciutat Invisible, 2018, pp. 28 ss.

vivienda determinada de forma indefinida, pero no de disponer del inmueble; esto es, imposibilidad para vender, arrendar, ceder, constituir derechos reales y cualquier forma de provecho económico.

En este orden de ideas, aunque la LCOOP en España (art. 89.3) y las legislaciones autonómicas sobre cooperativas (art. 123.3 LCOOPCat) permite la modalidad de cooperativas de vivienda en cesión de uso, no regulan la naturaleza jurídica de este derecho (a excepción de Valencia y Baleares que en los artículos 10.4 y 13.1 de la Ley 3/2023 y el artículo 130.3 de la Ley 5/2023 definen, la primera, el derecho de uso como un derecho societario, de carácter personalísimo, que no constituye un derecho real; y, la segunda, como un derecho de naturaleza personal y societario)[44], delegando esta tarea a la autonomía privada de cada cooperativa. Dicha indeterminación legal, no obstante, genera riesgos como el de la desnaturalización de las reglas de Derecho civil por parte de las cooperativas,[45] el de la recalificación del derecho de uso por vía judicial[46], el de la inseguridad jurídica de la tenencia[47], entre los más destacables.

2) La propiedad colectiva y su función antiespeculativa: significa que es la cooperativa, como ente con personalidad jurídica propia y diferenciada a la de los socios, la que es titular de la propiedad. Esto, precisamente, con la finalidad de evitar la posible transformación a un régimen de propiedad privada de titularidad individual de los socios y obstruir cualquier intento de provecho económico sobre las viviendas.

3) La autogestión: comprende la participación de los socios en la administración de la comunidad, su gobernanza, la toma de decisiones y, en general, en la responsabilidad económica, jurídica, arquitectónica y demás de la cooperativa.

4) El enfo*que cohou*sing: es una característica procedente de comunida*des cohou*sing de los países nórdicos que responde al deseo por un entorno doméstico más práctico (es decir, disfrutar de los beneficios económicos, humanos, de tiempo y de cualquier índole que conlleve el compartir espacios, equipamientos, servicios y tareas domésticas y de cuidado) y social (es decir, una alta interacción social entre los miembros), cuya organización, planificación y gestión está a cargo de los mismos residentes[48].

---

(44) La Ley 3/2023, de 13 de abril. Ley 5/2023, de 8 de marzo. Al respecto *vid.* Rodríguez Liévano, *Diario de Tarragona* (2023).

(45) Al respecto *vid.* Simón Moreno, *REVESCO*, pp. 31-40.

(46) *Ibidem.* Así, ej., en Alemania los Tribunales, en sentencias de 21 de enero de 1985 y 10 de septiembre de 2003, expresaron que el contrato entre una cooperativa y los socios es un contrato de arrendamiento al que se le aplica la ley de arrendamiento, aunque se le llame contrato de uso.

(47) Al respecto *vid.* Simón Moreno, *REVESCO*, pp. 31-40.

(48) Mccamant, y Durrett, 2011, pp. 27 ss., 73 ss.

Bajo la perspectiva del derecho de uso de este modelo cooperativo, nos encontramos ante una indeterminación legal (a excepción de Valencia e Islas Baleares) de definirlo como un derecho real (usufructo, uso o habitación), personal o *sui generis*; resultando conveniente una futura regulación legal, especial y diferenciada que les asegure a los socios (actuales y futuros) una mínima y uniforme protección. Al margen de tal conveniencia, lo cierto es que en la actualidad la determinación de la naturaleza del derecho de uso dependerá de lo que regule al respecto los estatutos de cada cooperativa o, eventualmente, de la calificación que hagan de este derecho los tribunales:

1) El derecho de uso como un derecho real presenta tres opciones[49]:

a) El derecho de uso, regulado en los artículos 523 y ss. del CC, es un derecho real en cosa ajena, mueble o inmueble, concedido de forma personal al usuario para obtener todos los servicios y frutos que pueda aprovechar de la cosa (la extensión del contenido de los frutos viene determinada por las necesidades del usuario y su familia: artículo 524 CC). Estos frutos aprovechables se obtienen en calidad de propiedad y, en consecuencia, son heredables cuando no han sido consumidos. El derecho de uso no es susceptible de arrendamiento, traspaso ni gravamen (art. 525 CC y artículo 108.3 LH) y su constitución puede ser voluntaria (negocio jurídico bilateral) o por prescripción (negocio jurídico unilateral), bien a título gratuito o bien a título oneroso.

Pues bien, el derecho de uso de una vivienda permitiría utilizarla totalmente para habitarla o para otra finalidad, siendo esta última adversa al propósito de las cooperativas de vivienda, en la modalidad de cesión de uso, de aportar soluciones a la falta de acceso a la vivienda[50].

b) El derecho de habitación, regulado en los artículos 523 y ss. del CC, tiene por finalidad exclusiva la de alojamiento en vivienda ajena, pero a diferencia del derecho de uso, en el de habitación: 1. no hay percepción de frutos, sino solo el derecho a morar. 2. No se circunscribe en la totalidad de la vivienda, sino a las piezas necesarias, es decir, la habitación y los elementos comunes necesarios. 3. Excluye el pago de una renta, debiendo sus titulares solo satisfacer aquellos gastos que sean individualizados[51]. Las características principales del derecho de habitación son su

(49) Alborch de la Fuente, y Sánchez González, 2019, pp. 519-521, plantean como otra posibilidad el arrendamiento (en cuyo caso nos remitimos a lo expuesto para las cooperativas de alquiler), así como la constitución del régimen de PH, pero sin alterar el dominio de la cooperativa (solo a efectos de individualización de los derechos de los socios y acceso en el RP).

(50) Lambea Rueda, *CIRIEC*, pp. 139-178.

(51) *Ibidem,* pp. 157-159.

intransmisibilidad (no se puede arrendar, traspasar o hipotecar: artículo 525 CC y art 108.3 LH), su temporalidad y su gratuidad.

El derecho de habitación en el marco de una cooperativa de vivienda en cesión de uso tendría que modificar el aspecto de la gratuidad por el de la onerosidad, así como admitir la posibilidad de un derecho de habitación a favor de las personas jurídicas que participen como socias (posibilidad que no está muy clara en el marco del derecho de habitación) (52).

c) El derecho de usufructo, regulado en los artículos 467 y siguientes del CC, conlleva el uso y disfrute, pero no la disposición del bien, mueble o inmueble, ajeno. El derecho de usufructo es temporal (por un tiempo cierto o, en su defecto, se presume vitalicio si el usufructuario es persona física: artículo 469 CC), personal, transmisi*ble inter v*ivos *o mortis ca*usa (arts. 480 y 468 CC), gravable (art. 107.1 LH) y de constitución voluntaria (convenio, contrato o disposición de última voluntad) o de prescripción legal (usufructo del cónyuge viudo o por prescripción adquisitiva) (arts. 468 y 834 CC).

El derecho de usufructo en el marco de una cooperativa de vivienda en cesión de uso tendría que modificar la facultad del usufructuario de transmitir su derecho (mediante enajenación, testamento, etc.), habida cuenta de la supeditación del uso de la vivienda a la condición de socio y de la finalidad antiespeculativa en el contexto de las cooperativas en cesión de uso (53). Asimismo, tratándose de personas jurídicas en condición de socias, resulta inconveniente el límite máximo de tiempo de vigencia del usufructo (30 años) establecido en el artículo 515 CC, todavía más en los casos en que sus aportaciones y participación en la actividad cooperativizada sea de mayor volumen (54).

Como hemos visto, las reglas de los derechos de usufructo, uso y habitación no se ajustan completamente a las particularidades de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, requiriendo su modulación estatutaria (ej., limitando la transmisibilidad del derecho o determinando su posibilidad bajo ciertos supuestos, fijándolos como derechos a título oneroso, delimitando su objeto que es la vivienda y su finalidad que es el alojamiento, etc.) en el marco del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); aunque, hemos dicho, con el riesgo de desnaturalización de los elementos característicos y diferenciadores de estos derechos reales, lo que puede generar la confusión de unos con otros (55).

---

(52) *Ibidem,* pp. 158-160.
(53) *Ibidem,* pp. 164-167.
(54) *Ibidem.*
(55) Al respecto *vid.* Simón Moreno, *REVESCO*, pp. 31-40.

A los efectos inmobiliarios registrales, los derechos de usufructo, uso y habitación son inscribibles en el RP (art. 2.2 LH) de forma facultativa, como un presupuesto de publicidad (ya que, al ser a título oneroso, ni su elevación a escritura pública ni su registro son requisitos para su constitución) (56). En tal sentido, cuando se constituya el usufructo, uso o habitación (por vía de *traslatio*, es decir, como un derecho nuevo constituido por la cooperativa, en calidad de titular dominical, a favor del socio), su acceso al RP se hace mediante un asiento de inscripción del título (escritura pública notarial o la elevación a documento público del documento privado del contrato o el testimonio de sentencia firme que declare el derecho) a favor del usufructuario, usuario o habitacionista (en este caso el socio), en donde constará inscrito el derecho real (57).

Para el caso del usufructo, el asiento debe expresar la extensión del derecho, tanto lo que resulte de su regulación legal como lo que resulte con base en lo estipulado por las partes (a saber, las reglas que alteren el contenido y la configuración normal del derecho como, ej., la finalidad del uso del inmueble como vivienda habitual, las modificaciones de la obligación natural del usufructuario de conservación, la liberación de la obligación de constituir fianza y de hacer inventario, la imposibilidad del arrendamiento de la vivienda o la enajenación del derecho sobre ella a un tercero, etc.) (art. 467 CC, artículo 9 LH y artículo 51 RH) (58). Por su parte, la extensión de los derechos de uso y habitación, a diferencia del usufructo, tiene un carácter objetivo y variable (art. 524 CC), pues dan derecho a percibir los frutos que basten o a ocupar las piezas necesarias para el titular y las personas de su familia, aunque esta aumente o disminuya (pudiendo llegar a acaparar todos los frutos o todas las habitaciones de un edificio), por lo que resulta difícil que estos derechos aparezcan inscritos con toda precisión (situación que difiere de la regulación del derecho de uso en el CCC que, en su artículo 562-7, lo concreta a la totalidad de la vivienda, sus dependencias y derechos anexos) (59).

2) El derecho de uso como un derecho personal. Tal es el caso de las cooperativas de vivienda en cesión de uso sujetas a la Ley de vivienda

(56) No ocurre así con el usufructo a título gratuito sobre bienes inmuebles, el cual requiere para su validez la escritura pública en la que conste la voluntad del donante y la aceptación del donatario. Al respecto *vid.* STS 26 de mayo de 2014, FJ. 2.

(57) Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2009, pp. 210-211.

(58) *Ibidem,* pp. 196 y 210-213. Aunque autores como Roca Sastre expresan la utilidad de hacer constar en el RP todas las posibles particularidades que alteren la configuración normal del derecho de usufructo, acontece que tratándose de obligaciones personales (ej., la liberación de la carga de fianza e inventario o la prohibición de usufructuario de arrendar o enajenar el derecho, etc.), el registrador puede negarse a dejar constancia de estas en el RP. Al respecto *vid.* DGRN de 26 de noviembre de 2019.

(59) Roca Sastre; Roca-Sastre, y Bernà i Xirgo, 2009, pp. 224-225.

colaborativa de la Comunidad de Valencia o a la LCOOP de las Islas Baleares, no tiene acceso al RP (9 RH), pues, a diferencia del arrendamiento (art. 2. 5.º LH y disposición adicional 2.ª de la LAU), no existe, hasta el momento, una norma con rango legal que prevea expresamente y como excepción a la regla del artículo 9 RH su inscripción. Este estado de cosas puede que se mantenga en el futuro próximo, a raíz de la escaza representatividad que tiene este modelo de vivienda en el mercado ac[t]ual[(60)] y de sus problemas en su replicabili[d]ad[(61)]; a pesar de que este derecho incida directamente sobre la finca limitando la propiedad de esta.

Finalmente, en lo que al RP y a la propiedad privada de la edificación en su conjunto se refiere, debemos recalcar que es la cooperativa (en cesión de uso) la que es propietaria de todos los espacios, las instalaciones, los equipamientos y los servicios que integran la edificación, aun cuando el uso de alguno de estos elementos (ej., las unidades de vivienda) se haya asignado exclusivamente a los socios y familiares de forma individualizada (no perdiendo por ello su carácter de ser un elemento de propiedad de la cooperativa). En este orden de ideas, la cooperativa, como titular dominical de toda la edificación, es la legitimada para solicitar o bien la inmatriculación de la finca (si la finca no constase previamente en el RP y a través de los procedimientos de los artículos 203, 205 y 206 LH, que anteriormente explicamos) como una sola finca y bajo un solo número (art. 8.3 y 243 LH y artículo 44.1 RH), o bien la inscripción del título que contiene el acto o negocio jurídico (compraventa, donación, etc.) por el que deviene propietaria de la edificación (arts. 2 y 3 LH; artículo 33 RH). El asiento debe expresar la extensión del derecho de propiedad de la cooperativa (art. 9 LH y 51 RH)[(62)], ej., las limitaciones a las que obliga su inscripción la LCOOP de Baleares (prohibición de transformación en PH y en cualquier otro tipo de sociedad o clase de cooperativa: artículo 130.5 d), aunque sea discutible el valor de su inscripción, al tratarse de una limitación legal. En el RP también tendría reflejo las relaciones de la cooperativa con las Administraciones Públicas, ej., la constitución de un derecho de superficie (arts. 145 y ss. de la Ley 33/2003, 3 de noviembre; artículos 53 y 54 LSRU) para la cesión de suelo público a favor de la cooperativa (titular del derecho)[(63)].

---

(60) Actualmente existen doce cooperativas (bajo esta modalidad) en funcionamiento, en toda España. Grupo de Trabajo de Vivienda REAS y Alterhabit, «Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso».

(61) Sobre los desafíos de este modelo de vivienda *vid.* Simón Moreno, *REVESCO,* pp. 31-40.

(62) Alborch de la Funte, y Sánchez González, 2019, pp. 520, proponen trasladar las reglas sobre el uso (que normalmente están en el reglamento interno) a los estatutos con el fin de que estas tengan acceso al RP, aun cuando aquellas constituyan obligaciones personales (*vid.* cit., núm. 60).

(63) *Ibidem,* pp. 523-525.

5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto tenemos que el formato legal de cooperativas de vivienda, en lo que concierne a la tenencia de vivienda, presenta variedades de opciones sujetas a las reglas de Derecho Civil, cuya remisión se precisa debido a la falta de su concreción y definición en la legislación cooperativa. A su vez, la puesta en funcionamiento de las cooperativas de vivienda en España, durante los últimos 50 años, ha evidenciado tipos diferentes de modelos cooperativos que responden a diversos intereses comunes, entre estos, el que se refiere a la propiedad privada sobre los inmuebles. Así, encontramos tres tipos de cooperativas: las cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas, las cooperativas de vivienda de alquiler y el modelo más novedoso de cooperativas en cesión de uso.

Estos tres tipos de cooperativas de vivienda, pese a inspirarse en los mismos principios y compartir los aspectos cooperativos estrictamente básicos regulados en la legislación cooperativa (constitución; derechos y deberes de los socios, pero no en relación con la vivienda; órganos sociales; etc., los cuales, de hecho, son comunes para las múltiples clases de cooperativas), son distintivas interna y externamente. Muestra de esta divergencia es la referente al derecho que recae sobe las viviendas (derecho de propiedad privada, arrendamiento, usufructo, uso y habitación) y su acceso al RP.

En relación con este último aspecto, la inscripción de las titularidades y derechos en el RP ciertamente ofrece a los socios cooperativistas la ventaja de la seguridad jurídica preventiva en el tráfico jurídico inmobiliario (más o menos dinámico según qué modelo cooperativo) que deriva de la publicidad registral. Sin embargo, como hemos visto, el acceso al RP también resulta desigual en los esquemas cooperativos de vivienda, pareciendo claro en el contexto de las cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas (tratamiento registral similar al de las viviendas en régimen de PH) y en el de las cooperativas de vivienda de alquiler. Por su parte, en el marco de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, dicho acceso dependerá (a falta de normativa) de la regulación que por vía estatutaria (o, incluso, por sentencia de los tribunales) se haga del derecho de uso, ya sea como un derecho real (usufructo, uso, habitación o el aprovechamiento por turnos de naturaleza real) o como un derecho personal (al modo de las cooperativas en cesión de uso de la comunidad de Valencia o Islas Baleares).

BIBLIOGRAFÍA

Alborch de la Funte, J. A., y Sánchez González, E., «Protección de usuarios de la vivienda colaborativa a través del Registro de la propiedad», en E. Muñiz Espada (Dir.), *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, Madrid, 2019.

Alianza Cooperativa Internacional, *Los principios cooperativos para el siglo xxi*, Buenos Aires, 1996.

Ayuntamiento de Barcelona, «vivienda asequible con promotores sociales y cooperativos», recuperado de https://www.habitatge.barcelona/es/acceso-a-vivienda/innovacion-en-la-produccion-de-vivienda/vivienda. Consultado el 18 de junio de 2024.

Etxezarreta, A., y Merino, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos*, 2014, núm. 113, pp. 92-119.

Gómez Aparicio, A., *Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de vivienda en España*, Madrid, 1993.

González Tausz, F., «Las cooperativas de vivienda de responsabilidad limitada no existe», *REVESCO*, 1999, núm. 67, pp. 92-96.

Grupo de Trabajo de Vivienda REAS y ALTERHABIT, «Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso», recuperado de https://experience.arcgis.com/experience/21f036a19c87430b97ff21035f11a86a/. Consultado el 28 de junio de 2024.

Hernández Antolín, J., «Multipropiedad en la práctica notarial», *Actualidad civil*, 1995, Vol. 2, núm. 14-26, pp. 414.

Lacol y La Ciutat Invisible, *Habitar en comunidad: La vivienda cooperativa en cesión de uso*, Madrid, 2018.

Lacruz Berdejo, J., y Sancho Rebullida, F., *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 2003.

Lambea Rueda, A., «Adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de vivienda», *CIRIEC*, 2012, núm. 23, pp. 139-178.

Larsen, H. G., «Three phases of Danish cohousing: tenure and the development of an alternative housing form», *Housing Studies*, 2019, Vol. 34, núm. 8, pp. 1354-1355.

López de la Cruz, L., y Vázquez-Pastor Jiménez, L., «Nuevos modelos de hábitat compartido: el proyecto cohousing. Del derecho de propiedad al derecho de uso», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2015, núm. 38, pp. 253-284.

Lopéz, D., y Estrada, M., «¿Cómo avanzan las dinámicas de senior *cohousing* en España?», en S. Ezquerra, M. Pérez, M. Pla, J. Subirats (Eds.), *Edades en transición. Envejecer en el siglo xxi*, Madrid, 2016.

McCamant, K., y Durrett, C., *Creating Cohousing*, Cánada, 2011.

Merino Hernández, S., «Realidad de las cooperativas de vivienda en la Comunidad Autónoma de País Vasco», *Revista Vasca de Economía Social*, 2018, Vol. 15, pp. 273-300.

Molina Illescas, S., *Arrendamientos urbanos y registro de la propiedad*, Navarra, 2024.

Molina, L., *Los seis libros de justicia y Derecho*, Madrid, 1941.
Nasarre Aznar, S., *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia, 2020.
Pisosblog, «cooperativas de arrendadores, otra forma de invertir en alquiler», recuperado de https://www.pisos.com/aldia/cooperativa-de-arrendadores-otra-forma-de-invertir-en-alquiler/63590/. Consultado el 18 de junio de 2024.
Roca Sastre, R., *Derecho hipotecario*, tomo III, 7.ª ed., Barcelona, 1979.
Roca Sastre, R., y Roca-Sastre, L., *Derecho hipotecario*, 8.ª ed., Barcelona, 1995.
Roca Sastre, R.; Roca-Sastre, L., y Bernà I Xirgo, J., *Derecho hipotecario*, tomo V, 9.ª ed., Barcelona, 2007.
— *Derecho hipotecario*, tomo VI, 7.ª ed., Barcelona, 2009.
Rodríguez Liévano, M.ª P., «Cooperativas de vivienda: experiencia en Uruguay», *Housing: Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad. Rovira i Virgili*, 2019, núm. 12, pp. 25-28.
— «El cohousing como modelo habitacional y su diferenciación respecto a la propiedad horizontal», *Revista Consell*, 2019, núm. 121, pp. 16-19.
— «Facilidad para discriminar en las comunidades cohousing», *Diario de Tarragona*, 2022, recuperado de https://housing.urv.cat/es/diari-de-tarragona-50/. Consultado el 18 de septiembre de 2024.
— «La primera Ley de vivienda colaborativa», *Diario de Tarragona*, 2023, recuperado de https://www.diaridetarragona.com/economia/economia-empresas/la-primera-ley-de-vivienda-colaborativa-BN17382322. Consultado el 18 de septiembre de 2024.
Sánchez Calero, F., y Sánchez-Calero, B., *Manual de Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 2019.
Simón Moreno, H., «Las cooperativas de vivienda en cesión de uso ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España», *REVESCO*, 2020, núm. 134, pp. 31-40.

NORMATIVA

Real Decreto Ley de Casas Baratas, de 10 de octubre del año 1924, *BOE* núm. 289, de 15 de octubre de 1924.

Real Decreto Ley de 28 de julio del año 1925 relativo a la construcción de casas económicas destinadas a la clase media, *BOE* núm. 217 de 5 de agosto de 1925.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *BOE* núm. 58 de 27 de febrero de 1946.

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, *BOE* núm. 106 de 16 de abril de 1947.

Ley de 15 de julio del año 1954, sobre protección de viviendas de renta limitadas, *BOE* núm. 197 de 16 de julio de 1954.

Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, *BOE* núm. 176 de 23 de julio de 1960.

Ley 2/1994, de 30 marzo, sobre subrogación y modificación de hipotecas, *BOE* núm. 80 de 04 de abril de 1994.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, *BOE* núm. 282 de 25 de noviembre de 1994.

Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos, *BOE* núm. 64 de 14 de marzo de 1996.

Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 1999.

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, *BOE* núm. 266 de 06 de noviembre de 1999.

Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamiento rústico, *BOE* núm. 284 de 27 de noviembre de 2003.

Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, *BOE* núm. 162 de 7 de julio de 2012.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, *BOE* núm. 264 de 4 de noviembre de 2013.

Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas, *BOE* núm. 194 de 14 de agosto de 2015.

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, de la LSRU, *BOE* núm. 261 de 31 de octubre de 2015.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, sobre contratos de crédito hipotecario, *BOE* núm. 65 de 16 de junio de 2019.

Ley 5/2023, de 8 de marzo, de cooperativas de Islas Baleares, *BOE* núm. 138 de 10 de junio de 2023.

Ley 3/2023, de 13 de abril, de vivienda colaborativas de Valencia, *BOE* núm. 100 de 27 de abril de 2023.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Decreto núm. 183/018 de Uruguay: recuperado de https://www.impo.com.uy/bases/decretos/183-2018.

Ley sobre arrendamiento cooperativo de Suecia: Lag 2002:93 om kooperativ hyresrätt, recuperado de https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-200293-om-kooperativ-hyresratt_sfs-2002-93/#.

Ley sobre cooperativas de vivienda de Suecia: bostadsrättslag, recuperado de https://lagen.nu/1991:614.

Ley de vivienda de Países Bajo: Woningwet, recuperado de https://wetten.overheid.nl/BWBR0005181/2024-01-01#HoofdstukIIIa.

Ley de vivienda pública de Dinamarca: Lov om almene boliger, recuperado de https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2021/1877.

Ley sobre cooperativas de vivienda de Dinamarca: Lov om andelsboligforeninger, recuperado de https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/1281.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

DGRN de 5 de octubre de 2000, *BOE* núm. 270 de 10 de noviembre de 2000.

DGRN de 23 de julio de 2001, *BOE* núm. 200 de 21 de agosto de 2001.

DGRN de 4 de febrero de 2002, *BOE* núm. 92 de 17 de abril de 2002.

DGRN de 7 de enero de 2004, *BOE* núm. 41 de 17 de febrero de 2004.

DGRN de 7 de mayo de 2009, *BOE* núm. 139 de 9 de junio de 2009.

DGRN de 3 de marzo de 2012, *BOE* núm. 107 de 4 de mayo de 2012.

DGRN de 12 de febrero de 2016, *BOE* núm. 60 de 10 de marzo de 2016.

DGRN de 8 de septiembre de 2016, *BOE* núm. 236 de 30 de septiembre de 2016.

DGRN de 14 de noviembre de 2016, *BOE* núm. 289 de 30 de noviembre de 2016.

DGRN de 18 de enero de 2017, *BOE* núm. 32 de 7 de febrero de 2017.

DGRN de 29 de mayo de 2017, *BOE* núm. 148 de 22 de junio de 2017.

DGRN de 30 de octubre de 2017, *BOE* núm. 286 de 24 de noviembre de 2017.

DGRN de 24 de mayo de 2018, *BOE* núm. 142 de 12 de junio de 2018.

DGRN de 26 de noviembre de 2019, *BOE* núm. 311 de 27 de diciembre de 2019.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 20 de febrero de 1989, RJ. 1989/1212, FJ. 2.

STS 25 de febrero de 1986, RJ. 1986/854, FJ. 2.

STS 22 de mayo de 1992, ECLI: ES: TS:1992:4111, FJ. 5.

STS 31 de diciembre de 1992, ECLI: ES: TS:1992:9440, FJ. 2.

STS 8 de junio de 1992, ECLI: ES: TS:1992:4574, FJ. 2.

STS 25 de mayo de 1998, ECLI: ES: TS:1998:3384, FJ. 5.

STS 30 de marzo de 1999, ECLI: ES: TS:1999:2241, FJ. 1.

STS 4 de febrero de 2005, ECLI: ES: TS:2005:614, FJ. 2.

STS 20 de octubre de 2008, ECLI: ES: TS:2008:5451, FJ. 2 y 3.
STS 27 de abril de 2009, ECLI: ES: TS:2009:2676, FJ. 2.
STS 2 de diciembre de 2010, ECLI: ES: TS:2010:6944, FJ 2.
STS 6 de abril de 2011, ECLI: ES: TS:2011:2020, FJ. 2.
STS 8 de abril de 2011, ECLI: ES: TS:2011:2488, FJ. 3.
STS 9 de octubre de 2013, ECLI: ES: TS:2013:4964, FJ. 3.
STS 26 de mayo de 2014, ECLI: ES: TS:2014:2115, FJ. 2.
STS 3 de diciembre de 2014, ECLI: ES: TS:2014:5403, FJ. 5.
STS 9 de diciembre de 2015, ECLI: ES: TS:2015:5688, FJ. 3.12 y consideración Núm. 4.
STS 31 de mayo de 2021, ECLI: ES: TS:2021:2195, FJ. 2 y 3.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Jaén 24 de septiembre de 2020, ECLI: ES: APJ:2020:268, FJ. 2.
SAP Madrid 28 de septiembre de 2012, ECLI: ES: APM:2012:16879, FJ. 3.
SAP Madrid 21 de enero de 2019, ECLI: ES: APM:2019:941, FJ. 3.
SAP Sevilla 18 de diciembre de 2020, ECLI: ES: APSE:2020:1376, FJ. 2.
SAP Valencia 25 de septiembre de 2012, ECLI: ES: APV:2012:4067, FJ. 3-4.
SAP Zaragoza Núm. 697/2000 de 21 de noviembre de 2000, Rec. 401/2000, FJ. 1.

TRIBUNALES INTERNACIONALES

Tribunal Federal de Justicia de Alemania, en sentencia del 10 de septiembre de 2003 (recuperado de https://dejure.org/2003,1271).
Tribunal Regional Superior de Karlsruhe-Alemania, en sentencia de 21 de enero de 1985 (recuperado de https://dejure.org/1985,2268).

E. Protección registral de la vivienda familiar: la constancia registral del carácter de vivienda familiar y sus consecuencias en ejecuciones forzosas*

María Goñi Rodríguez del Almeida
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Francisco de Vitoria
maria.goni@ufv.es

Resumen: *La vivienda habitual es un inmueble que, por su finalidad y características, goza de un régimen jurídico especial. Este peculiar régimen tiene por finalidad la protección de la vivienda habitual en el tráfico jurídico. Por ello, es necesario que todos puedan conocer tal carácter y de ahí que la constancia del carácter de habitual de una vivienda en el Registro sea imprescindible. Se analiza en este trabajo cuando, cómo y por qué es necesaria la constancia registral del carácter de vivienda familiar. Se presta especial atención a las consecuencias que tal constancia registral*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100), IP: Matilde Cuena Casas, del que soy miembro del equipo investigador.

tiene en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que cambian importantes reglas; tanto, que nos llevan a considerar que estamos ante un «nuevo y especial» procedimiento de ejecución de bienes hipotecados.

Palabras clave: *vivienda habitual, registro de la propiedad, constancia registral, ejecución hipotecaria.*

Abstract: *The habitual residence is a property that, due to its purpose and characteristics, enjoys a special legal regime. This peculiar regime has the purpose of protecting the habitual residence in legal transactions. Therefore, it is necessary that everyone can know such character and hence the proof of the habitual character of a dwelling in the Registry is essential. This work analyses when, how and why the registry proof of the character of a family residence is necessary. Special attention is paid to the consequences that such registry proof has on the foreclosure procedure, in which important rules change; so much so, that they lead us to consider that we are facing a «new and special» procedure for the execution of mortgaged assets.*

Keywords: *habitual residence, property registration, registration certificate, mortgage foreclosure.*

Sumario: 1. Importancia de la constancia registral del carácter de vivienda habitual del inmueble. 1.1 Código Civil. 1.2 Ley Hipotecaria. 1.3 Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Constancia registral del carácter de vivienda habitual de finca hipotecada. 2.1 Problemas sobre la constancia del carácter habitual de la vivienda hipotecada antes de su ejecución. 2.2 Problemas derivados de la constancia del carácter habitual de vivienda hipotecada en el procedimiento «especial» de ejecución hipotecaria. 3. Consecuencias de la constancia registral del carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución hipotecaria. 3.1 Antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC). 3.2. Subasta de bienes inmuebles (art. 655 bis LEC). 3.3 Adjudicación en la subasta al acreedor ejecutante (antiguo 671 LEC). 3.4 Precio obtenido en subasta y pago del remate (672, 654 y 579.2 LEC). 3.5 Liquidación de costas (575.1 bis LEC). 3.6 Suspensión del lanzamiento (art. 1 Ley 1/2013 y sucesivas reformas). 3.7 Recapitulación. Bibliografía.

1. IMPORTANCIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL DEL INMUEBLE

Ya ha sido analizado en este tratado qué es la vivienda habitual, y cuáles son las características que le hacen merecedora de un régimen

diferenciado. No vamos a incidir en ello, pero en este capítulo hay que poner de relieve que el carácter de bien inmueble de la vivienda habitual sobre el que recaen derechos reales o situaciones jurídico reales que deben gozar de publicidad para su oponibilidad a terceros, hace que ese especial carácter, ser vivienda habitual, deba constar en el Registro de la propiedad, en el folio destinado a la finca en cuestión, para que todos puedan conocer sus especiales características y régimen.

Luego, la constancia en el registro de dicho carácter, lejos de ser baladí, se constituye, a nuestro parecer, en elemento clave para que la especialidad de su régimen jurídico sea efectiva. Si no es conocido, no podrá ser respetado y aplicado por todos, y esto se consigue mediante su constancia y publicidad registral. De este modo, se protegerá al titular de dicha vivienda en determinadas ocasiones, otorgándole ciertas prerrogativas –e incluso privilegios– que no tienen otros titulares de inmuebles que no constituyan su vivienda habitual. El titular de la vivienda habitual[(1)] podrá hacer constar que se trata de la vivienda habitual mediante la acreditación de la certificación registral que reproduzca dicha inscripción, que es la que produce efectos legitimadores registrales, a través de la presunción del artículo 38LH «a todos los efectos legales». En este sentido, la RDGRN 26 noviembre de 2013 insiste en la importancia de hacer constar dicha circunstancia de vivienda habitual «porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda».

Y ¿por qué es necesario e importante que sea conocido tal carácter? ¿En qué favorece o afecta la constancia registral de la vivienda habitual a su titular?

Tres son las leyes que se refieren a la constancia registral de la vivienda habitual en el Registro, y que justifican su importancia, a saber, el Código Civil (CC), la Ley Hipotecaria (LH), y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) –estas dos últimas han recogido las exigencias que al respecto estableció la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI)–.

Analizaremos las cuestiones que establecen cada una de ellas, con especial detenimiento en el procedimiento de ejecución hipotecaria –objeto concreto de ese trabajo–, así como la forma de practicar dicha constancia; pero podemos resumir, *a priori,* que es importante hacer constar dicho carácter porque solo así se consigue que este sea conocido –y oponible– a todos.

(1) Cualquiera que sea su título: propietario, arrendatario, usufructuario, usuario, etc.

Y ello es necesario porque sobre este especial inmueble existen limitaciones, ventajas y requisitos especiales en la constitución o devenir de determinados derechos que recaen sobre él que deben conocerse por terceros[2].

De este modo, la constancia del carácter de vivienda habitual en el Registro facilita el conocimiento y aplicación de esas limitaciones y ventajas que recaen sobre el inmueble, a saber:

A) El propietario de una vivienda habitual soporta especiales limitaciones dominicales de disposición (art. 1320 CC), y de uso, cuando en ella habita otra persona y tiene el derecho de uso a la vivienda como consecuencia de una separación o divorcio (art. 96.3 CC).

B) Igualmente, el titular del uso de una vivienda habitual puede oponer sus facultades –positivas– de uso de la vivienda –que no es suya– y que deben respetarse por terceros adquirentes (art. 96.3 CC).

C) La hipoteca que se constituye sobre el inmueble vivienda habitual tiene peculiaridades propias que deben conocerse. Tanto en la información precontractual que debe darse, más extensa, como en la constitución de la misma, pues al ser un acto dispositivo, requiere consentimientos especiales. Además, deberán respetarse las limitaciones en cuanto a intereses moratorios, cláusulas suelo y amortización anticipada que establece la LCCI, pero, sobre todo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, supone un procedimiento de ejecución hipotecario diferenciado para proteger al deudor habitante, que difiere notablemente del procedimiento ejecutivo hipotecario normal (art. 21 LH y LEC).

D) En caso de trabarse embargos sobre la vivienda habitual, y si consta tal carácter en el registro, el Registrador puede suspender la anotación de embargo si no se ha notificado al cónyuge del deudor (arts. 144.5 LH, 76 RGR)[3]; y si se trata de un deudor emprendedor de responsabilidad limitada, puede incluso resultar inembargable la finca (art. 8 Ley 14/2013), salvo que dicho embargo sea motivado por débitos ajenos a su actividad profesional.

E) La constancia registral de vivienda habitual facilita la contratación del seguro decenal. La obligatoriedad de contratar el seguro decenal para las construcciones destinadas a vivienda se facilita y se agiliza, pues al constar tal carácter en el Registro, no habrá que acreditar que se trata de una vivienda habitual; y, al contrario, no habrá que justificar que no es tal cuando no conste en el Registro, y por tanto, se exonere de contratar ese seguro.

---

(2) En este sentido véase: Loriente Rojo, M. A. (2024), *Legaltoday.*

(3) Artículo. 76.3 del Reglamento General de Recaudación (RGR): Real Decreto 939/2005 de 29 de julio, por el que se aprueba el reglamento de recaudación.

F) Solo podrán constituirse hipotecas inversas sobre la vivienda habitual, lo que implica el conocimiento de tal carácter.

En consecuencia, cuando en el Registro conste, en la inscripción de la finca o al margen, que se trata de una vivienda habitual, se facilita enormemente el desarrollo, ejecución y efectividad de los derechos, actos y procedimientos a los que se ve sometida, porque se conoce tal carácter, sin necesidad de una larga, difícil o costosa acreditación de este que, de otro modo, se requeriría. No puede olvidarse que la vivienda habitual no es un inmueble sin más, sino que su especial destino y función le hacen merecedor de un régimen especial, y para su aplicación es necesario conocer que se trata de una vivienda habitual. Luego, la constancia registral del carácter de vivienda habitual es indispensable para el desarrollo del especial régimen de este peculiar inmueble.

Como ya hemos dicho, varias son las leyes en las que se alude a la necesidad de la constancia registral de vivienda habitual y su especial régimen.

1.1 **Código Civil**

La necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en el Registro se deduce –que no se establece de forma expresa– de la redacción del nuevo párrafo 3 del artículo 96.3CC. En este párrafo tercero se ordena la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar cuando, tras una situación de crisis matrimonial, se atribuye dicho uso al cónyuge no titular de la vivienda.

La Ley 8/2021, de 2 de marzo, modificó el artículo 96 CC, y en su apartado 3.º, recogió la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a la vivienda familiar. Es de agradecer que por fin se establezca de forma clara tal inscripción, como ya pedíamos hace años [4]. Pero, parece que, de momento – habrá que esperar a la interpretación jurisprudencial de aquel–, solo se inscribe la limitación o prohibición de disponer sobre ella. La literalidad del precepto parece clara: «esta restricción de la facultad dispositiva». ¿Solo debe/puede inscribirse el contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar? Aparentemente así es, porque pudiendo aprovechar la reforma para hablar simplemente de la necesidad de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar, el legislador utiliza las palabras «restricción de la facultad dispositiva»; es decir, da a entender que se inscribe solo el contenido negativo, pues en

(4) Véase Goñi Rodriguez de Almeida, M. (2013), *RCDI,* pp. 1893-1912 y (2008), *RCDI*, pp. 2518-2525.

la especificación excluye el contenido positivo, o sea, la facultad posesoria, de ocupación –que entendemos también debería hacerse constar–.

La posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar, aunque sea solo en su vertiente negativa, nos conduce inexorablemente a exigir que en el Registro se haga constar ese carácter, simultánea e inexorablemente unido al derecho de uso. Pues solo sobre la vivienda familiar se puede inscribir este derecho.

Es cierto que la limitación dominical debe ser oponible *erga omnes*, y esto solo será así con su inscripción en el Registro, y es bueno y loable que se haga y se haya ordenado en esta reforma. De otro modo, los terceros adquirentes de buena fe, si no conocen esa limitación de disponer, no se verían afectados en su adquisición, y el cónyuge usuario y los menores que estén bajo su custodia, podrían perder la vivienda, quedando totalmente inútil el derecho de uso atribuido, por el juego de los artículos 32 y 34 LH, con los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y mantenimiento en la adquisición.

Por lo tanto, si queremos que esa limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular de la vivienda sea oponible *erga omnes*, deberá hacerse constar el carácter de vivienda habitual junto con el derecho de uso.

Es cierto que en el artículo 1320 CC también se establece otra limitación de disponer al titular de la vivienda familiar, constante matrimonio, y aunque esta sea de titularidad privativa. La aplicación de este importante artículo, como ya hemos dicho, se facilitaría con la constancia registral del carácter de vivienda habitual, pero la ley no ordena su inscripción, a diferencia del supuesto anterior en el que el carácter de habitual va unido al derecho de uso.

Considero que las excepciones sobre la vivienda habitual que establece el CC, en relación con las facultades de disposición y uso del titular de la vivienda, en aras de protección a la familia o los más necesitados de atención, justifican ya, por sí mismas, la necesidad de hacer constar en el Registro tal carácter. Creo que, como ya he defendido en otras ocasiones, debe hacerse constar y publicar tal circunstancia respecto de cualquier finca registral que tenga tal carácter, esté o no hipotecada. Solo así se podrá proteger efectivamente, y frente a todos –incluido el titular–, a sus habitantes, para darles un lugar donde vivir y desarrollarse íntegramente como personas. Aunque el legislador se ha centrado en la protección de la vivienda habitual cuando esté hipotecada, como veremos a continuación, no puede olvidarse que también debe protegerse en otras circunstancias. Para ello, es absolutamente necesaria la toma registral del carácter de vivienda habitual en el Registro, bien mediante nota marginal o en el cuerpo de la inscripción al describir la finca, igual que si hubiera una hipoteca sobre ella.

1.2 **Ley Hipotecaria**

Las referencias legales más explícitas sobre la constancia de la vivienda habitual en el Registro se encuentran cuando sobre la finca se ha constituido un derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo. Es en la Ley Hipotecaria donde encontramos la referencia más clara sobre la constancia registral del carácter de vivienda habitual.

En efecto, el artículo 21.3 LH afirma que «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.» Y, en consecuencia con el mismo, cuando se pacte una ejecución extra judicial, el artículo 129-2-b) de la Ley Hipotecaria dispone igualmente que «La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución».

La exigida manifestación en el documento notarial conduce, según nuestro parecer, a su reflejo en el Registro, mediante su constancia en el folio de la finca correspondiente; pues se trata, como veremos, de un dato que debe ser oponible a terceros ya que delimita especialidades tanto en la constitución como en el procedimiento de ejecución de hipoteca[(5)]. Estos dos artículos de la LH nos indican la necesidad de dar publicidad al carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado mediante su manifestación y consecuente inscripción en Registro.

La LH recoge, también, otras disposiciones especiales que pueden aplicarse a los préstamos hipotecarios que recaen sobre la vivienda habitual, como puede ser el artículo 114.3 LH. Si bien, en este artículo se hace referencia a los préstamos hipotecarios que recaen sobre un inmueble de uso residencial, que es un concepto más amplio que el de vivienda habitual, pues incluye segundas residencias, residencias temporales, etc. Este

(5) Tal y como manifiesta Ángel Valero, la finalidad de estos artículos es: «constituir un principio de prueba a los efectos de aplicar a un tipo de préstamos hipotecarios, caracterizados fundamentalmente por su objeto, todas las medidas legales que ésta y otras leyes, más o menos coetáneas, establecen en favor de la vivienda habitual de las personas físicas, entendida como domicilio familiar, en relación a las condiciones de transparencia informativa, limitaciones de las cláusulas financieras –en especial de los intereses moratorios, las medidas alternativas a la ejecución hipotecaria y los resultados de la propia ejecución». Valero Fernández-Reyes, A. (2013), p. 1.

artículo se reformó como consecuencia de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), que traspuso la Directiva Europea 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que engloba los créditos garantizados con todos los inmuebles de uso residencial, y no solo la vivienda habitual del deudor.

1.3 **Ley de Enjuiciamiento Civil**

Por último, la LEC en diversos artículos establece un régimen del procedimiento de ejecución hipotecario diferente para la vivienda habitual. Las principales modificaciones que contemplan esta especialidad se introdujeron también tras la LCCI y, aunque en ninguno de los preceptos se indica la obligatoriedad de la constancia registral del carácter de vivienda habitual, las peculiaridades introducidas para la ejecución hipotecaria de este inmueble y la necesidad de su conocimiento al inicio de la ejecución (art. 685.2. 3 párrafo) y de la subasta (art. 655 bis), así como en la adjudicación de vivienda y remate (arts. 579 y 671) implican, obviamente, su constancia y publicidad registral, pues la LEC exige que se haga constar tal circunstancia[6]. Si esa circunstancia está inscrita en el Registro de la Propiedad, se facilita enormemente tal requisito, como luego veremos.

Dedicamos los siguientes epígrafes al desarrollo específico del procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que no nos detenemos ahora más en ello.

2. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL DE FINCA HIPOTECADA

Como ya hemos dicho, las referencias sobre la constancia en el Registro del carácter de vivienda habitual se refieren en su mayoría a la constitución y posterior ejecución de la hipoteca que recae sobre ella; cuando la finca está hipotecada. Vamos a centrarnos en este caso, con especial

(6) Véase, artículo 685.2. 3 párrafo, sobre las circunstancias y documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva: «En supuestos de demanda de ejecución sobre bienes hipotecados deberá indicarse si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual del deudor, así como si concurre en la parte ejecutante la condición de gran tenedora de vivienda conforme a lo previsto en la letra b) del apartado 6 del artículo 439».

referencia a sus implicaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria al que puede verse sometida.

2.1 **Problemas sobre la constancia del carácter habitual de la vivienda hipotecada antes de su ejecución**

Cuando sobre la vivienda habitual se constituye una hipoteca, la LH exige que en esa escritura de préstamo hipotecario se haga contar el carácter de vivienda habitual, y ello debe reflejarse en el Registro (art. 21.3 LH). Es importante, ya en esta fase, que se haga tal constancia, pues no podemos olvidar que un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual tendrá limitaciones en cuanto a los intereses moratorios (art. 114.3 LH), se limitarán las posibilidades de un vencimiento anticipado (art. 24 LCCI que modificó el artículo 693 LEC), no puede contener cláusulas suelo (art. 21.3 LCCI), y se ha visto sometido a sucesivas moratorias así como limitaciones en los tipos de interés cuando los deudores sean vulnerables, sin olvidarnos de que si el hipotecante está casado, deberá constar el consentimiento de su cónyuge para hipotecar la vivienda (art. 1320 CC).

Este paso previo, y antes de que se produzca una hipotética ejecución hipotecaria, plantea una serie de cuestiones que deben analizarse.

1. *¿La constancia registral que recoge el artículo 21.3 LH se refiere solo a cuando existe un préstamo hipotecario, o puede extenderse a cualquier crédito garantizado con hipoteca?*

El artículo 21.3 LH establece la obligación de hacer constar el carácter de vivienda habitual en las escrituras de préstamo hipotecario, y nos planteamos si puede hacerse extensiva a las escrituras de otros créditos y obligaciones garantizados con hipoteca. En principio la literalidad del nuevo artículo 21.3 LH nos puede hacer pensar que la voluntad del legislador fue clara, puesto que así lo estableció de forma expresa cuando pudo haber utilizado la palabra «créditos». Sin embargo, una interpretación teleológica, sabiendo que la voluntad del legislador era proteger la vivienda habitual, nos lleva a concluir lo contrario[(7)]. Con mayor fuerza,

(7) En este sentido, haciendo hincapié en la finalidad e interpretación teleológica del artículo, se manifiesta la RDGRN 19 diciembre 2013: «Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas […]. Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico

una interpretación sistemática y analógica conduce a la misma interpretación: no puede olvidarse que el artículo 114.3 LH que limita los intereses moratorios cuando se trate de inmueble residencial (incluyendo la vivienda habitual), se refiere a los créditos y no solo a los préstamos; en el mismo sentido, el artículo 129.2.c) LH exige la constancia del carácter de vivienda habitual para el procedimiento de ejecución extra judicial de hipotecas que garanticen cualquier obligación de cuantía inicialmente determinada, con los límites del artículo 114 LH, y por último la suspensión de los lanzamientos derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria no distingue si la hipoteca aseguraba un préstamo o un crédito; es la vivienda habitual la que debe protegerse con independencia del origen de la hipoteca[8].

2. *¿Puede exigirse la constancia de vivienda habitual cuando se trate de una persona jurídica?*

Nada dice la ley al respecto. Sin embargo, y de nuevo acudiendo a una interpretación teleológica, no parece admisible ni razonable que esta constancia sea necesaria cuando el inmueble pertenece a una persona jurídica, pues carece de vivienda habitual, de lugar de residencia permanente donde desarrollarse como persona. Y no podemos olvidar que ese es el especial objeto de protección de esta norma. Además, el origen de este precepto es la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios y en esta ley se especifica de forma clara en varios aspectos que solo se aplicará al deudor hipotecario persona física. En concreto, es lo que se recoge en los artículos 1-3-d) y 6-2 de la Ley 1/2013 que exigen el carácter de persona física del prestatario o deudor para la suspensión del lanzamiento y para fortalecer su posición respecto de las cláusulas suelo respectivamente. Luego, creemos que esa es la interpretación correcta que debe darse a este precepto: solo es aplicable a los préstamos o créditos hipotecarios cuando el deudor sea una persona física. Podemos plantearnos el caso de que el deudor hipotecario sea una sociedad patrimonial u otra forma societaria, mediante la que se adquiere el inmueble hipotecado para ser la vivienda habitual del administrador o socio, persona física. Creemos que, en este caso, el haber elegido la forma societaria, probablemente con finalidad fiscal ventajosa, impide que puedan aplicarse las ventajas que la ley otorga al deudor persona física cuando hipoteca su vivienda

---

de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 LH».

(8) Valero Fernández-Reyes, A. (2013), p. 2.

habitual. Deberá prevalecer el carácter de persona jurídica del deudor, y no podrá «utilizar» a su favor este precepto, pues escogió una forma jurídica distinta para una adquisición más conveniente.

3. *¿Quién debe hacer constar el carácter de vivienda habitual en la escritura de crédito hipotecario?*

La constancia en la escritura pública de hipoteca del carácter habitual deberá hacerse por el hipotecante, propietario de la vivienda, sea deudor o no, pues es su vivienda la que se está protegiendo, y este requisito, como luego veremos, no se asocia necesariamente a que el destino del crédito garantizado sea la adquisición de la vivienda habitual, pues sea cual sea este destino, las especialidades de la ejecución se aplican siempre que el objeto que se ofrece en garantía sea una vivienda habitual[9].

También cabe que tal manifestación la haga el deudor no hipotecante y el fiador, siempre de forma unilateral sin necesidad del consentimiento del acreedor, y por supuesto, deberá constar el consentimiento del cónyuge, cuando así fuera necesario, debido a lo establecido en el artículo 1320 CC.

Cuestión distinta, como luego veremos, es quién debe alegar en el momento de la ejecución el carácter de vivienda habitual.

4. *¿Cómo debe practicarse en el Registro esa constancia?*

Consideramos que, una vez que conste en la escritura pública el carácter de vivienda habitual según el artículo 21.3 LH, ese carácter debe reflejarse en el Registro, y esto puede hacerse en el cuerpo de la inscripción o a través de nota marginal que, por su claridad y posibilidad de variación, es lo más conveniente[10].

Considero, al igual que Delgado Ramos, la necesidad de que tal circunstancia conste en la publicidad formal solicitada sobre la finca, y aun incluso, cuando no se solicite este extremo específicamente, dada la transcendencia de ese dato, como ya hemos señalado. Por supuesto, si la nota simple informativa o la certificación registral la solicita un acreedor ejecutante, para iniciar la ejecución, considero que es imprescindible que se informe de esta circunstancia. Asimismo, y ya iniciado el procedimiento, entiendo que tal circunstancia debería constar en la nota de dominio y cargas, pues es

(9) No obstante, entendemos que sí debería limitarse a los créditos hipotecarios con esta finalidad, como explicamos más adelante.

(10) Delgado Ramos, J. (2014), *RDC,* pp, 187-188.

fundamental el conocimiento de tal carácter sobre todo en el procedimiento de ejecución. No puede olvidarse que «la presunción del carácter habitual de la finca gravada a efectos de ejecución hipotecaria deriva, en realidad, no de la constancia de dicho carácter en la escritura de constitución de hipoteca, sino en la correspondiente inscripción registral, y ello por aplicación del artículo 130 de la LH, según el cual la ejecución directa solo podrá basarse sobre aquellos extremos del título que se hayan recogido en la inscripción»[(11)]. Pero, además, creo que incluso debe incluirse «de oficio» tal información en cualquier otra solicitud consecuencia de la publicidad formal registral. Pues no solo en la ejecución es relevante tal carácter.

Un problema añadido es que el hecho de que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual implica que es el domicilio del deudor y este es un dato personal de especial protección por la LOPD, que impide su divulgación. Los registradores siempre han sido muy cautelosos a la hora de hacer constar que una finca es el domicilio de una persona, exigiendo siempre que se demuestre el interés legítimo del solicitante, cuando se trata de expedir una nota simple o una certificación, medios típicos de la publicidad formal. Pero, este aparente escollo se puede salvar si, como hemos dicho, es el propio titular de la vivienda habitual, del domicilio, quien manifiesta tal circunstancia y acepta su tratamiento, inserción en la escritura e inscripción registral a los efectos que ello implica, pudiendo entonces darle la publicidad material y también formal que se requiere.

5. *¿Debe hacerse constar la finalidad del préstamo hipotecario?*

Aunque excede un poco de la estricta constancia del carácter de vivienda habitual, podemos plantear si, además, en la escritura de préstamo hipotecario –y por ende en el Registro– debe hacerse constar si el préstamo/crédito se solicitó para financiar la adquisición de la vivienda; es decir, la finalidad del préstamo/crédito hipotecario.

El artículo 114.3 LH, en su redacción original, al regular los intereses máximos de demora para el préstamo hipotecario sobre vivienda habitual, contemplaba un matiz interesante, ya que afirmaba que esa limitación de intereses se producía cuando la finalidad del préstamo/crédito hipotecario fuera precisamente adquirir la vivienda habitual. ¿Era necesario, por tanto, también hacer constar tal finalidad? Entendemos que sí. Era conveniente y necesario hacerlo constar, pues era lo que la letra de la ley establecía, y creemos que debía interpretarse de forma restrictiva para este tipo de préstamos/créditos porque así quiso establecerlo específicamente

(11) Valero Fernández-Reyes, A. (2013), p. 4.

el legislador, al ser una excepción. Puede entenderse, como lo hace Domínguez Luengo[12], que la necesidad de hacer constar la finalidad del préstamo –o crédito hipotecario– es porque parece merecer mayor protección aquel que solicita el préstamo para adquirir su propia vivienda; entroncando esta idea con la finalidad del inmueble, razón de ser de todo su régimen especial. Esa manifestación debería hacerse, igualmente, en el momento de constitución de la hipoteca, en la escritura pública, preferiblemente de forma expresa y debería también hacerse constar en el Registro.

No obstante, la modificación del artículo 114.3 LH, como consecuencia de la publicación de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) de 2019 (art. 25), eliminó la referencia a la finalidad del préstamo/crédito hipotecario para adquirir la vivienda habitual, limitándose a establecer un tipo imperativo de intereses de demora para todos los préstamos garantizados con hipoteca sobre inmueble residencial[13]. De este modo, parece que ahora es irrelevante la finalidad del préstamo o crédito[14], siendo lo único importante que la hipoteca recaiga sobre un inmueble de uso residencial. No compartimos los cambios introducidos por esta reforma, pues entendemos que la especial protección del deudor hipotecario viene determinada por el objeto sobre el que recae la hipoteca: la vivienda habitual, sin que deba extenderse a cualquier inmueble hipotecado. Y no nos parece mal que se hubiera mantenido la necesidad de la finalidad del crédito hipotecario, pues casa mejor con la protección de la vivienda habitual.

6. *¿Si no consta en la escritura el carácter habitual de la vivienda, debería ser un defecto que impide la inscripción?*

La ley establece una obligación: la de hacer constar, o no, el carácter de vivienda habitual en los préstamos que recaen sobre ella. De esta forma, el Registrador no puede desconocer el mandato legal, y si en la escritura pública no apareciera, después de calificar el documento, debería rechazar la inscripción, porque esa circunstancia debe hacerse constar en el folio de la finca, como ya hemos dicho, ya que determina un régimen especial en

(12) Domínguez Luengo, A. (2018), p. 332.

(13) Artículo 114.3 LH, tras la modificación producida por la LCCI 5/ 2019, de 15 de marzo: «En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario»..

(14) Véase Sáenz de Jubera Higuero, B. (2019), p. 304.

cuanto a la calificación de la escritura hipotecaria presentada (el límite de intereses moratorios, el del vencimiento anticipado, la no inserción de cláusulas suelo), como de las vicisitudes del procedimiento de ejecución hipotecaria e incluso del propio procedimiento extra judicial (art. 129 LH).

La manifestación del carácter de vivienda habitual en la escritura se constituye en una presunción *iuris tantum* que beneficia al deudor hipotecario, que debe conocerse y, por tanto, es necesaria su manifestación y posterior constancia registral. Si no constara dicha manifestación en la escritura, la calificación del Registrador respecto de diferentes cláusulas sería distinta, y no podría inscribirse por ejemplo la cláusula de ejecución extra judicial.

2.2 **Problemas derivados de la constancia del carácter habitual de vivienda hipotecada en el procedimiento «especial» de ejecución hipotecaria**

Como ya hemos puesto de relieve, el legislador contempló la necesidad de hacer constar el carácter habitual de vivienda en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro, sobre todo, de cara a la posible ejecución de la garantía real. Esto es así, porque las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecario sobre vivienda habitual son tantas que podemos llegar a configúralo como un procedimiento de ejecución diferente, distinto al de los bienes hipotecados en general.

De ahí que esa constancia registral sea clave en muchos momentos del procedimiento de ejecución, pues determina la aplicación de reglas especiales al mismo. No olvidemos lo ya apuntado con anterioridad de que debe seguirse la ejecución conforme a los datos contenidos en los asientos registrales, y si en ellos consta que se trata de la vivienda habitual, deberán seguirse normas especiales.

Analizamos, a continuación, las cuestiones debatidas sobre la constancia de vivienda habitual y el procedimiento de ejecución.

1. *¿Quién debe alegar el carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución?*

Corresponderá al propio acreedor ejecutante hacer constar en su demanda que el inmueble que se va a ejecutar se trata de la vivienda habitual del deudor hipotecario –así como su condición de gran tenedor– (art. 685.2 LEC). El acreedor tiene conocimiento de este extremo, precisamente, por la constancia notarial y registral de tal carácter.

En cualquier caso, creemos que, si el carácter de vivienda habitual consta en el Registro, este extremo debería aparecer en la certificación de dominio y cargas que expida el Registrador, como ya dijimos. De este modo, se conocerá de forma automática.

Pero, aun y todo, si el acreedor no lo hiciera constar en la demanda, o si no apareciera reflejado ni en la escritura ni en el Registro, entendemos que será el deudor hipotecario quien tenga que alegar tal carácter. No olvidemos que él es el principal beneficiario de esta circunstancia, pues va a determinar que se siga un procedimiento de ejecución con tantas peculiaridades y ventajas, que lo van a configurar como especial o distinto al de cualquier otra finca que no sea vivienda habitual.

2. *¿Cuándo debe alegarse el carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución hipotecaria?*

Cuando se inicie una ejecución hipotecaria. En ese momento debe conocerse que la finca que va a salir a subasta es la vivienda habitual; es el momento relevante en que tal condición debe acreditarse, pues va a determinar el especial régimen de realización al que se somete.

Varios son los momentos en los que se puede confirmar tal extremo[15]: primero, al inicio de la ejecución, se presume que sigue siendo la vivienda habitual, cuando así se hizo constar en la escritura y en la inscripción (art. 23.1 LH). Aunque puede desvirtuarse por el acreedor, y por eso, siempre es mejor que el acreedor ejecutante, en la interposición de la demanda lo asevere o lo niegue. Igualmente, en el despacho de ejecución es conveniente que el órgano judicial diga que se trata de la ejecución de una vivienda habitual para que no quede duda. Si no se dijera nada, y se despachara ejecución como si fuera una finca normal, el hipotecante ejecutado, podría incluso formular oposición alegando esta circunstancia, aunque no sea en sí misma un motivo de oposición formal y, por supuesto, corresponderá al Registrador en la certificación de dominio y cargas hacer constar tal carácter cuando esté en el Registro.

3. *¿Cabe prueba en contrario de la presunción de vivienda habitual que establece el 21.3 LH?*

El artículo 21.3LH establece una presunción *iuris tantum* de que el inmueble hipotecado es la vivienda habitual del deudor hipotecario,

(15) Seguimos en este sentido a Delgado Ramos, J. (2014), pp. 196-199.

cuando así se manifiesta en la escritura. Como toda presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, ya que este carácter puede variar en el tiempo. De este modo, y si las cosas transcurren normalmente, se presumirá que la hipoteca conserva tal carácter hasta el momento de su ejecución (recordemos que la presunción se deriva realmente del asiento registral que lo recoja). Si bien, puede ser necesario probar que el inmueble ejecutado ya no es vivienda habitual en el momento de la ejecución. Este es un concepto flexible y cambiante, no fijo, sino que puede variar en el tiempo[(16)], pues nada impide que lo que en un inicio era vivienda habitual, deje de serlo posteriormente al trasladarse a vivir a otro inmueble, o porque hubo un error en la declaración.

Y viceversa, puede ocurrir que la vivienda sobre la que recaía la hipoteca no fuera –y así constara– vivienda habitual en el momento de la constitución, pero que después se haya convertido en la habitual. Por ejemplo, si se trataba de una vivienda en construcción o se produce una mudanza posterior tras un periodo de precario. En estos casos, deberá de aportarse al Juez o Notario ejecutantes algún tipo de prueba de que ahora es la efectiva vivienda habitual, no bastando una mera declaración en tal sentido.

Este cambio del carácter de vivienda habitual de la finca puede hacerse constar en una escritura de novación o en una escritura de transmisión de finca otorgada por las partes mediante la que el nuevo adquirente de la finca y el transmitente así lo acuerdan, o en una escritura de subrogación hipotecaria. En estos casos, también habrá que dejar constancia registral del cambio para que, después, en la certificación de dominio y cargas, conste la realidad de la finca.

El carácter habitual o no de la vivienda por las extraordinarias consecuencias que conlleva debe «venir referido a la situación real y efectiva del inmueble en el momento de sustanciarse el procedimiento, con independencia de la declaración que se hubiera podido efectuar en la escritura de constitución de hipoteca»[(17)].

Corresponderá en este caso la carga de la prueba a quien pretenda desvirtuar tal presunción. De lo que no queda duda, es de que la vivienda debe ser habitual al tiempo de la ejecución – ese es el momento para valorar definitivamente si es o no la vivienda habitual, como ya hemos indicado–, y que la presunción de vivienda habitual deriva realmente de la ins-

(16) En este sentido lo manifiestan: Moreno Trapiella, P. (2015), *Diario La Ley*, p. 2; Font de Mora Rullán, J. (2020), p. 12. Y también la AP Barcelona de 5 noviembre 2015, que incide en el carácter variable del concepto de vivienda habitual: «No consta que la vivienda hipotecada sea la habitual de alguno de los deudores, pero, además, que la condición de vivienda habitual puede ser cambiante en el tiempo, y a lo que debe estarse es a su condición real en el momento de la ejecución».

(17) Font de Mora Rullán, J. (2020), p. 12.

cripción registral, como consecuencia del artículo 130 LH, en el que se establece que se despachará ejecución hipotecaria sobre la base de los extremos contenidos en el título inscrito en el asiento respectivo[18].

3. CONSECUENCIAS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Realizada la manifestación del carácter de vivienda habitual y su constancia registral, una vez constatado este (o presumido tal carácter) en el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, la ejecución debe seguir, consecuentemente, el «proceso especial» derivado del particular bien ejecutado.

En efecto, la constancia de que el bien ejecutado es una vivienda habitual tiene como consecuencia una serie de peculiaridades en el procedimiento de ejecución hipotecaria que nos llevan a plantearnos si realmente nos encontramos ante un procedimiento distinto en virtud del objeto ejecutado: la vivienda habitual.

Comentamos a continuación, y de una forma somera, las principales especialidades en la ejecución de la vivienda habitual:

3.1 **Antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC)**

Como ya se ha comentado antes, cuando el inmueble ejecutado sea la vivienda habitual del deudor hipotecante, solo podrá darse por vencido anticipadamente el préstamo garantizado según lo establecido en el artículo 24 LCCI. Pero, además, el mismo artículo 693 LEC ofrece al deudor hipotecante de vivienda habitual la posibilidad de liberar el bien ejecutado. No se trata de liberarlo de la hipoteca, pues esta permanece, sino de poder pagar las cuotas vencidas impagadas hasta el momento, consignándolas, y paralizar, de este modo, el procedimiento de ejecución. Como dice Delgado Ramos, probablemente también permite eliminar la posibilidad del vencimiento anticipado. Una oportunidad extraordinaria que se ofrece al deudor para tratar de evitar *in extremis* la ejecución y pérdida de la vivienda y sin necesidad del consentimiento del acreedor (que sí se exige cuando no sea la vivienda habitual). También se permiten liberaciones ulteriores,

(18) Domínguez Luengo, A. (2018), p. 326.

siempre que entre ellas medien al menos tres años. Se facilita, por tanto, el pago de la deuda una y otra vez al deudor, a fin de que paralice la ejecución y no pierda su vivienda. Cabe, igualmente, que se produzca la liberación del bien cuando el pago lo haga un tercero[19].

3.2 **Subasta de bienes inmuebles (art. 655 bis LEC)**

La Ley 12/2023, de 24 mayo, por el Derecho a la Vivienda introdujo el nuevo artículo 655 bis en la LEC, en los procedimientos de apremio, especialmente dirigido a la subasta de bienes inmuebles que sean la vivienda habitual del deudor. En este caso, si el ejecutante es una empresa o gran tenedor deberá acreditar la situación de vulnerabilidad del deudor ejecutado. Y si se dieran estas circunstancias (vivienda habitual, acreedor gran tenedor y deudor vulnerable), no se iniciará la vía de apremio si no se acredita que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas.

Se impide, por tanto, iniciar la vía apremio a ejecuciones ordinarias; ¿afecta este precepto a las ejecuciones hipotecarias? Entendemos que sí, porque la subasta de bienes hipotecados se remite expresamente a los preceptos generales de la LEC sobre subasta de bienes inmuebles y siempre y cuando sea una ejecución que ya se ha iniciado antes de ley, pero que todavía no ha entrado en fase de apremio (Disposición transitoria sexta LEC). Si la demanda de ejecución se planteó después, una vez en vigor esta norma, también se seguirá la ejecución conforme a estos requisitos.

No obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 5514-2023, sobre la Ley por el Derecho a la Vivienda, ha declarado nulo este artículo 655 bis, dejando sin efecto lo que en él se establecía. Por lo tanto, ahora no será necesario acreditar dicha vulnerabilidad.

3.3 **Adjudicación en la subasta al acreedor ejecutante (antiguo art. 671 LEC)**

Como acabamos de decir, la subasta de la vivienda habitual se rige por las normas generales de las subastas de bienes inmuebles (art. 669-681

(19) Moreno Trapiella, P. (2015), p. 14: «Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

LEC) [20]; por tanto, el régimen de las posturas necesarias para una adjudicación es el mismo que para todos los inmuebles. Sin embargo, tal y como establecía el anterior artículo 671 LEC, antes de la reforma por la LO 1/2025, cuando no existían postores, la subasta quedaba desierta y se producía la obligatoria adjudicación del bien hipotecado al acreedor ejecutante, si ese bien era la vivienda habitual, cambiaban las normas [21]. En este caso, la adjudicación se hacía por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o, si la cantidad que se le debía por todos los conceptos era inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien (art. 671 LEC) [22].

Esta medida, claramente, se hace para minimizar el perjuicio que la ejecución supone para el deudor hipotecante. Aunque pierde su vivienda, que pasa a ser propiedad del acreedor ejecutante, al menos ve disminuida su deuda con aquel en el caso de que el valor de la propia vivienda no llegue a cubrir esta. Como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911CC), si la vivienda no cubre la deuda total, el deudor sigue respondiendo de aquella parte no satisfecha con todos sus bienes presentes y o futuros (art. 579 LEC). Con esta medida, al menos, se disminuye la cuantía de la deuda subsistente, al aumentar, por ley, el valor obligatorio de adjudicación. Es decir, se pierde la vivienda habitual, pero se actúa sobre la responsabilidad patrimonial del deudor, disminuyéndola y ampliando la hipotecaria del inmueble.

3.4 **Precio obtenido en subasta y pago del remate (672, 654 y 579.2 LEC)**

Celebrada la subasta, el precio de remate obtenido en ella se destinará, según establece el artículo 672 LEC para la subasta de bienes inmuebles, conforme a las normas generales de la subasta del artículo 654 LEC. No reviste especialidad alguna el destino del precio de remate obtenido por una vivienda habitual con respecto a otro inmueble, salvo lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC. Cuando dicho precio de remate fuera insuficiente para saldar la deuda con el acreedor, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte y contra quienes pro-

(20) La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, modifica el artículo 670 LEC, modifica el artículo 670LEC, eliminando la posibilidad de que el acreedor ejecutante mejore postura, y elevando los porcentajes de las pujas.

(21) Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha modificado este artículo 671LEC, y en aras de fomentar la participación en la subasta, se procederá al alzamiento del embargo cuando no hay postores en la subasta.

(22) Sobre el 671 LEC, véase el análisis que hace Juan Gómez, M. C. (2018), *AC*, pp. 1-13.

ceda y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias de toda ejecución (art. 579 LEC). Pero, si el bien ejecutado fuera la vivienda habitual, si su importe no fuera suficiente para cubrir la deuda, continuará la ejecución conforme a lo que se acaba de exponer, pero, el ejecutado quedará liberado si en el plazo de 5 años queda cubierta su responsabilidad por el 65 % de la cantidad total que quedara pendiente, o si satisface el 80 % en un plazo de 10 años. De igual forma, si el remate se hubiese aprobado en favor del acreedor ejecutante, y este procediera en el plazo de 10 años a vender la vivienda habitual, la deuda remanente se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta (art. 579.2 LEC).

Dos excepciones dirigidas a disminuir la deuda pendiente del deudor hipotecante, cuando ha perdido su vivienda. Con ellas, se le facilita el saneamiento de su pasivo, disminuyéndolo [(23)]. Se trata de una excepcional disminución de deuda; se matiza el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, aligerándolo [(24)]. Es, en definitiva y como dice Delgado Ramos, un privilegio legal que «solo viene motivado por la mala conciencia que le queda al legislador y el deseo de tranquilizarla intentando paliar en parte la tremenda desgracia que supone al deudor haber perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria por adjudicación al acreedor» [(25)].

3.5 **Liquidación de costas (575.1 bis LEC)**

La Ley 1/2013 introdujo también un nuevo párrafo en el artículo 575 LEC, para protección del deudor hipotecario. En concreto, cuando se trate de la ejecución de la vivienda habitual, «las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

---

(23) Fue una de las medidas pioneras en lo que se ha venido a llamar la segunda oportunidad para el deudor hipotecario, o *fresh start*, o, en palabras de Moreno Trapiella, «un tímido *earned discharge», para favorecer el comienzo del deudor hipotecario de buena fe. Cita este autor a* Tena Arregui, R. (2011), que ya avanzó la necesidad en ese momento de iniciar el proceso de «segunda oportunidad».

(24) Si bien, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor al bien dado en garantía es una de las propuestas que hace la Asociación de profesores de Derecho civil, en su propuesta de Código Civil, en el Artículo 519-1. «Responsabilidad patrimonial universal.

1. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, con las limitaciones establecidas en las leyes.

2. «Es válido el pacto por el que la responsabilidad queda limitada al valor de los bienes dados en garantía».

(25) Delgado Ramos, J. (2014), p. 206.

De nuevo se pretende aliviar la difícil situación del deudor que pierde su casa, reduciendo las costas procesales que está obligado a desembolsar. Esta medida, como las dos anteriores, alivia la ya de por sí débil economía del deudor hipotecante que pierde su vivienda habitual, pues le facilita la recuperación económica, pero no defienden la retención y defensa de la vivienda habitual.

3.6 **Suspensión del lanzamiento (art. 1 Ley 1/2013 y sucesivas reformas)**

Otra de las medidas que alteran la ejecución hipotecaria de vivienda habitual fue la introducida en el art.1 Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios: se impedía el lanzamiento de la vivienda habitual cuando esta se adjudicase al acreedor hipotecario, y se tratara de personas vulnerables.

Este artículo se aprobó en un momento en que, debido a la crisis económica que vivimos, se habían producido situaciones de verdadera necesidad como consecuencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria, dejando en la calle a familias con escasos recursos económicos. La medida, adecuada en ese momento, sin embargo, se ha visto ampliada, prácticamente *sine die* por las sucesivas reformas legales, lo que incide directamente en la efectividad de la hipoteca, pues al no producirse el lanzamiento del deudor, dificulta la venta del inmueble y, en consecuencia, la satisfacción total del crédito del ejecutante.

La Ley 1/2013 estableció una suspensión de lanzamientos para estas personas vulnerables, en principio, de dos años; inmersos en las consecuencias de la crisis financiera del momento, esta suspensión se prorrogó a su vez por la Ley 25/2015 de 28 de julio, que amplió esta moratoria 2 años más, a 4 años (hasta 2017), y volvió a ampliarse a 7 años (2020) por el Decreto-Ley 5/2017, añadiendo además que el ejecutado pudiera optar por un alquiler en base al CPB.

Así las cosas, y cuando ya debía terminar la suspensión de los lanzamientos, se presenta la nueva crisis sanitaria –y por ende económica– del coronavirus. El RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, justo antes de que se decretara el Estado de alarma, en su artículo 2, vuelve a prorrogar esta moratoria 4 años más, hasta 11 años desde el inicio de la misma (2024). El reciente Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, prorroga, de nuevo, la protección a colectivos vulnerables en ejecuciones hipotecarias hasta el 15 mayo de 2028, modificando el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Por lo tanto, la inicial suspensión de lanzamientos por dos años, que se preveía como una medida transitoria de salida de la crisis de 2008,

parece que ha llegado para quedarse, siendo ya un aplazamiento de 15 años. Si bien, es cierto que las personas que pueden beneficiarse de estos aplazamientos son pocas, por las exigentes condiciones que establece la ley para solicitarlo.

3.7 **Recapitulación**

Las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria para la vivienda habitual que se acaban de mencionar son tan importantes que conforman por sí mismas un proceso especial. Es decir, afectan de tal manera al procedimiento de ejecución de bienes hipotecados que casi podríamos decir que se trata de un procedimiento especial distinto a este. Esa especialidad viene determinada por el particular bien ejecutado: la vivienda habitual. Por eso, como defiende Domínguez Luelmo[(26)], creemos que estas peculiaridades procedimentales deberían aplicarse a todo procedimiento de ejecución que tuviera como objeto la vivienda habitual. Sea ordinario o hipotecario, judicial o extrajudicial y, así beneficiarse de ellas cualquier deudor hipotecante que ofrezca como garantía su vivienda. De este modo, además de favorecerse al deudor y su derecho habitacional, se evitaría la picaresca, o fraude de ley –en palabras de Castilla Barea[(27)]–, que se puede producir ante la posibilidad de elección de procedimiento. En efecto, el acreedor hipotecario tiene la facultad de elegir el procedimiento de ejecución que quiere llevar a cabo. Puede optar por la ejecución ordinaria frente a la hipotecaria, precisamente para evitar los beneficios que la última ofrece al deudor y las limitaciones que supone para el acreedor; ya que con ellas puede ver mermada su facultad de realización del bien.

Y todo ello, no nos olvidemos, solo será posible cuando en el Registro quede constancia del carácter de vivienda habitual de la finca ejecutada,

(26) Domínguez Luelmo, A. (2018), p. 333.

(27) Castilla Barea, Margarita (2018), Facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?, *Revista de Derecho Civil*, Madrid, vol. 5, núm. 2, pp. 81-105. Esta autora expone que el acreedor hipotecario puede utilizar hasta cinco procedimientos distintitos: el declarativo ordinario, el ejecutivo ordinario, el hipotecario, el monitorio y el extrajudicial si así se pactó, y que, por lo tanto, el acreedor puede decidir por cuál de ellos realizar la finca hipotecada. Ante las trabas, o limitaciones que supone la ejecución hipotecaria para el acreedor, por los beneficios que otorga al deudor, puede preferir utilizar la ejecución ordinaria, planteándose si esto puede suponer incluso un fraude de ley o incluso un abuso de derecho. La autora cree que sí y argumenta el porqué de sus consideraciones, y aboga por la necesidad de que se fuerce al acreedor a elegir el procedimiento de ejecución hipotecaria, para evitarlo. Creemos que mejor sería, como hemos dicho arriba, extender los beneficios de la ejecución hipotecaria también a la ordinaria, porque lo relevante es el objeto, la vivienda habitual, en vez de forzar la elección.

pues solo así puede ser efectivamente conocida por todos tal circunstancia y de ella se desprende la presunción efectiva de que lo es, aplicándose, en consecuencia, todas las especialidades que aquí se han puesto de manifiesto.

BIBLIOGRAFÍA

Delgado Ramos, J., «Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca Sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013», *Revista de Derecho Civil*, vol.1, núm. 2, 2014, pp. 183-220, disponible en http://nreg.es/ojs/index.php/RDC Ensayos.

Domínguez Luelmo, A., «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de hipoteca», en AA. VV., *Vivienda e hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 241-334.

Font de Mora Rullán, J., «Nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual, Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble», *en La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, edición núm. 1, La Ley, Madrid, 2020, pp. 1-32.

Goñi Rodriguez de Almeida, M., «Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 2013, pp. 1893-1912.

— «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre, 2008, pp. 2518-2525.

Juan Gómez, M. C., «Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado. Crónica de una técnica legislativa distraída», *Actualidad Civil,* núm. 9*, 2019,* pp. 1-13.

Loriente Rojo, M. A., «La vivienda habitual y el registro de la propiedad», disponible en https://www.legaltoday.com/destacado/opinion-destacado/la-vivienda-habitual-y-el-registro-de-la-propiedad-2024-04-24.

Moreno Trapiella, P., «Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013», *Diario La Ley*, núm. 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, pp. 2-28.

Sáenz de Jubera Higuero, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Tena Arregui, R., «Las medidas del Gobierno en materia hipotecaria. No es eso, no es (solo) eso…», 2011, disponible en http://hayderecho.com/2011/07/04/las-medidas-del-gobierno-en-materia-hipotecaria-no-es-eso-no-es-solo-eso%E2%80%A6.

Valero Fernández-Reyes, A., «La constancia del carácter habitual o no de la vivienda que se hipoteca», en https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-Comentario%20al%20art%2021-3,%20Valero,%20A.pdf, 2013, pp. 1-4.

IX

VIVIENDA Y SUCESIÓN «MORTIS CAUSA». ESPECIALIDADES DE RÉGIMEN

A. Disposición «mortis causa» de la vivienda habitual en propiedad

Clara Gago Simarro *
Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,
Universidad de Oviedo

Resumen: *La especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar no se extiende tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; momento en el que según doctrina jurisprudencial la vivienda pierde el carácter familiar. Habida cuenta de la falta de una norma específica que permita al cónyuge viudo continuar residiendo en el domicilio conyugal –similar al artículo 96 CC– conviene analizar distintas vías que logren dicho objetivo, tanto en el ámbito familiar como sucesorio.*

Palabras clave: *Vivienda familiar, fallecimiento, cónyuge viudo, derechos mortis causa.*

Abstract: *The special protection that the legal system grants to the family home does not extend after the death of one of the spouses; moment in which according to jurisprudential doctrine the home loses its family character. In*

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Matilde Cuena Casas (PID 2021-124953NB-100).

view of the lack of a specific rule that allows the widowed spouse to continue residing in the marital home –similar to artículo 96 CC– it is convenient to analyze different ways to achieve this objective, both in the family and inheritance spheres.

Keywords: *Family dwelling, death, widowed spouse, mortis causa rights.*

Sumario: 1. Disposición *mortis causa* de la vivienda familiar. 1.1 Vivienda familiar ganancial. 1.2 Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido. 2. Bibliografía.

1. DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La consideración de la vivienda como un patrimonio puesto al servicio de la familia le hace tributaria de una especial protección con independencia de quién sea su titular. Ello no solo es consecuencia de la función social que acomete para el cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 39 CE[(1)], sino también por la importancia que dicho inmueble tiene para el desarrollo y la protección de la familia.

En efecto, la vivienda familiar es objeto de una especial regulación en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar y proteger los intereses de la familia. Es por ello por lo que los artículos 96 y 1320 del Código Civil restringen la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras la crisis matrimonial[(2)].

(1) Así lo recoge Cuena Casas: «el fundamento de la normativa específica en materia de vivienda familiar en el ámbito de los regímenes económico-matrimoniales radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia de la arbitrariedad del otro cónyuge que, ostentando la titularidad de la misma, disponga de ella a favor de terceros. Una medida, pues, consecuencia del principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE» (Cuena Casas, M., 2012, pp. 296-297). En opinión de Mingorance García «los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional. Un principio de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el artículo 47 CE. Y otro principio más especifico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el artículo 39.12. Además, asegura en este contexto de la protección familiar *la protección integral de los hijos* (art. 39.2 CE)» (Mingorance García, C., AJI, núm. 19, 2023, p. 603).

(2) Como indica la STS de 8 de octubre de 2010 «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar». En relación con el citado precepto, la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2013 destaca que «el precedente de la reforma del Código Civil del año 1981 no lo hallamos en ningún antecedente del derecho

Por un lado, el artículo 1320 del Código Civil como norma de régimen matrimonial primario exige el consentimiento del otro cónyuge para que el propietario pueda celebrar actos dispositivos sobre la vivienda familiar siempre que comprometan su uso[3], debiendo requerir, en su defecto, autorización judicial[4]. El necesario cumplimiento del requisito del consentimiento del otro cónyuge afecta a la validez del título, pues el artículo 1322 del Código Civil dispone que «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos»[5]. Por su parte, el artículo 96 del Código Civil regula el derecho de uso de la vivienda familiar acaecida la crisis matrimonial, permitiendo al cónyuge no propietario (o copropietario) continuar en la vivienda familiar en los casos en los que se le atribuye la guarda y custodia exclusiva de los hijos comunes menores o en situación de discapacidad, así como en aquellos casos en los que sus intere-

---

castellano, sino en la resolución (78) 37, sobre la igualdad de los cónyuges en el derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 27 de septiembre de 1978, que aconsejaba a los gobiernos de los Estados miembros de asegurar o promover la igualdad de los cónyuges en derecho civil en lo que concierne, entre otras cuestiones, a tomar las medidas necesarias para garantizar una protección legal al cónyuge que vive o ha vivido en la vivienda familiar sin ser el propietario, el arrendatario o el titular de cualquier otro derecho que confiera el uso de la misma, cuando estos derechos pertenezcan o hayan pertenecido al otro cónyuge y puedan extinguirse o se hayan extinguido como consecuencia del comportamiento abusivo de éste, sin perjuicio de los derechos de terceros, que más tarde se convirtió en la Recomendación (81) 15, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 16 de octubre de 1981, así como en otras legislaciones de nuestro entorno tales como la ley inglesa, y los ordenamientos jurídicos noruego, danés y holandés entre los europeos, en todos los cuales se protegía de diversas formas el hogar o domicilio de la familia de las actuaciones de uno solo de los cónyuges que permitieran la desposesión de la misma».

(3) El artículo 1320 CC no se refiere expresamente a los actos dispositivos que comprometan el uso, como sí lo hacen los artículos 231.1-9 CCCat y 190.1 CDFA. No obstante, como pone de manifiesto la RDGRN 13 junio 2018 «atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma […] en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar […] Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble».

(4) Como pone de manifiesto la STS de 8 de octubre de 2010, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

(5) Sobre la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente por el cónyuge titular, *Cfr.* Fernández Chacón, I., 2023, pp. 219-222.

ses son los más necesitado de protección –en caso de guarda y custodia compartida o en defecto de hijos menores o en situación de discapacidad–[6].

No cabe duda de que la razón de ser que subyace a la limitación y de uso recogida en los artículos 96 y 1320 del Código Civil es consecuencia de la especial trascendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar, lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección. Esta especial transcendencia de la vivienda familiar aconsejaría incluir también reglas de protección a favor del cónyuge viudo como consecuencia del fallecimiento del propietario o titular del inmueble.

Pese a lo expuesto, el Código Civil no contempla una norma similar al artículo 96 en caso de fallecimiento del cónyuge propietario o copropietario que legitime el uso *mortis causa* de la vivienda por el supérstite[7], ni el Tribunal Supremo justifica la necesidad de dicha protección, pues parece defender que la vivienda pierde el carácter de familiar «al haber desaparecido la familia por fallecimiento» (STS 3 de junio de 2009).

Ahora bien, aunque no se regula una norma específica de protección de la vivienda familiar *mortis causa* –a semejanza del artículo 96 CC–, cabe aducir mecanismos que indirectamente logran dicha finalidad. Para ello, conviene diferenciar según la vivienda familiar tenga carácter ganancial, sea propiedad exclusiva del causante o concurra un contrato de arrendamiento.

---

(6) La resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge no propietario implica la mutación de la posición jurídica previa a la crisis matrimonial del cónyuge titular respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de la facultad de uso, al haberse atribuido a su (ex)pareja; y, además, según el tenor literal del artículo 96. III del Código Civil ve limitadas sus facultades de disposición. Sobre la disposición de la vivienda por el cónyuge durante la crisis matrimonial, *Cfr.* Fernández Chacón, I., y Gago Simarro, C., *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.

(7) La única medida que contempla el Código Civil de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge, dentro de las reglas del régimen matrimonial primario y, por tanto, aplicable cualquiera que fuese el régimen económico del matrimonio, es el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse el ajuar familiar, sin computárselo en su haber: el derecho a recibir «las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos», sin computárselo en su haber» (art. 1321 CC). Con la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el derecho de predretacción se incorpora como norma del régimen matrimonial primario a favor del cónyuge viudo como un derecho familiar que no se computará en su lote en la liquidación del régimen económico matrimonial (caso de que fuesen bienes comunes) ni en la cuota hereditaria de éste. En opinión de Villagrasa Alcaide, «la preocupación del legislador europeo por proteger la conservación del *hogar familiar* durante el matrimonio, también se prolonga, por tanto, en consideración al cónyuge viudo para el caso de disolución del matrimonio por causa de muerte». Así, pues, la *ratio* de la atribución del derecho de supervivencia al cónyuge viudo, cualquiera que haya sido el régimen que hasta la muerte de su consorte venía rigiendo las relaciones patrimoniales del matrimonio existente entre ellos, es garantizar la continuidad del hogar familiar, es decir, permitir que siga gozando, en lo posible del mismo ambiente familiar existente hasta el fallecimiento de su cónyuge premuerto (Villagrasa Alcaide, C., 2019, p. 10).

1.1 **Vivienda familiar ganancial**

La vivienda familiar común de ambos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales goza de una norma específica de protección en sede de liquidación del régimen económico matrimonial que permite al cónyuge continuar en ella tras el fallecimiento de su pareja. En efecto, el artículo 1406 del Código Civil contempla un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar con eficacia *post mortem*. Aunque el cónyuge viudo no podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de un derecho *ex lege* o por atribución *mortis causa* de un derecho de uso, en aquellos casos en los que la vivienda fuese familiar y, a su vez tuviese carácter ganancial, gozará de un derecho de adjudicación preferente sore el referido inmueble al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme con lo expuesto, el derecho de adjudicación preferente se admite sobre la vivienda que tenga el carácter de familiar. A este respecto, el Tribunal Supremo define la vivienda familiar como el «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS 31 diciembre 1994) o; «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc…) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y la protección de éstos» (STS 16 diciembre 1996). De acuerdo con ello, para que un inmueble tenga el carácter de familiar es necesario la concurrencia de dos presupuestos: habitabilidad y habitualidad[(8)].

La vivienda además del carácter familiar debe ser ganancial, tal y como explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 2 de febrero de 2018 «es patente que para hacerlos valer será condición indispensable que los bienes sobre los que se ejercita tengan naturaleza ganancial, puesto que la normativa en cuestión opera en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales»[(9)]. Este requisito, no obstante, no

(8) Como señala Cuena Casas «además de tratarse de un lugar habitable, debe ser el que constituye el lugar donde *habitualmente* se desarrolla la convivencia familiar […] son las características específicas que presenta la vivienda familiar principal, morada de la familia, lugar donde tiene ubicado el domicilio conyugal, las que justifican que sea solo respecto de ésta donde se dé la necesidad de protección» (Cuena Casas, M., 2011, pp. 285-288). Asimismo, Gallardo Rodríguez conjuga ambos requisitos al declarar que la vivienda familiar es el lugar habitable –habitabilidad– donde se desarrolla la convivencia familiar –habitualidad– (Gallardo Rodríguez, A., *La Ley*, 2020, p. 3).

(9) Asimismo, el artículo 125.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal dispone que «el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso». El referido precepto posibilita que el cónyuge solicite al juez del concurso la disolución de la sociedad de gananciales en los casos en que en la masa activa se incluyan

significa que deba exceptuarse los supuestos en los que la vivienda es copropiedad de la sociedad de gananciales y del cónyuge supérstite, quién al poder atribuirse preferentemente la cuota ganancial podrá adquirir la totalidad de la propiedad de la vivienda[10]. Más problemático es el supuesto en el que la cuota privativa es titularidad del cónyuge fallecido y, ello, porque se les impondría a los herederos del causante la carga de soportar una comunidad de bienes con el cónyuge viudo, lo que además de poder general un grave perjuicio no querido por éstos resulta contrario a la regla de indivisión del artículo 1062 del Código Civil. La posible adjudicación preferente de la vivienda familiar copropiedad del fallecido y de la sociedad de gananciales fue rechazada por la Sentencia de 16 de marzo de 2007, si bien en el asunto de autos la vivienda familiar pertenecía en un 1,557% a la sociedad de gananciales al haberse pagado una sola cuota del préstamo hipotecario con dinero común. Y, es más, la razón aducida para rechazar la adjudicación de la vivienda familiar a la viuda no fue el escaso porcentaje de carácter ganancial, sino de índole procesal al ser «cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto». Aunque el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto, en los casos en los que siendo la vivienda copropiedad del cónyuge fallecido y resultando la cuota ganancial ínfima debería rechazarse la aplicación del artículo 1406 del Código Civil, en cuanto derecho del cónyuge viudo de adjudicarse la propiedad de la vivienda familiar[11].

Como último presupuesto para que pueda reconocerse el derecho de adjudicación preferente, el artículo 1406 del Código Civil requiere el fallecimiento de uno de los cónyuges con anterioridad a la liquidación del haber ganancial. En relación con este tercer presupuesto se cuestiona si el derecho de adjudicación preferente debe quedar limitado a los casos en los que la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento o si, al contrario, debe estimarse siempre que al tiempo de la liquidación del régimen uno de los cónyuges hubiese fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa de disolución (*inter vivos o mortis causa*). El de-

---

bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que se le adjudique preferentemente la vivienda familiar que tuviere carácter ganancial.

(10) Como señala Rams Albesa «no existe inconveniente alguno ni en el plano teórico ni en el práctico para que lleve a efecto su derecho a la atribución preferente sobre la porción ganancial indivisa» (Rams Albesa, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1028).

(11) En este mismo sentido, *Cfr.* CAbezuelo Arenas, A. L., CCJC, núm. 76, 2008, pp. 85-110, García Urbano, J. M., 1993, p. 799 y Ragel Sánchez, L. F., 2011, pp. 1413-1415.

recho de adjudicación preferente se configura como norma de liquidación y, por lo tanto, debe compartirse la argumentación que permite su aplicación en los casos en los que al tiempo de la liquidación uno de los cónyuges había fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa que originó la disolución de la sociedad de gananciales (12).

Caso de concurrir los tres presupuestos anteriormente analizados, el cónyuge viudo podrá pedir que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique con carácter preferente la propiedad exclusiva o un derecho de habitación sobre el inmueble ganancial que constituyó la vivienda familiar, tal y como expresamente dispone el artículo 1407 del Código Civil.

El derecho de adjudicación preferente trata de garantizar la continuidad del cónyuge viudo en la vivienda familiar, ya sea adjudicándole el inmueble por entero, ya sea ofreciéndole un derecho de ocupación alternativo al dominio y de menor valor económico (derecho de habitación). Esta elección de adquirir el inmueble o de constituir un derecho de uso o habitación dependerá exclusivamente de la voluntad del cónyuge viudo, sin que sea necesario que el valor del bien inmueble sea superior al *quantum* de su cuota, pues «si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero» (art. 1407 *in fine* CC). En efecto, el legislador ha permitido que el cónyuge viudo pueda adjudicarse la plena propiedad o un derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar con independencia de su valor, pues si el valor del derecho de propiedad o de uso o habitación supera el haber del cónyuge viudo, éste deberá satisfacer el exceso en metálico, según opinión mayoritaria de la doctrina, al tiempo de ejecutarse la liquidación (13).

---

(12) Aunque del tenor literal del precepto parece que solo cabrá la adjudicación preferente en los casos en los que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo por el fallecimiento de uno de los cónyuges, como pone de manifiesto Rebolledo Varela «el artículo 1406.4 CC también resulta aplicable en aquellos supuestos en que disuelta la sociedad de gananciales por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, entre la disolución y la liquidación, en que puede transcurrir un período de tiempo en ocasiones ciertamente amplio, se haya producido el fallecimiento de uno de ellos. En este caso el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge supérstite que tiene en la vivienda ganancial su residencia habitual será oponible frente a los herederos del otro» (Rebolledo Varela, A. L., 2013, p. 9942).

(13) Para Rams Albesa «el atributario deberá hacer efectiva en metálico la diferencia en el momento mismo de ejecutarse la partición. Es evidente que el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal, no admitiéndolas sencilla y llanamente, o en los casos excepcionales en que las admite, convirtiéndolas en una compensación entre lotes, de forma tal que el atributario in natura en exceso respecto de su cuota reconocida vierte en el consorcio la diferencia, agrandando la masa partible para que en el momento de la división material ambos lotes sean iguales en valor efectivo y no llegue a nacer siquiera una relación de crédito-deuda entre los coparticionarios» (Rams Albesa, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1018). Esta opinión es compartida por Martín Meléndez al declarar que «salvo acuerdo de los cónyuges o del cónyuge y los herederos, deberá hacerse al contado

No obstante, esta limitación o requisito de satisfacer el exceso al tiempo de la liquidación puede desvirtuar el derecho de adjudicación preferente o dejarlo vaciado de contenido, teniendo en cuenta los recursos económicos del cónyuge viudo. No parece que exista ningún inconveniente en admitir la posibilidad de que adjudicada la vivienda familiar al cónyuge viudo, éste se convierta en deudor del patrimonio hereditario del cónyuge fallecido por el valor del exceso de la cuantificación del derecho de propiedad o del derecho de goce de uso o habitación sobre la vivienda familiar. Esta posibilidad además no queda excluida en el artículo 1407 del Código Civil cuya finalidad es admitir excepcionalmente el derecho de adjudicación preferente en los casos en los que el valor de la vivienda o el derecho de uso o habitación excede del haber del cónyuge viudo[14].

Asimismo, el derecho de adjudicación preferente podrá ser ejercitado por el cónyuge viudo con independencia de cuál fuese la voluntad del causante y de sus herederos. Ello significa que el causante no puede impedir ni sus herederos oponerse a la adjudicación preferente de la vivienda familiar querida por el cónyuge sobreviviente[15]. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 2 de febrero de 2018 declara que el derecho que se «concede al cónyuge viudo de que se le atribuya la vivienda que fue residencia habitual, […], bien en propiedad o que se constituya sobre ellos un derecho de uso o habitación, es un derecho de opción que la ley le atribuye no una simple facultad, y que en caso de ejer-

---

en el momento de hacer las adjudicaciones, y ello ya se piense que estamos ante una operación puramente liquidatoria que no genera derecho de crédito alguno». Pese a ello, aduce, «de *lege ferenda* podría permitirse que, solo en casos excepcionales, a falta de acuerdo, el Juez, a su prudente arbitrio pero dentro de un límite legal, teniendo en cuenta la situación de ambos esposos, autorizase un aplazamiento moderado si se dan especiales circunstancias y siempre que el que resultase deudor ofreciera garantías suficientes; el crédito, debería, además devengar intereses hasta su pago. Si no se diera esta excepcionalidad, el cónyuge que no tuviera dinero suficiente en el momento de partir, debería desistir de la atribución por entero del bien o buscar otras vías de financiación procedente de un tercero, ya sea éste una entidad crediticia o un particular (Martín Meléndez, M. T., *ADC*, núm. 4, 2019, pp. 1109-1113).

(14) Ragel Sánchez comparte esta opinión al entender que como el artículo 1407 CC «no… indica que el abono en dinero sea al contado, permite que el pago pueda quedar aplazado cuando así lo acuerdan los partícipes o lo decide el Juez» y que «es preferible que lo decida el Juez, pues cuando el aplazamiento es fruto únicamente del acuerdo… podría ser impugnado a través de una acción revocatoria o pauliana por los acreedores privativos del cónyuge acreedor, por haber sido realizado en fraude o perjuicio de sus derechos» [Ragel Sánchez, L. F., ob. cit. (ed. 2.º, 2017), pp. 826-827].

(15) Los derechos de adjudicación preferente podrán ejercitarse al tiempo de la formación de los lotes en la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez que se conozcan el activo a repartir entre los cónyuges (o sus herederos). Ello significa que los derechos de atribución preferente derivados del artículo 1406 CC son inoponibles frente a los acreedores consorciales que podrán exigir la enajenación o adjudicación de la vivienda familiar en pago de sus créditos (*Cfr.* Rebolledo Varela, A. L., 2013, p. 9952 y Martín Meléndez, M. T., *ADC,* núm. 4, 2019, p. 1072).

citar este derecho, la opción que la misma realizada, en este caso con la constitución de un derecho de uso y habitación, es irrevocable e inatacable, por lo que el resto de los herederos deben pasar por ella»[16].

Los herederos del causante tampoco podrán impedir la adjudicación de la vivienda familiar requerida por el cónyuge viudo so pretexto del incumplimiento del principio de igualdad cualitativa entre los lotes *ex* artículo 1061 del Código Civil[17]. Y ello porque el derecho de adjudicación preferente se configura como una excepción al requisito de cumplimiento del principio de igualdad en los casos en los que no sea posible su cumplimiento, por ejemplo, por ser la única vivienda del patrimonio ganancial. No parece lógico que dicho derecho de adjudicación preferente quede limitado a los casos en los que los herederos del causante puedan adjudicarse un bien de la misma naturaleza, especie y calidad.

Ahora bien, lo que si puede ocurrir es que el derecho de adjudicación preferente ejercitado por el cónyuge viudo colisione con el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que tienen reconocido *ex lege* los descendientes en situación de discapacidad que convivieran con el causante *ex* artículo 822 del Código Civil[18]. En estos casos se plantea qué derecho tiene carácter preferente o prima sobre el otro: el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse la vivienda familiar o el derecho del descendiente en situación de discapacidad de continuar residiendo en dicha vivienda derivado del legado *ex lege*. Para dar solución a este conflicto, el propio artículo 822 *in fine* del Código Civil dispone que el legado del derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado «no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación». Ello debe significar que el derecho de propiedad que se adjudica al cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales se verá grabado con el derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado y, en consecuencia, ambos podrán continuar resi-

(16) En contra de lo expuesto, Rams Albesa opina que «la opción a que se constituya en favor del atributario un derecho real de uso o habitación tan solo procede cuando la vivienda sobrepasa por sí sola el haber que le corresponde al solicitante; si el valor de este bien no sobrepasa el referido haber creo que los herederos del cónyuge fallecido pueden oponerse eficazmente a la constitución de tal derecho real limitado, pues, como ya he puesto de manifiesto, el empleo de las facultades extraordinarias del artículo 1407, encaminado a la acumulación de atribuciones, constituye un abuso de derecho por desviación arbitraria de la finalidad de la norma» (Rams Albesa, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1014).

(17) *Cfr.* SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 11 de junio de 1998. En este mismo sentido, *Cfr.* Díez Picazo, L., 1984, p. 1081 y Garrido de Palma, V. M.; Martínez Fernández, T. A.; Sánchez González, J. C., y Velez Bueno, J., 1985, pp. 13-14.

(18) Sobre el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un descendiente del causante en situación de discapacidad, *vid. infra* López Tur, T., «Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad» pp. 1153-1177.

diendo en el domicilio familiar (teniendo en cuenta además que, en muchos casos, dicho descendiente será común a ambos cónyuges) [19].

1.2 **Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido**

En aquellos casos en los que la vivienda familiar no tuviera carácter ganancial, sino que fuese privativa o exclusiva de uno de los cónyuges, el inmueble formará parte del patrimonio hereditario del causante junto con el resto de sus bienes, sin que el cónyuge viudo pueda disfrutar de una regla especial de protección [20]. No se prevé en ningún precepto una norma especial de adjudicación del uso o atribución preferente a favor del cónyuge viudo por el fallecimiento del titular de la vivienda familiar, similar a la atribución el uso de la vivienda en supuestos de crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código Civil.

La falta de una norma que establezca un régimen específico de protección sobre la vivienda familiar podrá implicar que el cónyuge viudo carezca de justo título de posesión sobre dicho inmueble y, en consecuencia, esté abocado a abandonarlo tras el fallecimiento de su cónyuge. Por la muerte del titular de la vivienda no surge *ex novo* un título de posesión legítimo de la vivienda familiar a favor del cónyuge no propietario, por lo que si éste residía en dicho inmueble so pretexto del título de propiedad de su cónyuge no podrá continuar en él tras la apertura de la sucesión, pudiendo los herederos del causante solicitar que abandone la vivienda o, caso de oposición, instar su desahucio al poseer la vivienda en precario.

---

(19) La doctrina mayoritaria defiende la aplicación del artículo 1380 CC en los casos en los que la vivienda es adjudicada al cónyuge viudo, admitiendo la compatibilidad en los casos en los que confluyen dos derechos de habitación *ex* artículos 822 y 1407 CC. Al respecto, *Cfr.* Díaz Alabart, S., 2011, p. 870, Noguera Nebot, T., *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 487-488 y Ragel Sánchez, L. F., 2013, pp. 6108-6109.

(20) No se incluye en este epígrafe los supuestos de vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges, pues en tal caso el cónyuge viudo tendrá derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar tras el fallecimiento de su pareja (copropietario) con base en la facultad de uso de todos los comuneros conferida en el artículo 394 CC, a cuyo tenor «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». En estos casos, la solución sería el goce y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes *ex* artículo 394 CC. No obstante, en los casos en los que la convivencia de todos los comuneros es imposible, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina que «la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste» (STS 9 diciembre 2015). En su defecto, cualquiera de los comuneros podrá instar la división de la cosa común (arts. 400 a 406 CC).

Asimismo, en los casos de vivienda copropiedad cabe tener presente el derecho de predetracción del artículo 1321 CC, a cuyo tenor «falleciendo uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber». *Cfr. supra* nota al pie 7.

La pérdida del carácter familiar de la vivienda por el fallecimiento del (ex)cónyuge propietario justifica, asimismo, la extinción del derecho de uso que se hubiese podido atribuir en la sentencia de separación o de divorcio a favor del cónyuge no propietario *ex* artículo 96 del Código Civil. No parece controvertido que acaecida la muerte del titular de la vivienda, sus herederos puedan instar el abandono o el desahucio del titular del derecho de uso. Esta conclusión resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que cataloga al cónyuge beneficiario del derecho de uso –atribuido por sentencia de separación o divorcio– como un mero precarista en los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece a un tercero: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (STS 2 octubre 2008)[21].

Al no existir ninguna norma especial de protección *mortis causa* de la vivienda familiar propiedad del causante, para que el cónyuge viudo pueda continuar residiendo en ella tras el fallecimiento de su cónyuge debe acudirse al régimen general del derecho sucesorio inspirado en la voluntad del testador. En efecto, el testador podrá ordenar a favor del cónyuge viudo el legado de la vivienda familiar o del usufructo sobre dicho inmueble o, incluso, lo que cada vez es más común en la práctica, el usufructo universal y vitalicio a través de la *cautela socini* si el cónyuge concurriese con legitimarios[22]. Con base en el legado del usufructo vitalicio universal de la herencia del causante, la Sentencia plenaria de 20 de enero de 2014 confirma la posesión legítima de la viuda y estima la acción de desahucio por precario ejercitada contra el hijo común –heredero de la nuda propiedad–. La esposa como legataria del usufructo de todo el patrimonio hereditario –entre el que se encuentra la vivienda familiar–

(21) En este mismo sentido, *Cfr*. SSTS de 29 de octubre de 2008, 30 de octubre de 2008 (1034/2008), 30 de octubre de 2008 (1036/2008), 30 octubre 2008 (1037/2008), de 13 de noviembre de 2008, de 14 de noviembre de 2008, de 30 de junio de 2009, de 22 de octubre de 2009 y la STS (plenaria) de 18 de enero de 2010.

(22) «La llamada comúnmente cláusula o *cautela socini* es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta […] Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil en el apartado 3.º del artículo 820» (SSTS 27 mayo 2010 y 21 noviembre 2011).

adquiere *mortis causa* justo título de posesión que le habilita para poseer los bienes hereditarios y evitar que terceros frustren o imposibiliten su uso. Como precisa la Sentencia no se trata de un conflicto sobre el uso exclusivo y excluyente de la cosa común por un comunero con vulneración del artículo 394 del Código Civil, sino del derecho de la usufructuaria a usar los bienes usufructuados con limitación de la facultad de uso al nudo propietario (el hijo común) [23].

En defecto de la voluntad del testador y, caso de concurrir con descendientes –o con ascendientes–, el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de su legítima vidual (art. 834 CC) o, incluso, a través de la conmutación del usufructo, bien por decisión de los herederos (art. 839 CC), bien por su imposición en aquellos casos en los que concurre con descendientes del causante (art. 840 CC).

Como puede observarse de lo expuesto, en el derecho civil común no se regula ninguna norma específica de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge titular, debiendo ampararse el viudo en las normas sucesorias –bien por voluntad del causante o por disposición legal– para lograr continuar residiendo en la vivienda familiar, a diferencia de lo que acontece en los derechos civiles especiales, como podrá comprobarse más adelante.

2. BIBLIOGRAFÍA

Argelich Comelles, C., «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil,* vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150.

Amunátegui Rodríguez, C. de, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código civil», en *Estudios de derecho de sucesiones «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 143-164.

Botello Hermosa, P. I., *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021.

Cabezuelo Arenas, A. L., «Sentencia de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861)», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil. Familia y sucesiones*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 585-601.

Cámara Álvarez, M. de la, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 339-536.

Capelo de Sousa, R., «Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8, 2021, pp. 2199-2220.

(23) Esta doctrina se reitera por las SSAP de Madrid (Sección 11.ª) 17 noviembre 2014 y de Alicante (Sección 5.ª) 11 abril 2019.

Cervilla Garzón, M. D., «El derecho a usar la vivienda familiar del conviviente supérstite», en *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 315-336.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-442.

Da Silva Leiras, D. I., *Estatuto sucessório do cônjuge supérstite no direito espanhol e portugués*, Colex, Madrid, 2020.

Dias Costa, E., «A posição sucessória do cônjuge sobrevivo no direito português: a propósito da lei 48/2018, de 14 de agosto», *Direito em Dia: Direito Magazine*, 2019, pp. 1-14.

Díaz Alabart, S., «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* vol. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 853-938.

Díez Picazo, L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1801-1803.

Fernández Chacón, I., «La disposición de la vivienda familiar», en *La vivienda familiar*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2023, pp. 209-264.

Fernández Chacón I., y Gago Simarro, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.

Gago Simarro, C., «La atribución del uso temporal de la vivienda habitual al conviviente supérstite en Andalucía: artículo 13 de La Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho», *Revista de Derecho Civil*, pp. 397-400.

Gallardo Rodríguez, A., «Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *La Ley*, 2020, pp. 1-39.

Gallego Domínguez, I., «La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 547-558.

García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018.

García Urbano, J. M., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993.

Garrido de Palma, V. M.; Martínez Fernández, T. A.; Sánchez González, J. C., y Velez Bueno, J., *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Reus, Madrid, 1985.

Gomá Lanzón, I., «Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria del usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 711-722.

Martín Meléndez, M. T., «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta *de lege ferenda*», *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 2019, pp. 1059-1132.

Mingorance Gosálvez, M. C., «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2545-22546.

— «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 19, 2023, pp. 600-629.

Miralles Bellmunt, M., *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el Dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2016.

Noguera Nebot, T., «El legado del derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471-488.

Quicios Molina, M. S., «Comentario a la Sentencia de 30 mayo 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 139-158.

Ragel Sánchez, L. F., «Comentario a los artículos 819 a 830 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6021-6173.

— «La sociedad de gananciales. La disolución de la comunidad de gananciales», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1241-1498.

— *El régimen de gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.

Rams Albesa, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza I», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568, 1985, pp. 727-835.

— «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza II», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 1985, pp. 927-1070.

Rebolledo Varela, A. L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9942.

Villagrasa Alcaide, C., *El derecho de predetracción: bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*, Atelier, Barcelona, 2019.

B. Subrogación «mortis causa» en la vivienda arrendada

Clara Gago Simarrov[*]
Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,
Universidad de Oviedo

Resumen: *El artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos contempla una norma específica de protección de la vivienda familiar por fallecimiento del arrendatario admitiendo ex professo la modificación de la relación contractual preexistente. A tal efecto resulta necesario analizar los presupuestos, requisitos objetivos y subjetivos, así como los efectos derivados del ejercicio de dicho derecho.*

Palabras clave: *Arrendamiento, fallecimiento, subrogación, parientes.*

Abstract: *Article 16 of the Urban Leases Law contemplates a specific rule for the protection of the family home in the event of the death of the tenant, admitting ex professo the modification of the pre-existing contractual relationship. For this purpose, it is necessary to analyze the assumptions,*

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Cuena Casas, M. (PID 2021-124953NB-100).

objective and subjective requirements, as well as the effects derived from the exercise of such right.

Keywords: *Lease, death, subrogation, relatives.*

Sumario: 1. Subrogación *mortis causa* de la vivienda arrendada. 1.1 Presupuestos para el ejercicio del derecho de subrogación. 1.2 Extinción del arrendamiento por fallecimiento del arrendatario. 2 Bibliografía.

1. SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA ARRENDADA

La vivienda familiar arrendada goza de un especial estatus jurídico recogido en los artículos 12, 15 y 16 de la Ley de arrendamientos urbanos. En concreto, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge arrendatario, el artículo 16 atribuye al cónyuge viudo un derecho subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

Como derecho de subrogación, el cónyuge viudo se coloca en la posición que le correspondía al arrendatario, continuando la relación arrendaticia en los mismos términos preexistentes –sin que se celebre un nuevo contrato, salvo voluntad de las partes interesadas–. En efecto, la subrogación *mortis causa* determina la existencia de una novación subjetiva de la persona del arrendatario –una modificación *ex professo* de la relación contractual preexistente–[(1)].

Se trata de una norma específica en materia arrendaticia que no tiene reflejo en los casos en los que la vivienda de la familia es propiedad del cónyuge fallecido, al carecer el viudo de una norma que proteja su continuidad en el uso del inmueble, similar al régimen derivado de los artículos 1320 y 96 del Código Civil en los supuestos de normalidad o crisis matrimonial.

No obstante, este derecho de subrogación no constituye un derecho especial que surge por razón del matrimonio, al extenderse a otros parientes del arrendatario fallecido como son sus descendientes, ascendientes o colaterales hasta el tercer grado convivientes e, incluso, al conviviente supérstite.

(1) Conviene precisar que lo preceptuado en el artículo 16 de la LAU solo se aplicará a los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 1 de enero de 1995.

1.1 **Presupuestos para el ejercicio del derecho de subrogación**

De acuerdo con el artículo 16 LAU, podrán beneficiarse del derecho de subrogación *mortis causa*, en primer lugar, el cónyuge viudo que al tiempo del fallecimiento conviviera con él o persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario en análoga relación de afectividad a la de cónyuge de forma permanente durante al menos los últimos dos años, salvo que tuviesen descendencia común, en cuyo caso no resultará necesario probar el plazo de convivencia(2). Como puede observarse, el único requisito en caso de vínculo matrimonial es la existencia de convivencia efectiva al tiempo del fallecimiento del arrendatario, exceptuándose el derecho de subrogación en los casos de separación legal o de hecho o –al cesar la convivencia matrimonial efectiva–(3). A diferencia de los supuestos de pareja de hecho en los que se exige acreditar un mínimo de convivencia previa de dos años o descendencia común.

Asimismo, podrán subrogarse en el contrato de arrendamiento los descendientes sujetos a la patria potestad o tutela del arrendatario o los descendientes mayores de edad que hubiesen convivido con el arrendatario durante al menos los dos últimos años; los ascendientes o hermanos del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento; así como cualquier pariente hasta el tercer grado colateral con una minusvalía igual o superior al 65 por ciento que hubiesen convivido con el arrendatario fallecido durante al menos los dos últimos años(4). En defecto de alguno de los parientes referenciados, el contrato de arrendamiento se extinguirá por fallecimiento del arrendatario (art. 16.1. *in fine* de la LAU).

---

(2) La equiparación del conviviente supérstite con el cónyuge viudo en materia de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento se recogió por primera vez en la LAU de 1994. Si bien, con anterioridad y de acuerdo con el tradicional artículo 58 de la LAU de 1964 se pronunció el Tribunal Constitucional declarándolo inconstitucional al excluir del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. *Cfr.* SSTC 11 diciembre 1992 y 8 de febrero de 1993. Ahora bien, «es legítimo que el legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, sin incurrir por ello en discriminación constitucionalmente inaceptable. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible –e incluso deseable– no implica que la opción contraria, en la actualidad vigente y que aquí se cuestiona, no lo sea» (*Cfr.* STC 15 noviembre 1990 en relación con la pensión de viudedad).

(3) En este mismo sentido, *Cfr.* Álvarez Álvarez, H., *RCDI,* núm. 696, 2006, pp. 1338-1340, González Porras, J. M., 1996, pp. 475-476 y Guilarte Gutiérrez, V., 1994, p. 187. En opinión de Pérez Ureña podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal (Pérez Ureña, A. A., 1999, pp. 188-189).

(4) «A los efectos prevenidos en esta ley, la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados, de acuerdo con la normativa vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes» (disposición adicional novena de la LAU).

Como es posible que concurran varios de los parientes con derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido, se hace necesario estipular un orden de prelación, legal o convencional. A este respecto, el legislador ha previsto un orden de prelación que se aplicará siempre y cuando no exista un acuerdo *unánime* entre los parientes interesados. Pese a que el artículo 16 LAU especifica que el acuerdo para sortear el orden legal de prelación requiere unanimidad de todos los parientes con derecho a la subrogación, ello no resulta lógico, pues al tratarse de un orden jerárquico, el acuerdo entre el pariente preferido y el inmediatamente después –o todos los que son preferidos–debería resultar suficiente para dejar sin efecto el orden legal de prelación (por ejemplo, el cónyuge a favor del único hijo del arrendatario que no tiene progenitores vivos). Ahora bien, no será posible que el cónyuge viudo acuerde con un hermano del arrendatario que será éste el preferido en la subrogación del contrato concurriendo también descendientes o ascendientes –que tienen preferencia sobre el hermano–. En consecuencia, el acuerdo que desvirtúe el llamamiento legal jerárquico requerirá del consentimiento de todos aquellos que estarían preferidos en la subrogación sobre el beneficiado por el acuerdo.

En defecto de acuerdo, serán preferidos el cónyuge viudo o el conviviente supérstite frente al resto de parientes del arrendatario[5]. Si el arrendatario fallece soltero o viudo, tendrán preferencia en el llamamiento sus progenitores septuagenarios; en su defecto y, en orden jerárquico, los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vínculo y los hermanos de vínculo sencillo. En caso de que concurran varios parientes de tales líneas de grado más próximo se establecen tres criterios específicos de prelación: son preferidos los parientes que tengan acreditada una minusvalía igual o superior al 65 por ciento; en segundo lugar, aquellos que soporten mayores cargas familiares y, finalmente, los descendientes

(5) La equiparación entre el cónyuge viudo y el conviviente supérstite a efectos de la subrogación en el contrato de arrendamiento viene dada por la STC 11 diciembre 1992 que declaró inconstitucional el artículo 58 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no contemplar al conviviente supérstite: «… En los términos en que la cuestión se ha promovido, el artículo 58.1 de la LAU se estima inconstitucional en aquella parte del mismo en que se atribuye al cónyuge del arrendatario fallecido –no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho– la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento […] La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra –tal como ya se ha adelantado– una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no solo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental». Ahora bien, pese a que es legítimo que el legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, dicha equiparación no debe entenderse como imposición constitucional, pudiendo una futura reforma de la LAU optar por la opción contraria y limitar el derecho de subrogación exclusivamente al cónyuge viudo. *Cfr.*, en este sentido, el voto particular del Magistrado Excmo. D. Rodríguez Bereijo formulado a la STC 11 diciembre 1992.

de menor edad o los ascendientes de mayor edad[6]. Por último, para el caso de que no sobrevivan ninguno de los anteriores familiares, podrán ejercitar el derecho de subrogación *mortis causa* los parientes del arrendatario hasta el tercer grado colateral con minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Junto al presupuesto analizado, se requiere además que las partes contratantes no hubiesen excluido en el contrato de arrendamiento o en un acuerdo posterior el derecho de subrogación *mortis causa*, pues en tal caso, pese a concurrir alguno de los parientes reseñados, no podrán éstos disfrutar del derecho de subrogación. Ahora bien, la libertad de pacto de exclusión no es ilimitada o absoluta, admitiéndose únicamente en contratos cuya duración inicial sea superior a cinco o siete años –sea el arrendador persona física o jurídica respectivamente–, el fallecimiento del arrendatario se hubiese producido transcurridos los primeros cinco o siete años o habiéndose producido el fallecimiento con anterioridad se cumplan dichos plazos de duración del contrato y no concurra ninguna persona en situación de especial vulnerabilidad, especialmente menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de sesenta y cinco años[7].

Además, la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento a favor de alguno de los parientes del arrendatario en los casos en los que no existe pacto de exclusión no se produce automáticamente por el fallecimiento del arrendatario, al exigirse el cumplimiento de un importante requisito formal: la notificación al arrendador de la voluntad de subrogación dentro del plazo legal estipulado[8]. En efecto, el artículo 16.3 LAU exige la

---

(6) Pese al intento del legislador de fijar todos los criterios para la determinación del orden de prelación en el derecho de subrogación *mortis causa*, Carrasco Perera, pone de manifiesto «que queda, con todo, una laguna: cómo se resuelve la prelación en el caso de dos sobrinos con minusvalía y sin cargas familiares ninguno de ellos, o el caso de dos tíos o el de un sobrino y un tío; el artículo 16.2 *in fine* se refiere al menor de los hijos o menor de los hermanos, pero no al menor de los sobrinos o al menor entre varios parientes colaterales de tercer grado. Se supone que procederá la analogía, y habrá que favorecer al de menor edad» (Carrasco Perera, A., 2020).

(7) La reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio recogía el pacto de exclusión más flexible al disponer el artículo 16.4 LAU que «en arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los tres años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad».

(8) Este requisito debe cumplirse por el cónyuge viudo incluso en los casos en los que el matrimonio está casado en régimen de sociedad de gananciales, pues el Tribunal Supremo ha rechazado el carácter ganancial del arredramiento celebrado por un cónyuge constante la sociedad de gananciales. Pese a la doctrina jurisprudencial, para un importante sector de la doctrina todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar, suscrito constante matrimonio, es un arriendo consorcial si estamos en sede de régimen económico de la sociedad de gananciales o régimen similar de los existentes en los derechos civiles autonómicos, salvo pacto en contrario consentido por el otro cónyuge. Esta calificación se justifica de acuerdo con el principio de subrogación real *ex* artículo 1347.3 del Código Civil, conforme al cual tendrán carácter ganancial los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a

«notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse». Conforme con ello, son tres los requisitos que *a priori* deben concurrir para el cumplimiento del requisito de notificación: por un lado, debe avisarse por escrito al arrendador la voluntad de subrogación; asimismo, en dicha notificación debe especificarse la fecha de fallecimiento del arrendatario, aportando el certificado de defunción y la identidad del solicitante con expresión del grado de parentesco o vínculo afectivo; y, por último, dicha notificación debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la muerte del arrendatario.

Pese a la formalidad de la notificación *por escrito* requerida legalmente, la Sentencia plenaria del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 ha optado por una flexibilización, al entender que no podrá adoptarse la resolución del contrato en aquellos casos en los que el arrendador conocía el fallecimiento del arrendatario y la voluntad de subrogación de su cónyuge, aunque éste no hubiese realizado la notificación por escrito en el plazo de los tres meses computados desde la muerte[9]. La exigencia de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 16 LAU «resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC)[10]. Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del

---

costa del caudal común. Según este sector de la doctrina, el carácter ganancial del contrato de arrendamiento constituido por un cónyuge queda confirmado también por la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC al no quedar expresamente contemplado entre los bienes privativos (*Cfr.* artículo 1346 CC). *Cfr.*, de la Cámara Álvarez, M., *ADC*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 423-424, Guilarte Gutiérrez, V., 2014, p. 303 y 2016, p. 65 y Ragel Sánchez, L. F., *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, p. 431.

(9) La Sentencia analizada revoca la doctrina jurisprudencial tradicional que era extremadamente exigente en el cumplimiento de los requisitos formales de notificación. Como paradigma de esta doctrina, la STS 30 mayo 2012 declara que «en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU 1994», lo que significa que «una válida subrogación exige la comunicación formal, en el plazo de 3 meses desde el fallecimiento del arrendatario, del hecho mismo de su muerte y de la persona que desea subrogarse». Como señala Carrasco Perera «esta conclusión, impide que pueda considerarse que el conocimiento del fallecimiento del arrendador y que la vivienda está siendo ocupada por un familiar con derecho a ejercer la subrogación, pueda ser considerado como un consentimiento tácito a la continuación del contrato arrendaticio. Hasta aquí el argumentario de esta penosa sentencia. No solo es penosa porque mantiene un punto de vista históricamente superado y contrario a las exigencias de la buena fe ¡sino porque lo hace a propósito de un caso que nada tiene que ver con el artículo 16 ni con la disposición transitoria 2 LAU, ya que la señora estaba separada del arrendatario antes de la entrada en vigor de la Ley de 1994 y con toda seguridad era ya titular del arrendamiento cuya subrogación se discute, por haberle sido atribuido su uso antes del fallecimiento del inquilino histórico!» (Carrasco Perera, A., 2020, p. 592).

(10) *Cfr.* Fuentes-Lojo Rius, A., *AC*, núm. 9, 2018; Cobacho Gómez, J. A., 2018, pp. 35-44 y Vela Torres, P. J., *La Ley*, núm. 9303, 2018.

contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello», en este caso, su cónyuge (11). De conformidad con dicha interpretación, la referida Sentencia confirma la subrogación *mortis causa* del cónyuge viudo al haber quedado acreditado que la arrendadora tuvo pleno conocimiento de la voluntad subrogatoria, ya que tras el fallecimiento de la arrendataria estuvo negociando con el viudo el importe de la renta que debía abonar para continuar con el arrendamiento (12).

En la actualidad, por lo tanto, podría entenderse que el pago de las rentas los meses siguientes al fallecimiento del arrendatario por cualquiera de los parientes convivientes con derecho a la subrogación debería ser suficiente para entender cumplido el requisito de notificación *por escrito* de la voluntad de subrogación al arrendador, pudiendo continuar en la vivienda hasta la extinción del contrato –o de sus prórrogas– (13). No en balde, el arrendador no puede rechazar la subrogación aduciendo un desconocimiento al cambiar el titular responsable del pago de las rentas.

1.2 **Extinción del arrendamiento por fallecimiento del arrendatario**

La falta de concurrencia de alguno de los presupuestos anteriormente analizados o la ausencia de cualquier pariente con derecho a la subrogación determina que «el arrendamiento quedará extinguido» (art. 16.1 *in fine*

(11) La flexibilización de los requisitos formales había sido puesta de manifiesto con anterioridad en la jurisprudencia menor. *Cfr.* SSAP de Cantabria (Sección 3.ª) 2 febrero 2000 (AC 2000, 220), de Barcelona (Sección 4.ª) 14 enero 2005, de Burgos (Sección 2.ª) 11 enero 2001, de Albacete (Sección 2.ª) 15 febrero 2001 y de Asturias (Sección 5.ª) 17 octubre 2005.

En este sentido, Karrera Egialde y Alonso Camina defendían que «aunque el artículo 16.3 LAU exige la forma escrita como medio de comunicación de la subrogación, al igual que ocurre con otros supuestos de requisitos formales, tal forma no es presupuesto de validez del acto (forma *ad solemnitatem*). De este modo, el legislador ha pretendido asegurar un medio de prueba (forma *ad probationem*) que evite discusiones, pero si se acredita que se ha producido la notificación en otra forma, no existe inconveniente en dar eficacia a la misma» (Karrera Egialde, M. M., y Alonso Camina, G., *CCJC,* BIB 2010\33, 2010, p. 7).

(12) La Sentencia de 27 de septiembre de 2021 reitera la doctrina anteriormente expuesta en un asunto en el que la cónyuge viuda no había notificado por escrito su voluntad de subrogarse, pero la arrendadora tenía conocimiento «del fallecimiento del arrendatario y que la vivienda seguía ocupada por su viuda, con derecho a subrogarse en el contrato (en especial, dado el cambio de la cuenta en la que se domicilia el pago de la renta, junto a otros datos)».

(13) Resulta llamativo que no se haya modificado el artículo 16 LAU para eliminar o flexibilizar el requisito de notificación por escrito, teniendo en cuenta que la LAU ha sido reformada en varias ocasiones con posterioridad a la Sentencia plenaria. En concreto el artículo 16 LAU ha sido modificado por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 marzo 2019).

LAU) y, en consecuencia, el arrendador en cualquier momento podrá instar el desalojo de los poseedores del inmueble sin justo título de posesión[14].

Con base en ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2009 confirma la sentencia de primera instancia que había declarado resuelto el contrato de arrendamiento y condenado a la viuda a «dejar libre, vacua, expedita y a disposición de la arrendadora la vivienda arrendada con apercibimiento que de no hacerlo se procederá a su lanzamiento»[15]. Resulta especialmente interesante la referida Sentencia, pues confirma, asimismo, que las normas del régimen económico matrimonial no alteran las normas arrendaticias y que la titularidad arrendaticia corresponde al cónyuge que es titular del contrato. Ello significa que el arrendamiento no tiene carácter ganancial y, por lo tanto, la titularidad del derecho arrendaticio corresponde única y exclusivamente al suscriptor del contrato, con independencia de su régimen económico matrimonial. En aquellos casos en los que ambos cónyuges intervinieron el contrato de arrendamiento al existir un coarrendamiento no será necesario ejercer el derecho de subrogación m*ortis causa* por fallecimiento de uno de los arrendatarios al subsistir el contrato con el viudo[16].

Una cuestión problemática en este sentido es que procedimiento debe instar el arrendador para conseguir el desalojo de los poseedores del inmueble tras el fallecimiento del familiar arrendatario; si se requiere en todo caso la resolución del contrato de arrendamiento o cabe instar directamente un procedimiento de desahucio por precario. La posibilidad de incoar este último procedimiento es confirmada por las Sentencias de la Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 1.ª) 592/2022, de 10 de junio y de Madrid (Sección 14.ª) 90/2022, de 2 de marzo. En cambio, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) en su Sentencia 296/2022, de 16 de junio sostiene que «la acción a ejercitar debe ser la de precario en el supuesto en el que aquel frente a quien se interponga

(14) *Cfr.* Carrasco Perera, A., 2020, p. 593 y Pasquau Liaño, M., 2007, p. 392.

(15) Esta solución fue acogida con anterioridad por las SSAP de Toledo (Sección 1.ª) 17 julio 1997, de Asturias 22 septiembre 1999, de Santander (Sección 2.ª) 13 noviembre 1998, de Asturias (Sección 6.ª) 17 febrero 2003. Estas Sentencias consideran que existe una legislación especial que goza de especificidad frente a la normativa general reguladora del régimen económico matrimonial en el Código civil, lo que se deduce de la propia voluntad del legislador expresada en la ley al contemplar específicamente el supuesto de subrogación del cónyuge del arrendatario y no el reconocimiento de la cotitularidad en el contrato de los cónyuges, llegando incluso a afirmar que de no considerarse así *serían letra muerta por inaplicables» las disposiciones sobre subrogación por causa de muerte establecidas en la LAU.* Con posterioridad a la STS 3 abril 2009, *Cfr.* SSTS 10 marzo 2010, 10 junio 2010, 9 julio 2010, 22 noviembre 2010, 24 marzo 2011, 22 abril 2013, 23 octubre 2013.

(16) *Cfr.* Argelich Comelles, C., *RDC,* vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150 y Ragel Sánchez, L. F., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, pp. 427-442.

carezca de vínculo alguno con el arrendatario que pudiere potencialmente incardinarse en el art 16 LAU […] Por el contrario, en el supuesto en que en la vivienda hubiere alguna persona que pudiere potencialmente tener derecho a la subrogación por poder ser alguna de las que aparecen mencionadas en el art 16 LAU, se estima que lo más idóneo es acudir al ejercicio de la acción de resolución del contrato de arrendamiento al amparo del art 16 LAU, ya que de esta forma se considera se garantizan más los derechos de tales personas con potenciales derechos a la subrogación al ser el procedimiento a seguir no un juicio verbal (que es el aplicable al precario conforme al art 250.1.2.º LEC, sino un juicio ordinario (art. 249.1.6.º LEC), máxime teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial y la interpretación flexible» del requisito de notificación.

No obstante el pronunciamiento anterior, el artículo 16 de la LAU dispone expresamente que «el arrendamiento quedará extinguido», sin necesidad de instar previamente una declaración de resolución del contrato y, por lo tanto, debería admitirse el desahucio por precario: al extinguirse *ipso iure* el arrendamiento, el inquilino posee sin justo título de posesión –posee en precario–, salvo que exista controversia en cuanto al cumplimiento de los requisitos de subrogación; por ejemplo, por cuestionarse si existió o no previa notificación de la voluntad de subrogación[17]. Eso sí en los casos en los que sobrevivan parientes con derecho a subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento, el arrendador deberá esperar el plazo legal de tres meses sin notificación para poder instar el desahucio por precario.

Asimismo, transcurridos los tres meses computados desde el fallecimiento del arrendatario sin que ninguno de los parientes con derecho a la subrogación hubiesen notificado o manifestado su voluntad de subrogarse en el contrato de arrendamiento, el arrendador podrá reclamar las rentas devengadas durante dicho plazo a cualquiera de los parientes que hubieran podido suceder al arrendatario, salvo que durante el mes siguiente al fallecimiento hubiesen renunciado expresamente a su facultad de subrogación. En efecto, el artículo 16.3 de la LAU prevé que todos aquellos quedarán solidariamente obligados al pago de las rentas.

A la luz de todo lo expuesto, la subrogación *mortis causa* aunque no se configura expresamente como una norma protectora de la vivienda familiar *post mortem*, cumple dicha función indirectamente, pues el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar tras el fallecimiento del arrendatario subrogándose en su posición. No en balde el cónyuge viudo es preferido frente a cualquier otro pariente del arrendatario, de acuerdo con el orden legal de prelación *ex* artículo 16 de la LAU.

(17) *Cfr.* SAP de Barcelona (Sección 4.ª) 659/2019 de 26 junio.

2. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H., «La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 696, 2006, pp. 1331-1360.

Argelich Comelles, C., «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil,* vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150.

Carrasco Perera, A., «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 569-594.

Cobacho Gómez, J. A., «El requisito de la notificación por escrito al arrendador del fallecimiento del arrendatario para que se produzca la subrogación de su cónyuge en los contratos de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil,* vol. 10, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 35-44.

Fuentes-Lojo Rius, A., «Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2018, pp. 1-6.

Gomá Lanzón, I., «Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria del usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 711-722.

González Porras, J. M., «Comentario al artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos: muerte del arrendatario», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: (Ley 29/1994, de 24 de noviembre),* Tecnos, Madrid, 1996, pp. 438-503.

Guilarte Gutiérrez, V., «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», en *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 2014 (otras ediciones).

— «Inaplicación de las normas sobre titularidad de los bienes gananciales a los inquilinatos: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 57-70.

Karrera Egialde, M. M., y Alonso Camina, G., «Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 2009. Arrendamientos Urbanos. Cotitularidad del contrato. Subrogación. Bienes gananciales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, pp. 263-286.

Pasquau Liaño, M., «Comentario al artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 379-392.

Pérez Ureña, A. A., *El arrendamiento de vivienda: subrogación «mortis causa»,* Comares, Granada, 1999.

Quicios Molina, M. S., «Comentario a la Sentencia de 30 mayo 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 139-158.

Ragel Sánchez, L. F., «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, pp. 427-442.

Vela Torres, P. J., «Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita», *Diario La Ley*, núm. 9303, 2018.

C. Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos

Clara Gago Simarro *
Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,
Universidad de Oviedo

Resumen: *La especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar no se extiende tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, (a salvo el derecho de predetracción); momento en el que según doctrina jurisprudencial la vivienda pierde el carácter familiar. A diferencia del derecho civil común, los legisladores autonómicos han previsto medidas de protección mortis causa a fin de asegurar que el cónyuge viudo pueda continuar temporal o indefinidamente residiendo en la vivienda de la familia titular del otro cónyuge tras su fallecimiento.*

Abstract: *The special protection that the legal system grants to the family dwelling does not extend after the death of one of the spouses (except for the right of predetraction), at which time, according to case law, the dwelling loses its family character. Unlike the common civil law, the autonomous*

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Matilde Cuena Casas (PID 2021-124953NB-100).

legislators have foreseen measures of protection mortis causa to assure that the widowed spouse can continue temporarily or indefinitely residing in the dwelling of the family owned by the other spouse after his/her death.

Palabras clave: *Vivienda familiar, fallecimiento, cónyuge viudo, derechos mortis causa.*

Keywords: *family dwelling, death, widowed spouse, mortis causa rights.*

Sumario: 1. Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos. 1.1 Año de viudedad en el Derecho civil de Cataluña. 1.2 Derecho real de habitación en el Derecho civil del País Vasco. 1.3 Legítima del cónyuge viudo y derecho de atribución preferente en el Derecho civil de Galicia. 1.4 Usufructo universal en los Derechos civiles de Aragón y Navarra. 1.5 Usufructo universal capitular en el Derecho civil de las Islas de Formentera e Ibiza. 2. Bibliografía.

1. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

La falta de una norma específica en el derecho civil común de protección de la vivienda familiar en caso de fallecimiento del cónyuge titular difiere de lo acaecido en los derechos civiles autonómicos que prevén distintos mecanismos con la finalidad de salvaguardar los intereses del cónyuge viudo –no propietario–. Esta protección sobre la vivienda familiar se articula especialmente a través de dos mecanismos diferenciados: por un lado, a través de un derecho familiar y temporal que permite al cónyuge adaptarse a su nueva situación de viudedad y, por otro, a través de un derecho real limitado de goce que faculta al cónyuge viudo a continuar en la vivienda mientras subsista la *familia*.

1.1 **Año de viudedad en el Derecho civil de Cataluña**

La protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario se articula en el derecho civil catalán a través del denominado año de viudedad (*any de viduïtat*) que permite al viudo no propietario continuar en la vivienda familiar durante el plazo de un año computado

desde el fallecimiento de su cónyuge [1]. Esta prerrogativa se regula expresamente en el artículo 231-31 del Código Civil, a cuyo tenor «durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal».

El fundamento legal del año de viudedad se encuentra en la comunidad de vida, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2018, a cuyo tenor el fundamento legal «reside en la comunidad de vida instaurada con el matrimonio, de carácter legal, intransmisible y temporal» [2]. Se configura como un derecho al servicio del cónyuge viudo para poder disponer de un tiempo razonable a los efectos de poder organizar su vida tras el trágico acontecimiento y no tener que desalojar inmediatamente el inmueble donde reside [3]. Con base en dicho fundamento, el año de viudedad se concede a cualquier cónyuge sin necesidad de que exista o pueda probar una situa-

(1) La vivienda familiar debe ser propiedad del cónyuge fallecido, pues «si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario» [STSJ de Aragón de 7 de abril de 2015]. Esta conclusión resulta conforme con la doctrina jurisprudencial relativa a la colisión del derecho de uso de la vivienda familiar *ex* artículo 96 CC y la propiedad de la vivienda por un tercero (STS plenaria 18 enero 2010 y STS 14 marzo 2013).

(2) A este respecto, la SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 20 de diciembre de 2005 declara que «el any de plor otorga el derecho al cónyuge de vivir en la vivienda conyugal, y de proveerse de las cosas necesarias para la vida durante el primer año de viudedad con cargo a la herencia. […] a fin de que durante el año siguiente al fallecimiento el cónyuge viudo goce del *status* económico igual al que venía manteniendo durante la vida conyugal, disfrutando del domicilio conyugal y de los alimentos necesarios para la subsistencia» (*cfr.*, asimismo STSJ de Cataluña de 8 de junio de 1993).

En este mismo sentido, Gete-Alonso Calera al analizar las novedades del año de viudedad en el Código Civil catalán que se reconoce también al viudo, así como al conviviente supérstite de una pareja de hecho, concluye que el fundamento de dicho derecho es «sin duda la situación de comunidad de vida instaurada a partir del matrimonio (negocio formal) o de la pareja estable institucionalizada» (Gete-Alonso Calera, M. C., 2014, p. 513). Este parece ser el fundamento señalado por Puig Blanes, F. P.; Sospedra Navas, F. J.; López Pulido, J. P.; Holgado Esteban, J., y Panisello Martínez, J., al declarar que «con este beneficio se trata de logar que durante el año siguiente al fallecimiento, el cónyuge viudo goce del estatus económico igual al que venía manteniendo durante la vida conyugal», (Puig Blanes, F. P.; Sospedra Navas, F. J.; López Pulido, J. P.; Holgado Esteban, J., y Panisello Martínez, J., 2020, p. 333). Por su parte, Cortada Cortijo considera que «constituyendo un derecho no excesivamente gravoso para los herederos y, teniendo en cuenta su duración tan limitada, parece acertada la opción del legislador por su pervivencia, atendiendo al beneficio personal, emocional, social (y también, evidentemente, patrimonial) que reporta al viudo o la viuda» (Cortada Cortijo, N., 2018, p. 54).

(3) *Cfr.* Zahino Ruiz, M. L., Madrid, 2010, p. 430. Del tenor literal del referido precepto se deriva el derecho a continuar en la vivienda familiar propiedad exclusiva del otro cónyuge, por lo que parece exigirse como requisito que el cónyuge viudo residiese en dicho inmueble antes del fallecimiento de su cónyuge, pudiendo *continuar* durante el plazo de un año.

ción de necesidad, a diferencia de lo que acontece con el derecho *mortis causa* de alimentos (*cfr.* artículo 231-31 CCCat)[4].

La comunidad de vida como fundamento del año de viudedad justifica la exclusión del referido derecho en los casos en los que existía una separación de hecho o legal al tiempo de fallecimiento, así como la extinción prematura del derecho en los casos en los que el cónyuge viudo se casa o pasa a vivir maritalmente con otra persona tras la apertura de la sucesión, pero antes de cumplirse el año natural. En ambos supuestos se produce una ruptura de la comunidad de vida (anterior o posterior al fallecimiento) que trae como consecuencia la extinción del beneficio o derecho conferido[5].

Como notas características del año de viudedad puede destacarse su origen *ex lege*, su carácter temporal y su naturaleza familiar. Como derecho *ex lege* no requiere de una previsión a tal efecto por el causante en su testamento o pacto sucesorio ni puede ser excluido total o parcialmente por voluntad en contra: es un derecho legal que nace automáticamente por el fallecimiento del causante[6]. Como derecho temporal se extingue en todo caso cumplido el primer año computado desde el fallecimiento del causante (de fecha a fecha). Esto significa que solo puede disfrutarse durante el primer año y, por lo tanto, no se puede hacer valer ni pretender su satisfacción en un plazo posterior[7]: terminado el año natural desde la

(4) El artículo 231-31 CCCat, junto con el derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar durante el año siguiente al fallecimiento, establece el derecho del cónyuge viudo a ser alimentado con cargo al patrimonio del fallecido. Como señala Cortada Cortijo «bajo la expresión *año de viudedad* encuentran cobijo dos derechos distintos: por un lado, el derecho a *continuar* usando la vivienda familiar durante un año desde el fallecimiento del cónyuge premuerto; por otro, el derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio de dicho cónyuge, de acuerdo con el nivel de vida mantenido hasta su fallecimiento y con la importancia del patrimonio del mismo» (Cortada Cortijo, N., 2018, p. 51). Esta prerrogativa, según opinión de Zahino Ruiz, no es un derecho de alimentos, sino «una atribución legal consistente en un derecho de crédito de carácter personalísimo, cuyo nacimiento y adquisición se produce simultáneamente en el momento de la apertura de la sucesión» (Zahino Ruiz, M. L., 2011, p. 245).

Sobre el derecho del cónyuge viudo a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, Espiau Espiau declara que «admite una doble configuración, según cuál sea la posición que ocupen uno y otro en la sucesión del mismo. Si son sus herederos, durante el año de viudedad pueden retener los bienes de los que son titulares que sean precisos para sufragar sus necesidades y destinarlos a esta finalidad; mientras que, si no lo son, pueden reclamarlos de quienes lo sean, ostentando, pues un derecho de crédito frente a ellos», (Espiau Espiau, S., 2016, p. 848).

(5) La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por matrimonio o por la existencia de una convivencia marital con otra persona resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que estima la pérdida del carácter familiar de la vivienda por la convivencia marital con un tercero y, por ende, la extinción del derecho de uso *ex* artículo 96 CC (*Cfr.* STS plenaria de 20 noviembre 2018 ssTS 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020).

(6) *Cfr.* Gete-Alonso Calera, M. C., 2014, p. 511.

(7) Como argumenta la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2018 «*en el nostre cas, la indicació temporal de l'article 231-31.1 CCCat al ludeix a la durada d'un dret substantiu de caire familiar, i no a un poder o facultat de configuració jurídica. En conclusió, la temporalitat del dret sancionat a l' article 231-31 CCCat no es pot confondre amb el termini per al seu exercici,*

muerte del causante se extingue automáticamente con independencia de si el cónyuge viudo lo disfrutó o no[8].

El carácter familiar del derecho analizado se deduce de su concreta ubicación en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, dentro de las normas de régimen matrimonial primario y, por lo tanto con independencia de cuál haya sido el régimen económico del matrimonio. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2018 declara que «en la actualidad, el año de viudedad ya no es propiamente un correctivo del régimen de separación de bienes, como se deduce de su regulación dentro del llamado régimen económico matrimonial primario (capítulo I del título III del libro segundo), de modo que nace con independencia del régimen económico al que estaban sometidas las relaciones patrimoniales de los cónyuges». Asimismo, el propio artículo 231-31.1 *in fine* del Código Civil reconoce que el año de viudedad es un derecho independiente de todos los que pudieran corresponderle al cónyuge por la sucesión de su pareja. Ello significa que el año de viudedad no se computará en el haber hereditario del cónyuge viudo, sino al contrario, tendrá derecho a usar la vivienda familiar durante un año natural además de recibir lo que por herencia le corresponda[9].

Ahora bien, en aquellos casos en los que el cónyuge viudo sea instituido usufructuario universal o se le adjudique algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, el año de viudedad quedará vaciado de contenido[10]. No cabe duda de que si el cónyuge adquiere *mortis causa* la propiedad del inmueble –por ejemplo, a través de un legado de cosa específica y

---

que resta sotmès a les regles generals del capítol I del títol II del llibre primer del Codi». En efecto, Espiau Espiau estima que «no se trata de un plazo de prescripción o caducidad, sino de existencia y vigencia del propio derecho: por esta razón, transcurrido este plazo de tiempo sin que se haya ejercitado, ya no se puede hacer valer ni pretender su satisfacción» (Espiau Espiau, S., 2011, p. 22310).

(8) Por este motivo, la SJPI núm. 3 de Santa Coloma de Gramenet de 29 de septiembre de 2019 (JUR 2020, 353379) estima la acción de desahucio por precario ejercitada por las herederas de la causante frente a la pareja de hecho de su madre fallecida. Pese a que se confirmó la condición de pareja de hecho del poseedor de la vivienda (negado por las demandantes), el Juzgado concluyó que «dicho derecho ha vencido dado que habiendo fallecido D.ª Antonia en fecha 18 de enero de 2019, el año previsto en el artículo 231-31 ha finalizado con creces a la fecha de la presente sentencia, aunque no hubiera transcurrido a la fecha de interposición de la demanda. Por ello, debe estimarse la demanda presentada por la parte actora».

(9) Como señala Miralles Bellmunt la razón de su exclusión es que el año de viudedad es un derecho de naturaleza familiar y no sucesorio y, por lo tanto, la cuantía del derecho no se incluirá en el haber hereditario, sino que se deducirá del activo de la herencia (Miralles Bellmunt, M., 2016, pp. 576-577).

(10) El usufructo universal puede concederse al cónyuge viudo en la sucesión testamentaria o contractual por voluntad del causante o derivar legalmente. Debe recordarse que el cónyuge viudo será usufructuario universal en la sucesión intestada cuando concurre con hijos o descendientes del causante: «el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza» (art. 442-3 CCCat), sin perjuicio de la posibilidad de conmutación *ex* artículo 442-5 CCCat.

determinada–, la facultad de uso absorbe el año de viudedad. Lo mismo sucederá en los casos en los que el viudo sea instituido usufructuario universal, pues al reconocerse a dicho usufructo carácter vitalicio, la facultad de uso de la vivienda familiar se extenderá más allá del año natural (*cfr.* artículo 561-16 CCCat) [11].

Ante el reconocimiento y disfrute del año de viudedad por el cónyuge viudo se plantea quién debe asumir los gastos derivados del inmueble: el propio cónyuge que es quien reside y disfruta de la vivienda temporalmente o el patrimonio hereditario o los herederos o el heredero adjudicatario del inmueble. A falta de una previsión legal y en defecto de acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos del causante, la solución podrá venir dada por el origen de los gastos, viendo si se trata de gastos derivados de la posesión o gastos derivados de la propiedad: de tal modo que todos los gastos que deriven del uso del inmueble deberán ser sufragados por el cónyuge viudo usuario (gastos de suministro de electricidad, agua, basura,…), mientras que los gastos que deriven del título de propiedad deberán ser satisfechos por los herederos del causante (como pudieran ser gastos de reparación o mantenimiento, impuestos como el IBI, los gastos de comunidad, el seguro del hogar,…) [12]. Esta conclusión resulta conforme con la solución adoptada por el Tribunal Supremo en relación con los gastos de la vivienda familiar en los casos de atribución del uso del inmueble al cónyuge custodio o cuyos intereses fueran los más necesitados de protección (art. 96 CC) [13].

Un derecho de naturaleza similar al año de viudedad se regula en el derecho civil aragonés a favor del conviviente supérstite de una pareja de hecho, reconociendo expresamente su carácter gratuito al disponer el artículo 311.2 del Código de Derecho Foral de Aragón que «el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un

(11) *Cfr.* Zahino Ruiz, M. L., 2010, pp. 430-431.

(12) En opinión de Gete-Alonso Claera «si durante la convivencia fue el cónyuge fallecido quien se hizo cargo de los gastos de mantenimiento y conservación de la vivienda, el uso será gratuito, pues dichos gastos deberán sufragarse con cargo al patrimonio del premuerto. En cambio sí era el supérstite quien asumía dicho pago nada podrá reclamar por ellos» (Gete-Alonso Calera, M. C., 2014, p. 526).

(13) En relación con la contribución a los gastos de comunidad, la STS 27 junio 2018 considera que «constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no solo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento– se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condómino […] Salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial».

año»[14]. El artículo citado regula los derechos del conviviente por fallecimiento de su pareja, entre los que se encuentra el derecho de ocupación de la vivienda familiar durante el plazo de un año[15]. Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de abril de 2015 lo que se pretende con la norma «como claramente se desprende de la dicción legal […] es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido». La legislación aragonesa ha optado por una posición intermedia en relación con los derechos civiles de las parejas de hecho al reconocer cierta protección pero de menor calado que la conferida al matrimonio[16]: es por ello por lo que no amplía la viudedad aragonesa a favor del conviviente sobreviviente ni le concede derechos sucesorios (intestados ni forzosos)[17], pero le reconoce el derecho de ocupación gratuita de la vivienda familiar durante un año (junto con el derecho al ajuar de la vivienda familiar)[18].

---

(14) Como expone el preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas «la consideración de pareja estable no casada requiere que los convivientes sean mayores de edad, tengan una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 303), no medie entre ellos ninguno de los impedimentos previstos en el artículo 306, y hayan convivido *more uxorio* durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o, alternativamente, hayan manifestado su voluntad de constituirla mediante escritura pública (art. 305.1)».

(15) Aunque el artículo 311 CDFA no especifica expresamente que el derecho de ocupación comienza a computarse desde la fecha de fallecimiento del miembro de la pareja de hecho propietario de la vivienda familiar, la SAP de Zaragoza (Sección 2.ª) 30 marzo 2005 declara que «no puede tener otra interpretación que la que de su contenido literal se deduce, es decir, que el año gratuito de residencia en la vivienda habitual se contará desde el fallecimiento del conviviente».

(16) Como pone de manifiesto el TSJ de Aragón en la sentencia analizada «el precepto ahora en cuestión proviene del artículo 9 de la derogada Ley de parejas estables no casadas, llamado a regular los derechos del supérstite en caso de que tal forma convivencia se extinga por fallecimiento de uno de sus miembros. La proposición de ley que inició la tramitación parlamentaria de aquella ley no incluía referencia alguna al derecho de ocupación que se invoca […] Su inclusión tuvo lugar en trámite parlamentario, en el curso del que algún grupo manifestó su disgusto porque no se contemplaran derechos sucesorios del conviviente supérstite, que fue puesto de manifestó en la discusión de la enmienda núm. 32 presentada por el PAR al artículo 8, que se ocupaba de los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja, y condujo a una redacción transaccional que incorporaba un artículo 8. ter con el texto que en su día tuvo el artículo 9 de la Ley de parejas estables no casadas y hoy el artículo 311 CDFA, que, bajo la rúbrica que se debe al informe de la ponencia, incorporó la regulación de las consecuencias de la extinción de la unión extramatrimonial por causa de fallecimiento que la proposición de ley no contemplaba».

(17) El CDFA no equipara al conviviente supérstite con el cónyuge viudo, aunque establece una regulación específica y protectora de las parejas de hecho. En relación con la viudedad aragonesa, la propia Exposición de Motivos del CDFA pone de manifiesto que «el derecho de viudedad se adquiere con la celebración del matrimonio» (*Cfr.* artículo 271 CDFA), es decir, que deriva de la comunidad de vida matrimonial. La ausencia de previsión expresa de la viudedad aragonesa a favor del conviviente supérstite no ha de ser interpretada como un descuido del legislador, sino que fue plenamente consciente (*Cfr.* Barrio Gallardo, A., 2006, pp. 296-297).

(18) Curiosamente el año de *viudedad* a favor del conviviente supérstite de una pareja de hecho se recoge en el artículo 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía: «en el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan,

En resumen, el año de viudedad se configura como un derecho *ex lege* de naturaleza familiar y con eficacia *post mortem* no computable en el haber hereditario del cónyuge viudo que le permite continuar durante un año residiendo en el inmueble que constituía la vivienda familiar con la finalidad de poder reorganizar su vida. Durante el período del año, debería imputarse al cónyuge viudo todos los gastos derivados del uso de la vivienda. Transcurrido el año –de fecha a fecha– en caso de que el cónyuge no ostente ningún derecho que legitime su posesión, estará poseyendo en precario y, en consecuencia, los legítimos poseedores o propietarios podrán exigir su desalojo.

1.2 **Derecho real de habitación en el Derecho civil del País Vasco**

La protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario se satisface de manera más amplía en el Derecho Civil del País Vasco a través del reconocimiento de un derecho real de habitación *sine die* por ministerio de la ley. En efecto, el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco concede al cónyuge viudo no separado legal o de hecho «un derecho de habitación en la vivienda conyugal»[(19)], *además o como complemento* de su legítima[(20)]. La *ratio* de este derecho de habitación se encuentra en la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda

---

a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año». El legislador andaluz reconoce al sobreviviente de una pareja estable no casada un derecho con eficacia *mortis causa* del que no goza el cónyuge viudo. No obstante, la constitucionalidad del referido precepto resulta cuestionable al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia la para regular cuestiones de Derecho civil (ex artículo 149.1.8.º CE). No en balde, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en dos ocasiones declarando la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la normativa de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas de Madrid y de Valencia precisamente por falta de competencia. En concreto, la STC 110/2016, de 9 de junio de 2016 declaró inconstitucional el derecho de ocupación a favor del conviviente supérstite regulado en el artículo 12 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de parejas de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. En relación con la constitucionalidad de la norma andaluza, *Cfr.* Gallego Domínguez, I., 2005, p. 558, Cervilla Garzón, M. D., 2021, pp. 323-325 y Gago Simarro, C., *RDC*, 2020, pp. 397-400.

(19) El artículo 54 LDCPV puesto en conexión con el artículo 55 LDCPV determina que será beneficiario del derecho de habitación el cónyuge no separado judicial o de hecho si consta fehacientemente, salvo que expresamente el causante permita al cónyuge separado beneficiarse del derecho de habitación: «salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona».

(20) De acuerdo con el artículo 52 LDCPV, el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de la mitad (si concurre con descendientes) o de dos tercios (en caso contrario) de la herencia: «1. El cónyuge viudo […] tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes. 2. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes».

mantener «su estatus de vida familiar con una continuidad en el tiempo y en el espacio en el que ha venido realizando su vida habitual» (21).

El derecho de habitación *ex lege* se configura como una medida directa de protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario que permite al cónyuge viudo continuar en dicha vivienda. El derecho de habitación de la vivienda familiar es el mecanismo que más se asemeja a la regla especial de atribución del uso de la vivienda en casos de crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código Civil. No obstante, desde la perspectiva de los herederos del cónyuge viudo puede resultar una medida extremadamente perjudicial, pues verán limitadas sus facultades de uso y disfrute *a priori* hasta el fallecimiento del viudo.

Ahora bien, como este derecho se fundamenta en la comunidad de vida instaurada por el matrimonio queda supeditado a la existencia de *comunidad* o *familia* y, en consecuencia, quedará extinguido en los casos en los que el cónyuge viudo contraiga nuevo matrimonio, haga vida marital, constituya una pareja de hecho o tenga un hijo con un tercero (art. 54 LDCPV). Como puede observarse, aunque el derecho de habitación a favor del cónyuge viudo surge con vocación de permanencia –con carácter vitalicio–, podrá extinguirse anticipadamente si el habitacionista rompe con la *comunidad familiar* al comenzar una vida marital o familiar con un tercero.

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco parece que el único requisito legal para la concesión del derecho de habitación a favor del cónyuge viudo es que éste *se mantenga en estado de viudedad.* Si bien, al configurar la protección de la vivienda familiar *mortis causa* a través de un derecho real de habitación puede parecer que el cónyuge viudo solo podrá beneficiarse de tal derecho caso de probar una situación de necesidad de habitación como consecuencia del fallecimiento de su pareja. Pese a que dicho requisito no consta expresamente en el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, el derecho de habitación responde explícitamente a dicha necesidad de habitación del habitacionista o las de sus familiares (22). Por lo tanto, junto al requisito legal de mantener la situación de comunidad

(21) *Cfr.* Urrutia Badiola, A. M., *RCDI,* núm. 783, 2021, p. 229. En parecidos términos, Galicia Aizpurua señala que «parece intención del legislador configurar este último como una suerte de plus o añadido con respecto a aquel» (Galicia Aizpurua, G., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016., p. 3).

(22) En defecto de norma expresa en el derecho civil del País Vasco, cabe destacar el artículo 524 CC, a cuyo tenor «la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia». De acuerdo con la definición legal del derecho de habitación queda claro que dicho derecho real limitado se constituye para satisfacer las necesidades de habitación del habitacionista o su familia. Así, «las necesidades del habitacionista y su familia determinan la extensión de su derecho, esto es, el máximo de piezas que comprenderá en una vivienda ajena» (CLEMENTE MEORO, M. E., 2013, p. 4162).

familiar *post mortem*, debería exigirse la concurrencia de una situación de necesidad de habitación del viudo acaecida como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge [23].

La exclusión del derecho de habitación *ex* artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco en los casos en los que el cónyuge viudo carece de una situación de necesidad no le priva en todo caso de poder continuar en la vivienda familiar, pues ello será posible si se imputa o conmuta el usufructo de legítima sobre dicho inmueble (arts. 52 y 53 LDCPV) o el testador dispone a su favor del usufructo universal de todos sus bienes (art. 57 LDCPV) [24].

Finalmente, cabe destacar que la Ley de Derecho Civil del País Vasco conserva el año de viudedad sobre el caserío [25]. Este derecho se regula expresamente en el artículo 146 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, a cuyo tenor «el cónyuge viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria» [26]. Para que pueda

(23) Podría pensarse que la aplicación supletoria del derecho civil común exigiría causa de necesidad para poder reconocer el derecho de habitación a favor del viudo. Sin embargo Urrutia Badiola considera que dicha normativa no debe aplicarse *stricto sensu*¸ sino que debe adaptarse a la finalidad familiar o convivencial que inspira el derecho de habitación. Ello significa que no solo debe reconocerse en los casos en los que el viudo acredite una necesidad de habitación (Urrutia Badiola, A., *RCDI,* núm. 783, 2021, p. 231).

(24) Como señala la SAP de Vizcaya (Sección 3.ª) 10 marzo 2022 «conforme dispone la Ley 5/2.015 el artículo 56 determina la intangibilidad de la legítima cuando señala que no podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición a no ser en favor de sucesores forzosos, la no afectación de la intangibilidad de la legítima de los derechos reconocidos al cónyuge viudo señalando el artículo 57 como el causante (como aquí acontece) podrá disponer a favor del cónyuge del usufructo universal, legado que resulta incompatible con el de la parte de libre disposición elección que en su caso corresponde al cónyuge viudo. Estos preceptos en definitiva están dando a favor de la viuda un usufructo que como el Testador dispuso, afecta al usufructo de los bienes inmuebles que en definitiva se otorga a la viuda».

(25) «El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío; Se entenderá comprendido en el concepto de caserío los terrenos ondazilegis» (arts. 97 y 98 LDCPV). El artículo 151 de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa disponía que «que se entenderá por caserío el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras edificaciones, dependencias, terrenos y ondazilegis anejos a aquélla, así como el mobiliario, semovientes y máquinas afectos a su explotación, si fuere objeto de ésta».

(26) El artículo 146 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco extiende a todo el territorio del País Vasco el derecho a ocupar el caserío a favor del cónyuge viudo que tradicionalmente reconocía el Fuero Civil de Gipuzkoa, pero de manera más restringida, pues se limita al derecho de ocupación del caserío durante el primer año tras el fallecimiento del causante, a diferencia del derecho de habitación que regulaba el artículo 159 de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. Precisamente al reconocerse un derecho de habitación a favor del cónyuge viudo en el referido precepto, Galicia

concederse esta prerrogativa se exige que el matrimonio no separado de hecho o legal estuviese casado en régimen de comunicación foral, hubiese fallecido el propietario sin descendencia común y el cónyuge viudo se mantenga en estado de viudedad durante el plazo del año.

1.3 **Legítima del cónyuge viudo y derecho de atribución preferente en el Derecho civil de Galicia**

En el derecho civil de Galicia, la legítima del cónyuge viudo se materializa en el usufructo de la cuarta parte –si concurre con descendientes– o de la mitad –si es el único legitimario– del caudal hereditario. Pese a que la legítima se configura en usufructo sobre una parte alícuota de la herencia, la continuidad del cónyuge viudo en la vivienda familiar podrá materializarse a través de dos mecanismos: con carácter preferente, a través de la facultad conferida al testador de atribuir al cónyuge en pago de su legítima el usufructo o la propiedad de determinados bienes hereditarios (en este caso, la vivienda familiar)[(27)]; y, en defecto de ello, a través del derecho de adjudicación preferente concedido al cónyuge viudo, pudiendo a tal efecto adjudicarse el uso y disfrute de la vivienda familiar[(28)]. Se trata de un mecanismo sucesorio que, en defecto de la voluntad del causante, permite al cónyuge viudo optar por hacer efectiva su legítima usufructuaria sobre la vivienda habitual titularidad del causante, si bien «en tanto no exceda de su cuota usufructuaria», tal y como señala el artículo 257 de la Ley de Derecho Civil de Galicia[(29)].

Aizpurua cuestiona el derecho temporal de ocupación del caserío: «no se entiende muy bien, habida cuenta del artículo 54 LDCV, por qué el legislador ha conservado este régimen especial, que ahora ha devenido comparativamente discriminatorio» [«La nueva legítima vasca (Galicia Aizpurua, G., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016].

(27) Peña López considera que las atribuciones realizadas por el causante se entenderán imputables a la legítima del cónyuge viudo, salvo que el atribuyente manifieste lo contrario por interpretación conjunta de los artículos 253 y 245 LDCG (Peña López, J., 2008, p. 1107).

(28) El artículo 357 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia dispone expresamente que «en tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual… Este derecho es preferente a la facultad de conmutar que atribuye a los herederos el artículo anterior».

(29) A diferencia de la normativa anterior, el artículo 257 LDCG resulta aplicable en la sucesión testada e intestada y con independencia del régimen económico del matrimonio (*Cfr.* Rebolledo Varela, A. L., 2010, pp. 572-574). Ahora bien, como señala Peña López la posibilidad de ejercitar la facultad de concreción del cónyuge viudo está condicionada a la concurrencia de dos presupuestos: por un lado, que el testador no hubiese ejercitado su facultad de atribuir por cualquier título la legítima del cónyuge viudo y, por otro, que la cuota usufructuaria que legalmente le corresponde al cónyuge sea suficiente para comprender dentro de ella el usufructo de la vivienda familiar (Peña López, J., 2008, p. 1115).

El derecho de adjudicación conferido al cónyuge viudo tiene carácter preferente sobre la facultad de conmutación del usufructo atribuida a los herederos del causante *ex* artículo 256 de la Ley de Derecho Civil de Galicia[30]. Este derecho se asemeja al artículo 1406 del Código Civil, aunque con un contenido más amplio al no situarse en sede de liquidación de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge propietario, sino como norma sucesoria que regirá con independencia del régimen económico matrimonial. Conforme con ello, el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar que era propiedad del cónyuge fallecido, bien por voluntad expresa de éste o, en su defecto, si opta por hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre dicho inmueble con independencia de cuál sea la voluntad de los herederos del causante.

1.4 **Usufructo universal en los derechos civiles de Aragón y Navarra**

En los derechos civiles de Aragón y Navarra, pese a que no se contempla una norma específica de protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge supérstite, éste podrá continuar residiendo en el domicilio conyugal tras el fallecimiento de su pareja al adjudicársele *ex lege* el usufructo universal y vitalicio del patrimonio del causante.

El derecho civil aragonés atribuye *ope legis* al cónyuge viudo el usufructo universal y vitalicio del patrimonio del causante a través de la denominada viudedad aragonesa. La viudedad aragonesa surge como consecuencia del matrimonio y se articula en dos fases o momentos diferenciados: la primera fase que se desenvuelve durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges adquiere un derecho expectante sobre todos los bienes comunes y los privativos del otro cónyuge; y, la segunda fase que surge por el fallecimiento de uno de los cónyuges, atribuyendo al otro el derecho de usufructo sobre «todos los bienes del premuerto, así como de los

(30) En efecto, como señala Carballo Fidalgo «la amplia facultad de conmutación que el artículo 256 LDCG reconoce a los herederos, cuya procedencia se condiciona en la ley gallega a un doble presupuesto: que no haya sido prohibida por el causante, quien puede así preservar el derecho del viudo a una *pars bonorum*, y que el viudo no opte por ejercer el derecho –reconocido por el artículo 257– de hacer efectiva su legítima sobre la vivienda habitual, el local en que ejerciese su profesión o la empresa que viniese desarrollando con su trabajo, derecho que el precepto declara preferente a la facultad de conmutación de los herederos. De no darse ninguno de los supuestos descritos, corresponde a los herederos –en los términos del artículo 256– la decisión de conmutar y la elección de la modalidad de pago, de entre las recogidas en el artículo 255, pero requerirá el consentimiento del viudo la determinación de los bienes o derechos en que ha de concretarse su legítima, decidiendo en su defecto la autoridad judicial» (Carballo Fidalgo, M., 2016, p. 681).

enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad» (art. 283 CDFA) [31].

La viudedad aragonesa se configura como un derecho de naturaleza familiar, pues es la celebración del matrimonio la que determina su nacimiento –con independencia del régimen económico del matrimonio (art. 271.3 CDFA) [32]– con la finalidad de asegurar al cónyuge sobreviviente una posición equivalente a la que tenía constante el matrimonio [33]. Que la viudedad aragonesa tiene naturaleza familiar, parece derivarse del propio artículo 271 del Código de Derecho Foral de Aragón al disponer que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca» [34].

---

(31) De acuerdo con la RDGSJFP 21 septiembre 2021 «el derecho de viudedad, ya se encuentre en su primera fase –derecho expectante– o en la segunda –usufructo vidual–, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones, servidumbres aparentes y prohibiciones legales que pesan sobre las fincas o con los retractos legales. Lo que cohonesta con la especial protección que le concede el artículo 16.2 CC, si bien con la excepción de la protección al *adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho*. En definitiva, el derecho existirá con independencia de lo que publique el Registro de la Propiedad y del régimen económico-matrimonial del titular».

(32) A este respecto, la propia Exposición de Motivos del CDFA pone de manifiesto que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, con independencia del régimen económico de su matrimonio y como efecto de la celebración de éste en todo caso. Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días, armoniza con la declaración contenida en el artículo 271, según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el artículo 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean» (el propio artículo 205 CDFA dispone que los cónyuges podrán renunciar a la viudedad aragonesa).

(33) El derecho de viudedad durante el matrimonio, en su fase de derecho expectante, es coherente con una concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal, en la que ambos cónyuges comparten todas las decisiones económicas que tienen incidencia sobre la familia, en particular las más importantes y, por tanto, las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo. No cabe duda de que la viudedad aragonesa está íntimamente conectada con la existencia de vínculo matrimonial. Lo que supone una doble conclusión: por un lado, que la viudedad aragonesa se extinguirá por disolución del matrimonio por causa distinta al fallecimiento o declaración de nulidad del matrimonio e, incluso, por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad (art. CDFA); y por otro, que no se extiende a las parejas de hecho y, ello porque, a diferencia de otros derechos civiles autonómicos, el derecho civil aragonés no equipara las parejas de hecho al matrimonio.

No obstante, la pareja de hecho sobreviviente tiene reconocido expresamente la posibilidad de continuar en el uso de la vivienda familiar por el período de un año desde el fallecimiento de su pareja, a semejanza del año de viudedad del derecho civil catalán (art. 311.2 CDFA).

(34) Como señala Parra Lucán «la viudedad aragonesa es considerada como una institución de derecho de familia, no un derecho sucesorio […] hoy ese carácter familiar tiene un fuerte apoyo legal. Coherentemente, el legislador aragonés ha situado la regulación de la viudedad como beneficio legal en el Libro III del CDFA. Así se explica por ejemplo que el derecho del viudo prevalezca sobre los derechos de terceros por deudas privativas postmatrimoniales contraídas por un cónyuge o que no pueda hablarse de inoficiosidad y, que el derecho del viudo se anteponga al de los legitimarios» (Parra Lucán, M. A., 2011, p. 2245). Sobre la base de esta idea, la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª) 2 diciembre 2019 de

Este carácter familiar es confirmado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 2 de diciembre de 2019 al declarar que la viudedad aragonesa tiene una importante consecuencia en la sucesión del cónyuge, pues el caudal hereditario «se verá minorado por un derecho preexistente, no sucesorio sino familiar». De acuerdo con ello, la viudedad aragonesa surge en todos aquellos matrimonios regidos por el derecho civil aragonés, siendo por lo tanto la ley aplicable al matrimonio la que determinará el nacimiento de dicha prerrogativa (35).

El derecho expectante que cumple una importante función de conservación de los patrimonios de los cónyuges, a fin de evitar posibles actuaciones fraudulentas, culmina con el fallecimiento de uno de ellos a través de la atribución *ope legis* al sobreviviente del usufructo universal y vitalicio del patrimonio hereditario (36), distinguido por su carácter inalienable e inembargable (art. 273 CDFA). A este respecto, destaca la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 2 de diciembre de 2019, a cuyo tenor «ese derecho de viudedad […] alcanza el usufructo de todos los bienes del premuerto. Esa atribución lo es por el mero *fallecimiento*, momento desde que el *sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo vidual*».

En efecto, el usufructo vidual nace automáticamente –*ope legis*– por el fallecimiento de uno de los cónyuges sin necesidad de que concurra ningún otro requisito, adjudicándose a partir de dicho momento la posesión de todos los bienes al sobreviviente (art. 283.4 CDFA) (37). Es por ello

---

sostiene que «no está relacionado […] con régimen económico matrimonial alguno (lo que ahora aclara el artículo 271.3 CDFA), sino con el hecho mismo del matrimonio. Y como efecto civil que es se puede encuadrar en el régimen primario del matrimonio».

(35) Ello debe ponerse en conexión con el artículo 9.8 CC que en materia de derechos sucesorios del cónyuge viudo estipula que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes» y con el artículo 16.1 CC referido específicamente a la viudedad aragonesa, a cuyo tenor «el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil». Consecuentemente, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo universal por fallecimiento de su cónyuge si al tiempo de la celebración del matrimonio la ley aplicable a éste era el derecho civil aragonés. *Cfr.* SAP de Zaragoza (Sección 2.ª) 223/2003 de 14 de abril: es «nula la disposición segunda del testamento otorgado por su esposo el 16 julio 1998, en la que se reconoce a la esposa lo que legalmente le corresponda de acuerdo con el Código de Sucesiones de Cataluña […] porque por más que la sucesión se abra por la ley de la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento (art 9.8 CC), el art 16.2 del Código Civil dispone que *el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*».

(36) Es más, los cónyuges pueden acordar incluso la renuncia al derecho expectante constante el matrimonio y limitar la viudedad aragonesa al usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 272.2 CDFA).

(37) *Cfr.* STSJ de Aragón 5 diciembre 2019.

por lo que el cónyuge viudo tendrá derecho a continuar en la vivienda familiar propiedad exclusiva del otro cónyuge (o común) tras su fallecimiento sin necesidad de exigir o reclamar su entrega[38].

A priori dicho derecho se reconoce con carácter vitalicio, salvo que los cónyuges hubiesen pactado lo contrario (art. 272 CFDA), el cónyuge beneficiario hubiese renunciado al usufructo (art. 274 CFDA) o hubiese sido privado por concurrir causa de desheredación (art. 275 CFDA) o alguna de las causas específicas de extinción contempladas en el artículo 301 CDFA, entre las que destaca contraer «nuevo matrimonio o llevar el cónyuge viudo vida marital estable» con otra persona. La viudedad aragonesa, al igual que el resto de las prerrogativas *mortis causa* contempladas en los derechos civiles autonómicos, responde a la comunidad de vida o familiar que se mantiene incluso tras el fallecimiento de uno de los cónyuges y, por ello resultará ineficaz en aquellos casos en los que el viudo rompe esa comunidad de vida contrayendo matrimonio o comenzando una vida marital con un tercero.

La posibilidad de que el cónyuge viudo pueda continuar residiendo en la vivienda familiar titularidad del causante a título de usufructuario se reconoce, asimismo, en el Fuero Nuevo de Navarra que regula el usufructo de viudedad a favor del cónyuge viudo[39]. Pese a la inexistencia de legítima material en el derecho civil navarro, el usufructo de viudedad

(38) Incluso el cónyuge viudo podrá recuperar el uso de la vivienda familiar en caso de haber sido enajenada por el causante a favor de un tercero sin su consentimiento y sin autorización judicial y habiendo transcurrido el plazo legal para impugnar la validez de dicha transmisión (art. 190 CDFA) al incluirse entre los bienes sujetos a la viudedad aragonesa no solo los bienes del cónyuge fallecido, sino también todos aquellos bienes enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante. A este respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 16.2 CC, a cuyo tenor «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente». Sobre el citado precepto, Parra Lucán señala que «la norma no dice que el derecho expectante se extinga, sino que no se podrá oponer al tercero. El tercero podrá por tanto impedir que, caso de que sobreviva el cónyuge del enajenante, su usufructo le perjudique. En particular si el tercero adquiere un derecho real limitado, la viudedad subsiste en cuanto no perjudique el derecho adquirido por el tercero» (Parra Lucán, M. A., 2016, p. 809).

(39) La citada ley declara, asimismo, que «al miembro sobreviviente de una pareja estable constituida conforme a lo previsto en el título VII del libro I de la presente Compilación, le serán de aplicación todas las disposiciones contenidas en el presente capítulo, cuando el usufructo le hubiera sido otorgado según lo previsto en la ley 113». Ello es así, pues el conviviente supérstite en el derecho civil de Navarra solo tendrá los derechos sucesorios «que se hubieran otorgado entre sí o por cualquiera de ellos en favor del otro, conjunta o separadamente, por testamento, pacto sucesorio, donación *mortis causa*». Como consecuencia de la STC 93/2013, de 23 abril que declaró inconstitucional el artículo 11 de 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se introdujo uma nueva regulación de las relaciones *more uxório* em el Fuero Nuevo de Navarra cumpliendo los parâmetros fijados por el Tribunal Constitucional y, más concretamente, excluyendo cualquier norma imperativa. Consecuentemente, em e matrimonio el origen del usufructo de viudedad es la ley, mientras que en la convivencia extramatrimonial lo es la voluntad del conviviente fallecido.

imperativo (*usufructo de fidelidad*) limita indudablemente la absoluta libertad de testar del causante[40]. En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 1/2021, de 20 de abril «dicho usufructo vidual viene impuesto por imperativo legal» o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 239/1999 de 1 de octubre, a cuyo tenor este usufructo se configura como «un beneficio legal ajeno totalmente a la voluntad del causante»[41].

No obstante, no operará el usufructo vidual como límite a la libertad de testar si al tiempo del fallecimiento del causante concurre alguna de las causas tasadas en la ley 254 del Fuero Nuevo, cuales son: que al tiempo del fallecimiento no existiese convivencia efectiva al estar separados de hecho o legalmente[42]; que el cónyuge hubiese sido condenado en sentencia firme por haber atentado contra la vida del otro o de alguno de sus descendientes o por haberles causado lesiones graves, haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica, lesionado su libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual o por haber cometido un delito contra las relaciones familiares; o, por último, que el cónyuge hubiese sido privado por sentencia firme de la responsabilidad parental sobre los hijos comunes (muy similares a las causas de indignidad del artículo 756 CC).

A través del usufructo legal de viudedad, el cónyuge viudo podrá continuar residiendo en la vivienda familiar, aunque no tuviese justo título de

---

(40) En este sentido, Egusquiza Balmaseda declara que «el usufructo legal de fidelidad y el derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio son, junto a la reserva del bínubo, límites infranqueables del amplio sistema de libertad dispositiva *mortis causa* que concede el Fuero Nuevo a los navarros» («Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica,* vol. 2, Pamplona, 2016, p. 891). Es más lo considera «la más poderosa e ineludible restricción, tanto por su extensión como conformación», (Egusquiza Balmaseda, M. A., 2004, p. 1452). Por su parte, Torres Lana declara que el usufructo de viudedad «constituye una efectiva e intensa limitación a la libertad de disponer *mortis causa*», a diferencia de la legitima formal de los descendientes (Torres Lana, J. A., 2020, p. 1015).

(41) Dicho usufructo se caracteriza, además de por las reglas general del usufructo, como señala la ley 253 FN por tratarse de un derecho inalienable e inembargable, pero renunciable incluso antes de que sea efectivo (el cónyuge puede renunciar al usufructo antes o después del fallecimiento del causante titular). No obstante, el AAP de Navarra (Sección 3.ª) 48/2000 de 19 de junio señala que «ello no impide, como bien dijo el Letrado de la parte apelante, que no pueda embargarse la concreta manifestación del mismo. Dicho de otro modo, la posibilidad de ser titular del usufructo de fidelidad está reservada, obviamente, al cónyuge viudo en quien se den los requisitos establecidos en sus leyes reguladoras, y ello es inembargable, como también lo es la titularidad de ese derecho real hecho ya efectivo sobre bienes concretos; ahora bien las facultades de disfrute sobre un bien concreto sí son susceptibles de embargo, sin perjuicio de resaltar que tal disfrute podrá verse afectado por las causas especiales que determinan la extinción del usufructo de fidelidad […] es inembargable la titularidad del derecho real, aunque sí lo sea su ejercicio».

(42) Nanclares Valle pone de manifiesto el problema que puede derivarse de los supuestos de separación de hecho al no precisar la norma que dicha separación conste fehacientemente (*Cfr.* Nanclares Valle, J., *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020, p. 358).

posesión, y ello porque tendrá derecho al uso y disfrute «sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento»[43]. Esta prerrogativa no podrá limitarse ni transformarse por voluntad de los herederos, pues éstos no podrán conmutar el usufructo, sino es mediando acuerdo con el usufructuario (ley 260 FN).

Para poder ejercitar su derecho y, por ende, usar y disfrutar de la vivienda familiar, el usufructuario deberá hacer inventario de todos los bienes[44]. Si bien, tras la reforma del Fuero Nuevo por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, el deber de formar inventario no se establece como una obligación general exigible en todos los supuestos[45], sino que se ha limitado a tres casos tasados: cuando el causante lo hubiera establecido en testamento o escritura pública, los nudos propietarios lo requiriesen, siempre que no hubiese sido exceptuado por el causante, o cuando aquellos

(43) *Cfr.* Ley 255 LN que regula la extensión del usufructo de viudedad y, más concretamente, especifica los bienes excluidos: «1) los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario, 2) los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal, 3) los bienes que el premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de viudedad, 4) los recibidos por donación "mortis causa", 5) los legados piadosos o para sepelio, los que tengan por objeto la dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a dotar y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado, 6) los bienes que deben reservarse en favor de los hijos o descendientes de matrimonio o pareja estable anterior, 7) loa adquiridos por título lucrativo con llamamiento sucesorio en favor de hijos o descendientes de anterior matrimonio o pareja estable, si estos sobrevivieren y los bienes que integren un patrimonio especialmente protegido hasta que tenga lugar su extinción conforme a la ley 45».

(44) Sobre el deber de realizar inventario, la STSJ de Navarra 9/2016, de 1 de septiembre, con cita de sentencias anteriores deja claro que «no hay sanción de pérdida del usufructo de fidelidad, cuando la inexactitud del inventario se deba a desconocimiento, olvido u error subsanable, *u otro caso de fuerza mayor* (ley 257), omisión que puede subsanarse bien por el propio usufructuario o a requerimiento de los herederos» (*Cfr.* STSJ de Navarra 24/2000, de 5 de octubre). Si bien dicho pronunciamiento se realiza sobre la redacción anterior de la ley 257 que no solo establecía un deber general de formar inventario, sino que especificaba expresamente que «el cónyuge viudo no adquirirá el usufructo de fidelidad»; mientras que tras la reforma operada en 2019 la referida ley dispone que «para poder ejercitar su derecho, el usufructuario deberá». Sobre esta diferente redacción, Torres Lana considera que «la redacción vigente considera la formación de inventario como condición de ejercicio del derecho, es decir, de ejercicio de un derecho preexistente que ya ostenta el viudo, por lo que cabe ya calificarle propiamente como usufructuario. Las consecuencias derivadas de una y otra versión son evidentes: en la anterior, el viudo no llegaba a acceder a la cualidad de usufructuario hasta que no realizaba el inventario; de acuerdo con la redacción actual» el cónyuge es usufructuario desde el fallecimiento del causante (TORRES LANA, J. A., 2020, p. 1032). En este mismo sentido, *Cfr.* Nanclares Valle, J., ob. cit., pp. 359-360.

(45) Junto con la obligación o deber de formar inventario, la ley 259 FN contempla las obligaciones específicas del usufructuario, disponiendo que, éste deberá: administrar y explotar los bienes con la diligencia que es común y razonable en el ámbito familiar, pagar los gastos de última enfermedad y de sepelio del premuerto, prestar alimentos a los hijos y descendientes del premuerto, a quienes este tuviere la obligación de prestarlos si hubiese vivido y siempre que aquellos se hallaren en situación legal de exigirlos, pagar con dinero de la herencia las deudas del premuerto que fueren exigibles, pagar todas las cargas inherentes al usufructo y abonar la prestación de compensación por desequilibrio cuando judicialmente resultare obligado a ello de conformidad con lo establecido en la ley 105.

fuesen menores de edad o personas que tuviesen establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad (ley 257 FN)[46].

El usufructo de viudedad navarro –universal y vitalicio– permite al cónyuge viudo conservar la comunidad de vida o familiar creada en vida del causante, transmitiéndole el control de la dirección familiar y de los recursos económicos que posibilitan el mantenimiento de la familia[47]. Con base en dicha consideración, el usufructo se extinguirá anticipadamente si el usufructuario contrae nuevo matrimonio, constituye pareja estable o empieza a convivir maritalmente con otra persona (ley 261 FN)[48]. En estos casos, los nudos propietarios podrán recuperar la posesión del inmueble a través del ejercicio de la acción de recuperación de la posesión (ley 263 FN).

1.5 **Usufructo universal capitular en el Derecho civil de las Islas de Formentera e Ibiza**

La posibilidad de continuar en la vivienda familiar titularidad del cónyuge fallecido –o conviviente de una pareja estable[49] – es igualmente admitida en las sucesiones en las que resulte aplicable el derecho civil balear de Mallorca y Menorca al reconocer el artículo 45.3 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares el usufructo universal a favor

(46) La ley 257.1.3 FN en su referencia a las personas con discapacidad fue reformada por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos. Así en protección de las personas menores de edad y en situación de discapacidad, el FN prohíbe al causante dispensar del deber de formar inventario en aquellos casos en los que concurran a la sucesión bien menores o discapacitados y la formación de inventario sea solicitada por el representante legal o el Ministerio Fiscal y el juez lo acuerde para preservar el patrimonio hereditario (ley 264.1 FN).

(47) *Cfr.* Egusquiza Balmaseda, M. A., 2004, p. 1454.

(48) Antes de la reforma del FN por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, la convivencia marital del usufructuario viudo era causa de privación a instancia de los nudos propietarios, y no causa de extinción automática del usufructo. Esta reforma redunda en la idea de que el usufructo de viudedad se inspira en la continuidad de la comunidad familiar o conyugal y que, en todos aquellos casos en los que el viudo rehace su vida se entenderá extinguido el usufructo.

Por otro lado, el usufructuario también podrá perder prematuramente el derecho de usufructo universal a petición de los nudos propietarios, en los siguientes casos «1) si hubiera sido privado de la responsabilidad parental de los hijos comunes por sentencia judicial; 2) si enajenare o gravare bienes, a no ser que se hallare debidamente autorizado para ello por pacto o disposición del premuerto; 3) por incumplir de manera general las obligaciones inherentes al usufructo; y 4) si incumpliere de forma continuada alguna de las recogidas en los números 1, 3 y 6 de la misma, siempre que ello no se deba a dolo o negligencia grave, en cuyo caso el usufructo se perderá aun cuando el incumplimiento fuera puntual» (ley 262 FN).

(49) Téngase en cuenta que en el derecho civil de Islas Baleares «tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo» (art. 13 de la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares).

del cónyuge viudo en caso de ser el único legitimario e, incluso, aunque concurra con descendientes o ascendientes, bien a título de legitimario del usufructo de la mitad o de dos terceras partes del haber hereditario respectivamente (art. 45 CDCIB) o como usufructuario universal y vitalicio por voluntad del testador (art. 49 CDCIB) [50]. En este último caso, los herederos del causante no podrán impone la conmutación del usufructo *ex* artículo 839 del Código Civil –por remisión del artículo 48 *in fine* CDCIB–, pues como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares 2/2013, de 6 de mayo, «las normas sobre legítimas y conmutación del usufructo viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y no le pueden ser aplicadas».

A diferencia de cuanto acontece en el derecho civil de Mallorca y Menorca, el cónyuge viudo no es legitimario en la normativa aplicable a las Islas de Ibiza y Formentera. Esta exclusión resulta cuestionable al originar un distinto tratamiento del viudo en la sucesión de su cónyuge, fallezca éste testado o intestado, pues mientras en la sucesión testada queda absolutamente al arbitrio de la voluntad de su pareja, en la sucesión intestada si concurre con descendientes o con ascendientes tendrá derecho al usufructo de la mitad o de dos terceras partes de la herencia respectivamente (art. 84 CDCIB). Ello significa que en la sucesión testamentaria solo recibirá lo que se contenga por testamento, mientras que en la sucesión intestada sucederá como heredero universal en defecto de descendientes y ascendientes o como usufructuario, en caso contrario [51].

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que en la sucesión testamentaria el cónyuge viudo sea también beneficiario de un derecho real de usufructo pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales – *espòlits*– *ex* artículo 68 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares. El referido precepto contempla, aunque de forma muy sucinta, el llamado usufructo universal capitular, convenido «en *espòlits* para después de la muerte» que recae sobre la vivienda familiar y los restantes

(50) El referido precepto contempla legalmente la validez de la *cautela socini* al disponer que «la disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará aquel para aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación». *Cfr.* SAP de Islas Baleares (Sección 4.ª) 503/2002 de 30 de julio.

(51) Sobre la condición de legitimario del cónyuge viudo, Garcías de España señala que «sea por lo que fuere, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera, *lege ferenda*, que es un primer paso para que, en una futura reforma de la CDCB, el cónyuge viudo tenga la condición de legitimario. Es lógico pensar que sea así, si partimos de la idea de que el viudo no es legitimario en Ibiza debido a una tradición jurídica propia, que a su vez proviene de una práctica habitual, y que resulta que ya no es tan habitual» (Garcías de España, E., *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2017, pp. 200-201).

bienes[52]. Dicho usufructo se configura como un derecho capitular y, por ende, tendrá eficacia en los casos en los que los cónyuges lo hubiesen convenido en capitulaciones matrimoniales[53]. En tales casos, se le reconoce al usufructuario la facultad para regir y gobernar la casa y todos los restantes bienes, quedando dispensado de formar inventario y prestar fianza. A diferencia del derecho real de usufructo que faculta al usufructuario a usar y disfrutar de la cosa usufructuada, el artículo 68 CDCIB asigna expresamente al viudo el derecho a regir y gobernar la casa, lo que parece dotarle de un carácter familiar atributivo del papel de gobernador de la casa familiar. Ahora bien, como contrapartida, se impone al usufructuario la obligación de prestar alimentos con cargo al usufructo a los hijos del causante, al heredero, así como a su cónyuge e hijos siempre que vivan en la casa[54].

El usufructo universal capitular inspirado en el pacto entre los cónyuges, pero, a su vez, en la *comunidad de vida matrimonial* o *familiar* se extinguirá anticipadamente –con anterioridad al fallecimiento del cónyuge viudo– «cuando el usufructuario contraiga nuevo matrimonio o pareja estable, si así se acuerda en los *espòlits*» (art. 68.4 CDCIB)[55].

De acuerdo con lo expuesto, en las sucesiones en las que resulte aplicable el Derecho civil de las Islas de Ibiza y Formentera si no concurre expresa voluntad del testador o pacto entre los cónyuges, el viudo estará claramente desprotegido: en defecto de atribución patrimonial a favor de éste e inexistencia de pacto capitular, el cónyuge viudo será excluido absolutamente de la sucesión del causante. La débil posición del cónyuge se

(52) La Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho civil de Baleares, el usufructo universal capitular justifica la regulación del usufructo universal capitular por tratarse de una «institución de gran arraigo social» que, sin embargo, carecía «hasta hoy de desarrollo normativo». No obstante, Garcías de España sostiene que «la realidad social nos muestra algo bien distinto, y es que cada vez son menos habituales los *espolits*. De hecho, Cerdá Gimeno realizó ya un estudio estadístico en los años 70, que ponía claramente de manifiesto el declive de esta institución» (García de España, E., ob. cit., p. 200).

(53) Conviene destacar, como así hace, Coca Payeras que «legalmente no se limita de forma expresa al ámbito conyugal, aunque en la práctica se pacta en favor del otro cónyuge en forma unilateral o recíproca. En cualquier caso, a la hora de fijar las obligaciones del usufructuario se alude al cónyuge premuerto, lo que da idea de su ámbito conyugal» (Coca Payeras, M. A., 2016, p. 886).

(54) Además de las obligaciones expresamente derivadas del artículo 68 CDCIB, Tur Fernández considera que el cónyuge viudo está sujeto también a las obligaciones generales como usufructuario y, por ende, tiene el deber de conservación del patrimonio usufructuado (Tur Fernández, M. N., 2011, p. 496).

(55) Las causas de exclusión del usufructo se incorporan al artículo 68 CDCIB por el artículo 28 de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. Si bien, no se contempla como causa de extinción que el cónyuge usufructuario haga vida marital con un tercero. En aquellos casos en los que dicha causa no se contemple expresamente en el pacto capitular, debería entenderse también causa de ineficacia del usufructo de acuerdo con una interpretación finalista del artículo 68.4 CDCIB, al romperse en tales casos también la comunidad de vida familiar.

ve agravada en sede matrimonial, pues el régimen económico matrimonial legal supletorio de primer grado es el régimen de separación de bienes. Consecuentemente, si el cónyuge sobreviviente no gozaba de justo título de posesión con anterioridad al fallecimiento de su pareja, a partir de dicho momento poseerá el inmueble como precarista, pudiendo ser desalojado en cualquier momento por los herederos del causante.

2. BIBLIOGRAFÍA

Barba, V., «El legado *ex* lege de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el derecho italiano», en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 355-368.

Barrio Gallardo, A., «Viudedad aragonesa y parejas estables no casadas», en *El nuevo derecho de familia. Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 295-307.

Carballo Fidalgo, M., «La legítima en Galicia y en Navarra», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 672-685.

Coca Payeras, M. A., «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente en las Islas Baleares», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica,* vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 881-888.

Cortada Cortijo, N., «El año de viudedad del Derecho civil de Cataluña como medio de soporte emocional al cónyuge superviviente», en *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 49-59.

Egusquiza Balmaseda, M. A., «El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1451-1470.

— «Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica,* vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 889-925.

Espiau Espiau, S., «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», en *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, t. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 835-879trt.

Fernández de Bilbao, J. J., «El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco», *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 27, 2016, pp. 475-498.

Gago Simarro, C., «La atribución del uso temporal de la vivienda habitual al conviviente supérstite en Andalucía: artículo 13 de La Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho», *Revista de Derecho Civil*, 2020, pp. 397-400.

Galicia Aizpurua, G. H., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016.

Gete-Alonso Calera, M. C, «Del año de luto al año de viudedad: una obligación hereditaria», en *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 505-528.

Miralles Bellmunt, M., *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el Dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2016.

Nanclares Valle J., «La reforma del Libro Segundo del Fuero Nuevo: donaciones y sucesiones», *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020, pp. 341-378.

Peña López, F., «Comentario a los artículos 253 a 257 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Comentarios a la Ley de derecho civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2008, pp. 1099-1118.

Perales Sotomayor, E., y Gimeno Gómez-Lafuente, M., J., «El régimen económico matrimonial en Aragón», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales,* Dykinson, Madrid, 2010, pp. 91-220.

Puig Blanes, F. P., y Sospedra Navas, J. J. (coord.), «Comentario al artículo 231-31 del Código Civil de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (3.º ed.), Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 332-333.

Rebolledo Varela, A. L., «El régimen económico matrimonial en el derecho civil de Galicia», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 521-629.

Torres Lana, J. A., «Comentario a las leyes 253 a 266 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 1013-1066.

Tur Fernández, M, N., «La familia en el Derecho Civil de Baleares», en *Tratado de derecho de la familia*, vol. 7, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 479-558.

Urrutia Badiola, A., «Habitación, familia y sucesión (del derecho civil vasco al derecho privado europeo)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.

Zahino Ruiz, M. L., «Los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio: los derechos viduales familiares (arts. 35 y 36 del Código de familia de Cataluña)», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 423-438.

— «Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho Civil de Cataluña. Los derechos viduales familiares», en *Tratado de derecho de familia*, vol. 7, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 225-253).

D. Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad *

Teresa López Tur
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares
t.lopez@uib.es

Resumen: *Entre las principales preocupaciones de los familiares de las personas en situación de discapacidad se encuentra la de asegurar un entorno personal y patrimonial efectivo que garantice su debida atención ante la ausencia de dichos familiares. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo diversas modificaciones en nuestro Código Civil tendentes a garantizar el acceso a la vivienda por parte de la persona en situación de discapacidad. Entre estas modificaciones se incluía una nueva redacción para el artículo 822 CC, en el que se prevé un derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, con el*

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

objetivo garantizar la permanencia del beneficiario en la que viene siendo su vivienda habitual. Este derecho de habitación tiene unas características particulares y una serie de beneficios que solamente se harán efectivos cuando se cumpla con los presupuestos que exige el propio precepto.

Palabras clave: *Derecho de habitación. Persona en situación de discapacidad. Legitimario. Legítima. Vivienda habitual.*

Abstract: *One of the main concerns of the relatives of persons with disabilities is to ensure an effective personal and property environment that guarantees their due care when these relatives are absent. Law 41/2003 of November 18, 2003 on the Protection of the Assets of Persons with Disabilities introduced several amendments to our Civil Code aimed at guaranteeing access to housing for persons with disabilities. These modifications included a new wording for artículo 822 Cc, which provides for a right of habitation in favor of the legitimated beneficiary in a situation of disability, which aims to ensure the permanence of the beneficiary in what has become his or her habitual residence. This right of habitation has some particular characteristics and a series of benefits that will only be effective as long as the conditions required by the precept itself are met.*

Keywords.– *Right of room. Legitimate. People with disability. Residence.*

Sumario: 1. Derecho de habitación del legitimario en situación de discapacidad. Su introducción en el código civil y las posteriores reformas. 2. Características del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad. 2.1 Derecho personalísimo. 2.2 Derecho intransmisible. 2.3 Derecho no computable a efectos de cálculo de legítimas. 3. Formas de constitución del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC. 3.1 La donación y el legado como formas de constitución voluntarias del derecho de habitación. 3.2 El legado legal del párrafo segundo del artículo 822 CC. 4. Presupuestos para la constitución del derecho. 4.1 Presupuestos subjetivos. a) Legitimario. b) Persona con discapacidad. c) Estado de necesidad. 4.2 Presupuestos objetivos. a) Convivencia. b) Vivienda habitual. 5. Contenido del derecho de habitación. 6. Derecho de habitación y concurrencia con otros derechos reales. 6.1 Derecho de habitación y derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC. 7. Extinción del derecho de habitación. 7.1 Extinción por muerte del habitacionista. 7.2 Extinción por expiración de plazo por el que se constituyó. 7.3 Extinción por cumplimiento de condición resolutoria, en particular, la recuperación del habitacionista como causa de extinción. 8. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. DERECHO DE HABITACIÓN DEL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. SU INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS POSTERIORES REFORMAS

El artículo 47 de la Constitución [1] consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estableciendo unas normas y fomentando las condiciones necesarias para su consecución. Este mandato a los poderes públicos debe cumplirse de manera especial respecto de las personas con discapacidad, tal y como se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 47 y 49 de nuestra Constitución.

Con apoyo en este mandato constitucional se han promulgado diversas normas con el objetivo de garantizar el acceso a una vivienda y la permanencia en ella de las personas con discapacidad.

En lo que aquí interesa, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad [2] (en adelante LPPD), introdujo importantes modificaciones en el ámbito del Derecho de sucesiones. En virtud de la citada norma, se modificó el artículo 822 del Código Civil que, desde ese momento, contempla la posibilidad de constituir un derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad. La meritada Ley no ha sido la única que ha reformado nuestro Código Civil. En los últimos años se han venido sucediendo numerosas reformas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo principal de adaptar nuestras normas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 [3], que España ratificó en noviembre de 2007. La más importante reforma de nuestra legislación civil en materia de discapacidad se produjo con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica que, como señalan algunos autores, ha supuesto una transformación sistémica que

(1) Constitución Española. «*BOE*» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. (*BOE*-A-1978-31229).

(2) Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, «*BOE*» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003. (*BOE*-A-2003-21053).

(3) Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «*BOE*» núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659 (12 pp.) (*BOE*-A-2008-6963).

conduce a la instauración de un nuevo paradigma en el tratamiento de las discapacidades[4].

En lo que al artículo 822 CC se refiere, tras la entrada en vigor de la Ley 8 /2021, el precepto establece lo siguiente:

> «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.
>
> Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.
>
> El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.
>
> Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.»

Los cambios introducidos en la reforma de 2021 son meramente formales, refiriéndose ahora el texto al «legitimario que se encuentre en situación de discapacidad» frente a la redacción anterior que se refería a la «persona con discapacidad» y al «legitimario discapacitado». Podemos afirmar que el texto vigente tras la reforma de 2021 adopta un lenguaje más inclusivo y se actualiza terminológicamente con respecto a las nuevas normas sobre discapacidad, pero no introduce novedades con respecto al derecho de habitación por parte del legitimario con discapacidad.

Señalado cuanto antecede, debemos analizar, por tanto, las características del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad, los presupuestos que deben concurrir para que se pueda otorgar tal derecho, el contenido del mismo y sus límites.

---

(4) Gómez Martínez, C., «El papel activo del Juez en la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022, p. 7.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE HABITACIÓN A FAVOR DEL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El artículo 524 CC regula el derecho real de habitación «ordinario», que atribuye a su titular la facultad de ocupar las piezas de una vivienda en la medida que sea necesaria para cubrir las necesidades del titular del derecho y las de su familia. Calificado como un derecho real de goce que recae sobre cosa ajena y que es distinto del derecho de uso y del derecho de usufructo, pues tiene la finalidad exclusiva del alojamiento(5).

El derecho real de habitación «ordinario» es considerado un derecho personalísimo e intransferible, pero además en el caso de aquel que se constituye en favor del legitimario en situación de discapacidad, no es computable a efecto del cálculo de las legítimas. Veamos tales notas características en detalle.

2.1 **Derecho personalísimo**

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 524 CC establece, en su párrafo segundo *que* «La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia». La interpretación literal del precepto nos permite afirmar que el derecho real de habitación «ordinario» tiene un carácter personalísimo.

Como apunta García Herrera(6), este carácter personalísimo se acentúa cuando se trata de un derecho de habitación constituido en favor del legitimario con discapacidad. Y es que en el supuesto del artículo 822 CC el derecho de habitación se constituye en atención a las necesidades del legitimario y con el objetivo de procurarle un entorno personal y patrimonial adecuado a su situación.

2.2 **Derecho intransmisible**

El derecho de habitación «ordinario» se configura, *a prior*i, como un derecho intrasmisible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 525 del

(5) Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales,* tercera edición, Madrid, 2009, Vol. II, p. 75 ss.

(6) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado,* Madrid, 2018, p. 63.

CC: «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Este precepto encuentra apoyo en la idea de que el derecho de habitación, en su origen, cumplía un fin alimentario[7].

Sin embargo, aunque el meritado precepto ha servido de fundamento según la doctrina y la jurisprudencia para defender la intrasmisibilidad del derecho de habitación, no podemos considerar tal afirmación como una cuestión pacífica. Mientras que el artículo 525 CC establece la intrasmisibilidad del derecho, el artículo 523 CC señala que «Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes» lo que permite a autores como Albaladejo[8] afirmar que la norma recogida en el artículo 525 CC no debe ser considerada una norma de *ius cogens*, sino que se aplicará en defecto de pacto expreso en el título constitutivo del derecho de habitación[9].

Otros autores, como Lacruz[10], consideran que, pese al contenido del artículo 523 CC, el derecho de habitación debe ser considerado intrasmisible, puesto que la cesión de este derecho frustraría su finalidad u objeto, ya que impediría la satisfacción directa de las necesidades del habitacionista.

Bajo nuestro punto de vista, en lo que al derecho de habitación ordinario se refiere, resulta más adecuada la primera interpretación. Efectivamente, como señala Puig Brutau[11], los derechos de uso y habitación deben regirse, en primer lugar, por lo que se determine en su título constitutivo, en segundo lugar, por las disposiciones contenidas en los artículos 523 a 529 CC, y finalmente, de forma subsidiaria, por las normas reguladoras del usufructo.

Dicho cuanto antecede respecto del derecho de habitación «ordinario» o «general», debemos centrarnos en el concreto derecho de habitación a favor del legitimario considerado persona con discapacidad regulado en el artículo 822 CC, pues el párrafo tercero del citado precepto dispone que «El derecho a que se refieren los párrafos anteriores será intransmisible».

Como apunta acertadamente Garcia Herrera[12], de la lectura inicial del tercer párrafo del artículo 822 CC podría pensarse que el precepto es reiterativo con respecto el artículo 525 del mismo cuerpo legal y respecto del derecho de habitación ordinario. Sin embargo, como afirma la misma

---

(7) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 63.

(8) Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* Barcelona, 1994, Octava Edición, tomo III vol. 2, pp. 98 y 99.

(9) En el mismo sentido Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Derecho Civil, Derechos Reales,* Madrid, 2015, Quinta Edición, p. 293.

(10) Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil III …* ob. cit. p. 81.

(11) Puig Brutau, J., *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1989, Vol. II, p. 267.

(12) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de…* ob. cit., p. 73.

autora, al particular derecho de habitación constituido a favor del legitimario en situación de discapacidad no le resultan de aplicación las normas del derecho de habitación general sino las propias y particulares normas contenidas en el artículo 822 CC.

Así las cosas, el derecho de habitación recogido en el artículo 822 CC es intransmisible por imperativo del meritado precepto y precisamente porque el fundamento del mismo es la situación de discapacidad del legitimario. Como apunta Díaz-Alabart[13] esta intransmisibilidad del derecho de habitación del legitimario con discapacidad es coherente con el régimen excepcional de este derecho, que se justifica en la situación de discapacidad del habitacionista y que, por lo tanto, solamente a éste puede beneficiar.

2.3 **Derecho no computable a efectos de cálculo de legítimas**

Una de las particularidades propias del derecho de habitación en favor del legitimario persona con discapacidad es la no computación del derecho de habitación atribuido para el cálculo de las legítimas, tal y como se desprende del propio párrafo primero del artículo 822 CC.

Esta afirmación supone que el derecho de habitación constituido por donación o legado en virtud del artículo 822 CC no se sumará a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados, es decir, «la computación y cálculo de la legítima, de todas las legítimas, se efectuara sin tener en cuenta el valor del derecho de habitación donado o legado»[14].

Esta no computación del derecho de habitación a efectos del cálculo de las legítimas plantea ciertas dudas en aquellos casos en los que la masa hereditaria resultara insuficiente para realizar el adecuado reparto entre los legitimarios. Es decir, debemos plantearnos si el legado o donación del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad es o no colacionable[15].

La mayor parte de la doctrina coincide en que el beneficio previsto en el artículo 822 CC queda exento de cualquier operación relativa al cálculo de la legítima, como sería la imputación o la colación en caso de que exis-

(13) Díaz-Alabart, S., «Las reformas del derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad» *Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad),* (Dir. Díaz-Alabart), Madrid, 2004, p. 91.

(14) Ragel Sánchez, L. F., «Artículo 822» *Comentarios al Código Civil* (Dir. Bercovitz Rodriguez-Cano), Valencia, 2013, Tomo V, p. 6095.

(15) *Vid.* Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 del Código Civil» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022, p. 1029.

tieran herederos forzosos[16]. Lo contrario, esto es, permitir que la donación o legado del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad fuera colacionable, contravendría el espíritu y finalidad de la norma consagrada en el artículo 822 CC, que no es otro que el de garantizar al máximo la protección del derecho a una vivienda del discapacitado en el ámbito sucesorio[17].

El derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC es por tanto un derecho no computable para el cálculo de las legítimas, no imputable y no colacionable. Así, como apunta Herrán Ortiz, «el importe para calcular la legítima será inferior. De este modo, los restantes legitimarios ven mermadas sus cuotas de legítima individual, en tanto que el legitimario discapacitado además de estar favorecido por su cuota de legítima individual conserva el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que compartía con el testador»[18].

3. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN REGULADO EN EL ARTÍCULO 822 CC

Como ya se ha visto, el derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC lleva aparejado una serie de beneficios propios para el habitacionista. Debemos ahora determinar los modos de constitución de este derecho real de habitación en favor del legitimario con discapacidad pues el precepto anteriormente citado contempla tres supuestos distintos, dos en su primer párrafo y, un tercer modo de constitución, en el segundo párrafo.

Así, el legislador dispone como modos constitutivos del derecho real de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad la donación, el legado voluntario y el legado legal.

3.1 **La donación y el legado como formas de constitución voluntarias del derecho de habitación**

El párrafo primero del artículo 822 CC establece la posibilidad de que el causante constituya el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad a través de la donación o el legado voluntario.

---

(16) Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822… ob.cit., p. 1029.

(17) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob.cit., p. 79.

(18) Herrán Ortíz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz» en El *patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Torres Lana, Cord. Monje Balmaseda), Madrid, 2014, p. 825.

Esta referencia a la donación del artículo 822 CC ha dado lugar a cierta discusión con respecto a si se trata de una donación *inter vivos* o una donación *mortis causa*.

Como sabemos, la donación «es la transmisión voluntaria de una cosa o de un conjunto de ellas que hace una persona, donante, a favor de otra, donatario, sin recibir nada como contraprestación» (19). Por su parte, la donación *mortis causa* se regula en el artículo 620 CC, que establece que «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Han existido en nuestro ordenamiento jurídico importantes debates doctrinales desde la admisión de la donación *mortis causa* por nuestro Código Civil, centrados en la admisibilidad o no de esta figura en nuestro derecho.

No pretendemos extendernos en el referido debate doctrinal que excede el objeto del presente trabajo, pero sí señalar que, en el concreto caso de la donación del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad, la doctrina coincide en considerar que se trata de una donación *inter vivos*, pero que sus particulares efectos se despliegan una vez se ha producido la muerte del donante y siempre que se den una serie de presupuestos que serán examinados con posterioridad (20).

Por otro lado, como decíamos, el mismo párrafo primero del artículo 822 CC permite la constitución del derecho de habitación por medio de la figura del legado. No disponemos en nuestro Código Civil de una definición de esta institución hereditaria, pero Albaladejo lo define como «una disposición *mortis causa* por la que el testador deja en concreto alguno (o algunos) de sus bienes o derechos a una persona que lo recibe a título singular» (21).

Así el artículo 822 CC permite al causante dos formas de constitución voluntaria del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, en ambos casos, el causante podrá definir el contenido de este derecho de habitación especial, en lo referente a sus facultades, obligaciones y limites, en los títulos constitutivos del legado o la donación (22).

---

(19) Lasarte Álvarez, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Madrid, 2015, p. 166.

(20) En ese sentido se pronuncian Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822… ob.cit., p. 1018, y García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 102.

(21) Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* Barcelona, 1994, octava edición, tomo V, p. 281.

(22) Robles Ramos J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima: excepciones*, Madrid, 2021, p. 438.

3.2 **El legado legal del párrafo segundo del artículo 822 CC**

El segundo párrafo del artículo 822 CC concede el beneficio del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad por ministerio de la ley cuando se cumplan una serie de condiciones.

Algunos autores sostienen que este «legado legal» consagrado en el artículo 822 CC se asemeja a la legítima usufructuaria del cónyuge supérstite[23]. Así pues, nuestro Código Civil consagra un derecho de habitación *ex lege* en el párrafo segundo del artículo 822, siempre y cuando concurran los presupuestos expresados en el propio precepto y que serán tratados a continuación.

Es necesario apuntar que este legado legal podrá constituirse siempre que no exista una exclusión concreta por parte del causante. Así, prevalece la libertad del testador, que podrá evitar la constitución del derecho de habitación del legitimario en situación de discapacidad, si así lo hace constar de forma expresa. La norma prevé que el testador disponga otra cosa o lo excluya expresamente[24].

4. PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO

Ya hemos visto que el derecho de habitación reconocido en el artículo 822 CC lleva aparejados una serie de beneficios para el habitacionista. Tales beneficios encuentran su razón de ser en la finalidad protectora del precepto respecto del legitimario con discapacidad. Sin embargo, para que el artículo 822 CC despliegue sus efectos es necesario que concurran una serie de presupuestos.

De la propia lectura del precepto podemos extraer los presupuestos necesarios para la constitución del derecho de habitación. Por un lado, los presupuestos subjetivos, siendo necesario que el habitacionista sea un legitimario efectivo del causante, que se encuentre en situación de discapacidad y además tenga necesidad de habitar el inmueble. Como requisitos objetivos el propio precepto nos señala que será necesaria la previa convivencia entre el causante y el habitacionista y que la vivienda afectada por el derecho de habitación tenga la condición de vivienda habitual.

---

(23) Ragel Sánchez, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al…* ob. cit., p. 6104.

(24) Busto Lago, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios al Código Civil* (Coord. Bercovitz Rodriguez-Cano, R.), Navarra, 2006, segunda edición, p. 1010.

Debemos precisar que, los presupuestos relativos a la convivencia y a la necesidad aparecen en el segundo párrafo del artículo 822 CC y se refieren a la constitución del derecho de habitación por medio del legado legal, lo que ha dado lugar a cierto debate con respecto a si tales presupuestos son exigibles para el derecho de habitación consagrado en tal precepto independientemente de su forma de constitución o bien, tan solo para aquellos casos en los que se constituya por medio de legado legal.

Autores como Ragel Sánchez[25] afirman que, la falta de previsión en el párrafo primero del artículo 822 CC de los presupuestos de necesidad y convivencia con el causante, implica que no deberán tenerse en cuenta tales situaciones en los casos de donación o legado voluntario del derecho de habitación, puesto que «la explicita voluntad del donante o testador en el sentido de conceder un derecho de habitación al pariente discapacitado exime de acreditar la necesidad de vivienda de ese pariente».

Otro sector doctrinal sostiene que, aunque los presupuestos de necesidad y convivencia aparecen con respecto al legado legal del derecho de habitación, deben concurrir en todo caso, independientemente de su modo de constitución para que el habitacionista pueda disfrutar de los beneficios particulares del artículo 822 CC. En este sentido, señala Madriñán Vázquez que «el requisito de necesidad debería aplicarse también a los supuestos de donación y legado previstos por el párrafo primero del artículo 822 CC, habida cuenta que se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios que verán mermadas sus cuotas»[26]. En esta misma línea, Garcia Herrera[27] afirma que todos los presupuestos, objetivos y subjetivos, deberán cumplirse cualquiera que sea la modalidad de constitución del derecho de habitación. Y es que, como bien apunta Herrán Ortíz[28], el régimen excepcional que plantea el artículo 822 CC no puede justificar un incremento patrimonial de la persona con discapacidad sino la tutela y protección del legitimario que se encuentra en tal situación. Por ello, bajo nuestro punto de vista, deben concurrir todos los presupuestos mencionados para que el legitimario pueda beneficiarse de las previsiones del artículo 822 CC, de lo contrario, el derecho de habitación deberá regirse por las normas comunes de dicho derecho real contenidas en los artículos 524 y ss. del CC.

---

(25) Ragel Sánchez, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al…* ob. cit., p. 6105.

(26) Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822… ob.cit., p. 1014.

(27) En este sentido se pronuncia García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de…* ob.cit., p. 110.

(28) Herrán Ortíz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión… ob. cit., p. 824.

4.1 **Presupuestos subjetivos**

De acuerdo con el propio artículo 822 CC y el artículo 2 de la LPPD el habitacionista beneficiario del derecho de habitación reconocido en el primero de los preceptos debe ser una persona en situación de discapacidad, legitimario efectivo del causante y, además, debe encontrarse en una situación de necesidad.

a) *Legitimario*

El propio precepto, en sus párrafos primero y segundo hace referencia a que el beneficiario del derecho de habitación debe ser un legitimario del causante. En este sentido el artículo 807 CC establece qué sujetos asumen la condición de legitimarios, esto es: (i)Los hijos y descendientes respecto de sus padres, (ii) a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y (iii) el viudo o viuda en la forma y medida establecida por el propio Código Civil.

A priori, podría parecer que todos los sujetos mencionados en el artículo 807 CC pueden ser beneficiarios del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC. Sin embargo, la doctrina viene señalando, de forma mayoritaria, que solamente podrán beneficiarse de lo previsto en el artículo 822 CC aquellos que son considerados «legitimarios efectivos», es decir, aquellos que ostenten tal condición al tiempo del fallecimiento, no siendo suficiente un «legitimario eventual»[(29)]. Así, no podrán ser protegidos con el derecho de habitación los ascendientes en situación de discapacidad del causante, cuando éste último tenga descendientes en el momento de su fallecimiento, puesto que, ante la situación descrita, el ascendente no sería legitimario al momento del fallecimiento, no cumpliéndose con el requisito previsto en el artículo 822 CC de «legitimario en situación de discapacidad»[(30)].

En lo que al cónyuge viudo, que se encuentre n situación de discapacidad, se refiere, este tiene siempre condición de legitimario independientemente de quienes sean los parientes que concurran con él a la herencia[(31)].

En definitiva, serán considerados legitimarios que podrán beneficiarse del derecho de habitación regulado en el art 822 CC los «legitimarios efec-

(29) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de…* ob.cit., p. 111.

(30) Ragel Sánchez, L. F., «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta» *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* Murcia, 2004, Tomo II, p. 4018.

(31) Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822… ob. cit., p. 1021.

tivos» que, en principio, serán, los hijos y descendientes y el cónyuge viudo. Solamente en aquellos casos en los que no concurra a la herencia descendiente alguno, podrán beneficiarse los ascendientes del derecho de habitación del artículo 822 CC.

b) *Persona con discapacidad*

Siguiendo con la redacción del artículo 822 CC el siguiente presupuesto exigido es que el legitimario se encuentre en situación de discapacidad.

La primera precisión que hay que hacer al respecto es de carácter temporal, pues el legitimario debe encontrarse en situación de discapacidad en el momento de la apertura de la sucesión, puesto que es en ese momento cuando se obtiene el beneficio sucesorio[32]. De esta manera, si en el momento en que se constituyó la donación o legado el legitimario se encontraba en situación de discapacidad, pero ésta ha desaparecido en el momento de la apertura de la sucesión, no perderá la donación o legado, pero sí los beneficios propios del artículo 822 CC[33].

La segunda cuestión importante es determinar el concepto de «persona en situación de discapacidad». Ya decíamos al inicio del presente trabajo que antes de la reforma del precepto del año 2021 nuestro Código Civil no se refería a «legitimario incapaz» sino a «legitimario discapacitado». Este hecho, como apunta Herran[34] resulta peculiar puesto que ya en origen, el precepto no exigía de una incapacitación judicial para que este requisito se viera cumplido.

La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad introdujo en nuestro Código Civil diversas reformas, entre ellas la del artículo 822 CC objeto de estudio en el presente trabajo, pero, además, incluyó la Disposición Adicional Cuarta que encuentra apoyo en el artículo 13 de la LPPD. Tal Disposición Adicional se introdujo para determinar que el concepto de persona con discapacidad referido en los artículos 756, 822 y 1041 del Código Civil debía entenderse hecho al concepto definido por la propia LPPD. Así, la Disposición Adicional Cuarta incluida con la reforma del año 2003, nos remitía al artículo 2 de la LPPD, que define «personas con discapacidad» como aquellas que: (i) presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, y (ii) presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

(32) Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822… ob. cit., p. 1023.

(33) Herrán Ortíz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión… ob. cit., p. 824.

(34) Herrán Ortíz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión… ob. cit., p. 824.

La Disposición Adicional Cuarta fue reformada en el año 2021, quedando redactada de la forma en la que sigue:

> «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.»

Actualmente, son consideradas personas en situación de discapacidad a los efectos del artículo 822 CC que aquí nos ocupa, aquellos que encajan en la definición otorgada en el artículo 2 LPPD y aquellas personas que tengan un grado de dependencia II o III de acuerdo con el artículo 26 b) de la Ley 39/2006 (35).

En definitiva, en virtud de la vigente Disposición Adicional Cuarta del Código Civil, podrán ser consideradas «personas en situación de discapacidad» a efectos del artículo 822 CC, y por tanto beneficiarios del particular derecho de habitación contenido en el referido precepto:

i) Aquellas personas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.

ii) Personas que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

iii) Toda persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

iv) Personas que necesiten de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

c) *Estado de necesidad*

El artículo 822 párrafo segundo *in fine* del CC, incide sobre la «necesidad» como presupuesto necesario para constituir el derecho de habitación

(35) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (*BOE*-A-2006-21990 de 15 de diciembre de 2006).

especial regulado en este precepto. Debemos clarificar, por tanto, qué se puede considerar necesidad a los efectos del meritado precepto.

En primer lugar, debemos tener claro que la referencia a la necesidad esta circunscrita al ámbito propio de la vivienda, no a la capacidad económica del legitimario en situación de discapacidad. De esta manera, no cumplirían con este presupuesto aquellos legitimarios en situación de discapacidad que tuvieran derecho sobre otra vivienda, independientemente de que tal derecho fuera previo al fallecimiento del causante o que tal derecho se hubiera adquirido por una disposición *mortis causa* (36).

Así pues, para cumplir con este presupuesto resulta necesario que el legitimario en situación de discapacidad no tenga la posibilidad de habitar en otro inmueble beneficiándose así de las particularidades propias del derecho de habitación del artículo 822 CC. Tal estado de «necesidad» debe darse en el momento de la muerte del causante (37).

4.2 **Presupuestos objetivos**

Como señalábamos anteriormente los presupuestos necesarios para poder disfrutar de los beneficios propios del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC se dividen en presupuestos subjetivos, propios de la persona beneficiaria, y los presupuestos objetivos, que suponen la convivencia previa del causante y el habitacionista, y que el derecho de habitación grave la vivienda habitual.

a) *Convivencia*

El legitimario discapacitado debe convivir con el causante en el momento del fallecimiento de este último. La jurisprudencia viene considerando qué debe entenderse por convivencia, no es suficiente el siempre hecho de morar en la misma vivienda, sino que es necesaria una convivencia familiar y efectiva, con todo lo que la misma comporta para las personas que la integran (38).

Se viene señalando por la doctrina, que no tiene por qué tratarse de una «convivencia material», de forma que este presupuesto se entenderá cumplido en aquellos casos en los que el legitimario en situación de discapacidad resida parte del tiempo en un centro específico en el que, por ejemplo, este recibiendo tratamiento, siempre que se encuentre en condiciones de

(36) Ragel Sánchez, L. F., «El derecho de habitación establecido a favor… ob. cit., p. 4029.
(37) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de…* ob. cit., p. 117.
(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000.

disfrutar, tras la muerte del causante, de ese derecho de habitación que se le concede[39]

En cuanto a la cuestión temporal de la convivencia, el Código Civil no señala un plazo concreto que necesariamente deba cumplirse para entender que concurre este presupuesto. Es más, en aquellos casos en los que el derecho de habitación se constituya de forma voluntaria, ya fuera por medio de donación o por medio del legado voluntario, no es necesario que al momento de la constitución del gravamen el legitimario conviva, sino que, simplemente, al momento de la muerte del causante tal convivencia sea efectiva.

b) *Vivienda habitual*

El artículo 822 CC hace referencia a que el derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad deberá estar circunscrito a la vivienda habitual.

Como sabemos, nuestro Código Civil no otorga una concreta definición de la «vivienda habitual», de hecho, utiliza terminología diversa para referirse a la misma («vivienda habitual en los artículos 90,91,96,103.2 y 1357.2 CC, «residencia habitual» en el artículo 1406.4 CC, «hogar familiar» en los artículos 81 y 1362 CC, «domicilio conyugal» en los artículos 70 y 87 CC, o «domicilio familiar» en el artículo 93CC).

En cuanto a la vivienda habitual, señala Gil Membrado[40] que debe ser entendida como aquella en la que, de ordinario, se desenvuelve la vida familiar. Así, la vivienda habitual presenta caracteres de habitabilidad, habitualidad y carácter familiar. De esta forma se excluyen del concepto de vivienda habitual aquellos inmuebles que se ocupan sin intención de permanencia o que tienen carácter temporal[41].

Señalado cuanto antecede, debemos mostrarnos conformes con la definición que, a efectos del artículo 822 CC da Garcia Herrera[42] de la «vivienda habitual», entendiendo como tal «aquella en la que el causante y discapacitado beneficiario residan (convivan) de forma continuada (permanencia) en el tiempo».

---

(39) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de…* ob. cit., p. 117.

(40) Gil Membrado, C., *La vivienda familiar,* Madrid, 2013, p. 41.

(41) Álvarez Martínez, G., «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, p. 2941.

(42) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 121.

5. CONTENIDO DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Como sabemos, el derecho de habitación es un derecho real limitado sobre cosa ajena, de carácter personal que recae sobre un inmueble y que permite a su beneficiario el uso de la vivienda. El derecho de habitación «ordinario» viene regulado en los artículos 523 y ss CC.

El artículo 524.2 CC establece que «la habitación da a quien tiene ese derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y las personas de su familia». De tal precepto se extrae que el contenido del derecho de habitación vendrá dispuesto, salvo que exista título constitutivo en el que se concrete el mismo, por las necesidades del habitacionista y su familia.

Es importante señalar a efectos de delimitar el contenido del derecho de habitación que el artículo 524 CC no toma en cuenta solo las necesidades del habitacionista, sino las de su familia. En este sentido, se ha venido considerando «familia» a aquellas personas que vivan bajo el mismo techo y estén a cargo del titular del derecho (cónyuge, hijos y personal a su servicio) (43).

Así pues, el derecho de habitación comprenderá únicamente la facultad de ocupar las piezas de la vivienda que sean necesarias para sí y las personas de su familia (entendiendo como familia la definición anteriormente señalada). Esto supone que, el derecho de habitación comprenderá aquello que sea preciso para satisfacer las necesidades del habitacionista y de los miembros de su familia, no atribuyendo el uso exclusivo y excluyente sobre la totalidad de la vivienda sobre la que recae, sino un derecho de uso parcial dirigió a satisfacer las necesidades básicas de los beneficiarios (44).

Hay que tener en cuenta que las necesidades deben ser actuales, realmente sentidas y determinadas o determinables. La extensión del derecho de habitación no puede depender, en ningún caso, de necesidades ya pasadas, ni de las que puedan surgir o aparecer en un futuro, ya sea próximo o lejano (45).

---

(43) Pérez Álvarez, M. A., «El usufructo, el uso y la habitación» en *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales* (Coord. De Pablo Contreras, P), Madrid, 2020, Quinta edición, p. 480.

(44) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 129.

(45) Fernández Domingo, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación,* Madrid, 1994, p. 114.

6. DERECHO DE HABITACIÓN Y CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS REALES

Hemos definido en diversas ocasiones el derecho de habitación como un derecho real limitado sobre cosa ajena. La propia definición otorgada del derecho de habitación plantea una serie de problemas en lo referente a la concurrencia del derecho real de habitación y otros derechos reales o incluso frente a la concurrencia de derechos de terceros.

6.1 **Derecho de habitación y derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC**

El artículo 822 CC *in fine*, hace referencia expresa a que el derecho de habitación en favor de legitimario con discapacidad no impedirá al cónyuge atribuirse los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 CC pero, en todo caso, deberán coexistir con el referido derecho de habitación.

Pues bien, los artículos 1406 y 1407 CC regulan la disolución de la sociedad de gananciales, por cualquier causa de disolución del vínculo matrimonial, entre ellas, el fallecimiento de uno de los cónyuges. En este proceso de la disolución de la sociedad de gananciales y, especialmente, en lo que aquí nos ocupa a efectos del presente trabajo, los art 1406 y 1407CC regulan el derecho del cónyuge supérstite a que se incluya preferentemente en su haber, hasta donde alcance, la vivienda en la que tuviera su residencia habitual (sobre la que, recordemos, debe recaer el derecho de habitación regulado en el artículo 822CC) (46). Además, el cónyuge podrá decidir que la casa le sea atribuida en propiedad, o bien, que en su beneficio se constituya un derecho de uso o habitación sobre la misma.

Aunque *a priori* podríamos pensar que con la redacción del artículo 822 CC *in fine* el derecho de habitación otorgado en favor del legitimario en situación de discapacidad se encuentra plenamente protegido, nada más lejos de la realidad. Atendiendo a los artículos 1406 y 1407 CC son dos situaciones conflictivas las que se pueden dar.

La primera de estas situaciones, quizá la que menos problemas plantea, es aquella en la que el cónyuge supérstite decide optar por constituir un derecho de uso y habitación en su favor. Aunque en principio ambos derechos de habitación pueden coexistir, el conflicto se puede producir en aquellos casos en los que el inmueble no sea suficiente para cubrir las

(46) Véase apartado 4.4. Vivienda habitual.

«necesidades habitacionales» de ambos titulares y sus familias de acuerdo con su estructura arquitectónica[47].

La segunda hipótesis supone que el cónyuge supérstite opte por la atribución de la propiedad de la vivienda habitual. En estos casos resultaría de aplicación el artículo 1380 CC que establece que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador, y en caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. Pues bien, en estos casos, el derecho de habitación conferido al legitimario en situación de discapacidad operará como un gravamen sobre el inmueble y el habitacionista podrá habitar en la vivienda, conviviendo con el cónyuge del causante.

Como señalan algunos autores, el artículo 822 *in fine* del CC muestra las deficiencias de técnica jurídica en la reforma del precepto dado que existe una clara discrepancia entre los distintos conceptos de «vivienda habitual» que dan origen a cada uno de los derechos aludidos en el referido artículo. Por un lado, los derechos de atribución preferente del cónyuge supérstite parten de una vivienda familiar habitual cuya titularidad es de ambos cónyuges y, por otro lado, el derecho de habitación reconocido en el artículo 822 CC parte del concepto de vivienda habitual de la que el causante es titular efectivo[48]. Además, el artículo 822 *in fine* es contrario al preámbulo de la Convención de Nueva York, que señala la necesidad de respetar la independencia y preferencia de las personas con discapacidad de manera no asociada a las decisiones o circunstancias de su padres[49].

7. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo, tal y como dispone el artículo 513 CC, pero, además, por abuso grave de la cosa o de la habitación en virtud del artículo 529 CC. Aunque tales preceptos están previstos para el derecho de habitación general, resultan también de aplicación el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad regulado en el artículo 822CC.

Podemos afirmar, por tanto, que son causas de extinción del derecho de habitación constituido en favor del legitimario en situación de discapacidad, la muerte de este, la finalización del plazo por el que se constituyó o el cumplimiento de la condición resolutoria, la reunión del derecho de

(47) Busto Lago, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios …* ob. cit., p. 1010.

(48) Robles Ramos, J., *Intangibilidad cualitativa de …* ob. cit. p. 514.

(49) Madriñán Vázquez, M., El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 … ob. cit., p. 1026.

habitación y la propiedad en la misma persona del legitimario, la renuncia del habitacionista, la pérdida total de la cosa, la resolución del derecho del constituyente la prescripción y el abuso grave de la cosa.

Trataremos ahora algunas de las causas de extinción que generan mayores dificultades en el concreto caso del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, obviando extendernos en aquellas que se regirán del mismo modo que el derecho de habitación «ordinario».

7.1 **Extinción por muerte del habitacionista**

Del propio carácter personalísimo del derecho real de habitación resulta que por muerte del habitacionista este derecho se extinga, dado que se constituyó única y exclusivamente en atención a la persona beneficiaria del mismo.

En el caso concreto del derecho de habitación constituido en virtud del artículo 822 CC atendiendo además a sus presupuestos específicos, esta causa de extinción cobra aún más fuerza. Como señala García Herrera[50] este supuesto se constituye en exclusiva en atención a las especiales necesidades de vivienda del beneficiario, a satisfacción de las cuales se atempera su contenido.

Una de las dudas que plantea esta causa de extinción es si una vez fallecido el habitacionista su familia puede seguir disfrutando de este derecho real. Esta cuestión encuentra su origen en la regulación del derecho de habitación ordinario, pues como hemos visto con anterioridad[51], el contenido del derecho de habitación se configura atendiendo, no solo a las necesidades del habitacionista, sino las de su familia. Pues bien, como señala la mayor parte de la doctrina[52], la respuesta debe ser negativa, dado que las necesidades familiares únicamente se conciben como causa de expansión del contenido del derecho, pero no como causa de su constitución. Admitir esta posibilidad supondría además la imposibilidad de concretar la duración de este derecho.

7.2 **Extinción por expiración de plazo por el que se constituyó**

Como hemos dicho, el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad puede constituirse por medio de donación o por medio

(50) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 146.
(51) Véase apartado 5 «Contenido del derecho de habitación».
(52) *Vid.,* por todos García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 146.

de legado. Ambas formas de constitución voluntaria de este beneficio implican la existencia de un título constitutivo en el que podría, *a priori*, establecerse un plazo de duración del derecho.

Sin embargo, esta causa de extinción carece de sentido en el derecho de habitación «especial» que se prevé en el artículo 822 CC. Como hemos venido repitiendo a lo largo del presente trabajo, el objetivo del precepto no es otro que dotar de protección al legitimario con discapacidad y garantizarle a éste una vivienda. Establecer un plazo de duración de este derecho real de habitación contravendría la finalidad de la norma, por lo que, si bien esta causa de extinción tendrá validez para el derecho de habitación «ordinario», no debe ser tenida en cuenta para el derecho de habitación particular regulado en el artículo 822 CC.

7.3 **Extinción por cumplimiento de condición resolutoria, en particular, la recuperación del habitacionista como causa de extinción**

Como hemos dicho anteriormente, no tiene cabida la extinción del derecho de habitación constituido en favor del legitimario con discapacidad en aquellos casos en los que se establezca un plazo, sin embargo, cuestión distinta es su extinción por cumplimiento de condición resolutoria.

Como hemos señalado anteriormente en este trabajo[(53)], los presupuestos necesarios para que el habitacionista disfrute de los beneficios del artículo 822 CC son: (i) que sea legitimario, (ii) que sea una persona en situación de discapacidad, (iii) que tenga necesidad, (iv) que exista una convivencia previa con el causante (v) que el derecho de habitación se constituya sobre la vivienda habitual.

Esta causa de extinción parte de la premisa de un derecho de habitación constituido de forma voluntaria por medio de donación o legado, de forma que en su título constitutivo se hiciera constar como causa de extinción la recuperación del habitacionista. Sin embargo, debemos mostrarnos de acuerdo con Garcia Herrera[(54)] cuando afirma que tal previsión «sería innecesaria a efectos de generar la extinción del derecho, pues la referida recuperación produciría, sin necesidad de previsión expresa al respecto, tal extinción, porque al faltar causa o razón de ser del derecho real éste carece de sentido y debe dejar de existir». Y, naturalmente, también faltaría la razón de ser del derecho real de habitación del artículo 822 CC si cesa la discapacidad.

(53) Véase apartado 4. Presupuestos.
(54) García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de …* ob. cit., p. 147.

Tal razonamiento nos lleva a afirmar que esta condición resolutoria se encuentra implícita en el propio artículo 822 CC, de forma que, independientemente de que se constituya de forma voluntaria o de forma legal, la recuperación del beneficiario debe conllevar la extinción del derecho real.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos visto, la LPPD dotó al artículo 822 CC de un nuevo contenido, regulando el derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad. Aunque dicho precepto fue reformado por la Ley 8/2021, de protección a las personas con discapacidad, la reforma del precepto aquí estudiado fue meramente formal, con el fin de adaptarse a una nueva terminología más inclusiva.

El derecho de habitación «especial» recogido en el artículo 822 CC tiene una finalidad protectora, pues pretende asegurar que la persona en situación de discapacidad disponga de una vivienda en la que habitar cuando sus familiares más cercanos fallezcan. Así, este derecho de habitación especial tiene una serie de particularidades con respecto al derecho de habitación «ordinario» regulado en los artículos 524 y ss CC. Entre tales notas características del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad se encuentran, en primer lugar, que se trata de un derecho personalísimo, nota que resulta común con el derecho de habitación ordinario pero que resulta más evidente en este caso particular, por la finalidad de la norma, que no es otra que proteger al legitimario en situación de discapacidad frente al riesgo de no tener una vivienda en la que habitar. Además, el derecho de habitación del artículo 822 CC es intransmisible, dado que así lo establece el propio precepto. Pero, sobre todo, y más importante, es un derecho no computable a efectos del cálculo de las legítimas, por lo que se puede considerar un gravamen sobre la misma. Así los demás legitimarios verán mermada la legítima que les corresponde pues este derecho de habitación no será tenido en cuenta a efectos del cálculo de las mismas.

El artículo 822 CC prevé diferentes modos de constitución del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad. Dos modos de constitución voluntarios, como son la donación y el legado voluntario; y un tercer modo de constitución como es el legado legal. En virtud del segundo párrafo del citado precepto puede constituirse el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad por medio de la figura del legado legal, siempre que no exista manifestación de voluntad en

contrario del causante y que se den los presupuestos previstos en el citado párrafo.

A propósito de dichos presupuestos hay que señar que, aunque de la interpretación literal del precepto se pueda pensar *a priori* que son distintos los requisitos exigidos según el modo de constitución del derecho de habitación del art 822 CC, parte de la doctrina, con la que nos mostramos conformes, viene señalando que todos los presupuestos señalados en el citado precepto deben concurrir independientemente de la forma de constitución del derecho de habitación. Por tanto, tanto cuando el derecho de habitación se constituya de forma voluntaria (por medio de donación o legado voluntario) como de forma legal (legado legal) los presupuestos que deben concurrir para que el habitacionista se vea beneficiado de este derecho de habitación «especial» son los mismos:

i) Debe tratarse de un legitimario «efectivo», es decir, aquellos que ostenten tal condición al tiempo del fallecimiento, no siendo suficiente un «legitimario eventual».

ii) Además, en la persona del legitimario debe concurrir la situación de discapacidad. Para determinar si dicha situación se da es necesario acudir a la Disposición Adicional Cuarta y a la Ley 39/2006.

iii) El legitimario con discapacidad debe en cualquier caso estar en situación de necesidad, entendiendo como tal que el posible beneficiario no tenga otro inmueble en el que habitar.

iv) En todo caso el legitimario con discapacidad debe estar conviviendo previamente con el causante en el momento del fallecimiento, aunque dicha convivencia no tiene por qué ser material.

v) Finalmente es necesario que el derecho de habitación se constituya sobre la vivienda habitual, entendiendo como tal aquella en la que el causante y discapacitado beneficiario residan (convivan) de forma continuada (permanencia) en el tiempo.

Si no concurren tales presupuestos en el momento de la muerte del causante, el habitacionista no gozará de los beneficios propios del artículo 822 CC, sino que se tratará de un derecho de habitación ordinario regulado por los artículos 524 y ss CC.

En cuanto al contenido del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad hay que tener en cuenta que este derecho comprenderá únicamente la facultad de ocupar las piezas de la vivienda que sean necesarias para sí y las personas de su familia, teniendo en cuenta que las necesidades deben ser actuales, realmente sentidas y determinadas o determinables.

El propio artículo 822 CC prevé la concurrencia del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad con otros derechos de terceros. Más concretamente, la concurrencia del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad con la posibilidad de que el cónyuge supérstite ejerza alguno de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 CC. Así, en aquellos casos en que el cónyuge supérstite casado en gananciales opte por la atribución de la vivienda habitual, el derecho de habitación operará como un gravamen sobre el inmueble. En cambio, cuando el cónyuge supérstite opte por constituir a su favor un derecho de uso y habitación, ambos derechos de habitación deben coexistir, aunque puede generar ciertos inconvenientes si la vivienda no puede cubrir las necesidades de ambos habitacionistas por cuestiones arquitectónicas.

El derecho de habitación del artículo 822 CC tiene las mismas causas de extinción que el derecho de habitación «ordinario», en concreto por las previstas en el artículo 513 CC, que regula las causas de extinción del usufructo. Sin embargo, en lo referente al derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad, debemos tener en cuenta que hay dos causas de extinción que carecen de sentido. En concreto, la extinción por expiración de plazo, dado que establecer un plazo de duración de este derecho real de habitación contravendría la finalidad de la norma, por lo que no tiene cabida en este derecho de habitación «especial». De igual modo, la extinción del derecho de habitación por cumplimiento de condición resolutoria establecida en el título constitutivo no tiene sentido en este caso concreto, pues la única condición resolutoria válida sería la desaparición de la situación de discapacidad lo que daría lugar a la desaparición de la razón de ser del derecho real de habitación del artículo 822 CC y a la ausencia de uno de los presupuestos necesarios para su constitución, con lo que dicho derecho se extinguiría automáticamente sin necesidad de condición resolutoria expresa.

En definitiva, el derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad regulado en el art 822 CC pretende otorgar una mayor protección a la persona con discapacidad, garantizándole habitar una vivienda cuando sus familiares más cercanos fallezcan. Los presupuestos exigidos para disfrutar de los beneficios de este derecho de habitación son necesarios atendiendo a la finalidad protectora de la norma y, en caso de no cumplirlos, el habitacionista disfrutará de un derecho de habitación «ordinario», pero no con los privilegios propios del citado precepto.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo Garcia, M., *Derecho Civil*, Ed. Bosch, octava edición, 1994, tomo III vol. 2.

— *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, octava edición, tomo V.

Álvarez Martínez, G., «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Derecho Civil, Derechos Reale*s, quinta edición, Madrid, 2015.

Busto Lago, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios al Código Civil* (Coord. Bercovitz Rodriguez-Cano, R.), Navarra, 2006, segunda edición.

Diaz-Alabart, S., «Las reformas del derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad» *Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad),* (Dir. Diaz-Alabart), Madrid, 2004.

Fernández Domingo, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, 1994.

García Herrera, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Madrid, 2018.

Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013, p. 41.

Gómez Martínez, C., «El papel activo del Juez en la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022.

Herran Ortiz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz» en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Torres Lana, Cord. Monje Balmaseda), Madrid, 2014.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales,* tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, Vol. II.

Lasarte Álvarez, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Madrid, 2015.

Madriñán Vázquez, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 del Código Civil» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022.

Pérez Alvarez, M. A., «El usufructo, el uso y la habitación» en *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales* (Coord. De Pablo Contreras, P) Madrid, 2020, quinta edición.

Puig Brutau, J., *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1989, Vol. II.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al Código Civil* (Dir. Bercovitz Rodriguez-Cano, Valencia, 2013, Tomo V.
— «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta» en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* Murcia, 2004, Tomo II.
ROBLES RAMOS J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima: excepciones*, Madrid, 2021.

Sección 5

Vivienda como problema en situaciones de crisis económica y familiar

X

PATOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA

A. Usos anómalos

Cristina Argelich Comelles
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo versa sobre los usos anómalos de la vivienda. En este sentido, se prestará especial atención a la infravivienda, a los efectos de categorizar las diversas modalidades de usos anómalos de la vivienda, a la luz del Derecho español y el Derecho comparado europeo. Estas modalidades se concretan en la sobreocupación, la vivienda vacía, el uso como vivienda de espacios no residenciales y el uso de vivienda para usos no residenciales.*

Palabras clave: *Vivienda, vivienda vacía, infravivienda, sobreocupación.*

Abstract: *This chapter deals with the anomalous uses of housing. In this regard, the substandard housing will be the basis of the anomalous uses of housing, in the light of Spanish law and Comparative European law. These forms include over-occupation, empty dwellings, the use of non-residential spaces as housing, and the use of housing for non-residential purposes.*

Keywords: *Housing, empty dwellings, substandard housing, over-occupation.*

Sumario: 1. Usos anómalos de la vivienda: especial referencia a la infravivienda, el sinhogarismo y la exclusión residencial. 2. Modalidades de usos anómalos de la vivienda. 2.1 Sobreocupación. 2.2 Vivienda vacía. 2.3 Uso como vivienda de espacios no residenciales. 2.4 Uso de vivienda para usos no residenciales. 3. Reflexiones finales en materia de armonización conceptual de los usos anómalos de la vivienda. Bibliografía.

1. USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA: ESPECIAL REFERENCIA A LA INFRAVIVIENDA, EL SINHOGARISMO Y LA EXCLUSIÓN RESIDENCIAL[1]

En este capítulo, examinaremos las patologías jurídicas de la vivienda, concretadas en diversos usos anómalos, prestando una especial atención a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[2], en adelante LDV, en relación con el Derecho comparado europeo y la legislación autonómica. Con carácter previo a la caracterización de las diversas modalidades de usos anómalos de la vivienda, es necesario configurar un concepto de vivienda, incardinando en el mismo algunos usos anómalos que, directa o indirectamente por omisión, el legislador permite.

En este sentido, el artículo 3 LDV contiene las definiciones en materia de vivienda relativas a esta norma, unos conceptos incompletos y que, en atención al Derecho comparado y la legislación autonómica, resultan en su mayor parte obsoletos. Si bien el precepto distingue entre los conceptos de «vivienda[3]» y «residencia habitual», no ofrece una definición de «vivienda habitual» ni de «vivienda vacía». Por su reiteración en esta y otras normas de carácter civil y fiscal, deberían plantearse unas definiciones al respecto, pues es clave para heterointegrar el ámbito material de aplicación de la protección legal de la residencia habitual y de las medidas para las viviendas vacías. Respecto de la ausencia de una definición de «vivienda vacía o deshabitada», deberá heterointegrarse el concepto con las leyes autonómicas de vivienda[4], que vinculan

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) *BOE* de 26 de mayo de 2023. Argelich Comelles, 2023, pp. 1-454.

(3) A fondo sobre este concepto y la distinción de figuras afines, véase Sibina Tomás, 2008, pp. 463-492.

(4) Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía, *BOE* de 2 de noviembre de 2013; Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, *BOE* de 27 de julio de 2013;

esta consideración de «vacía» con el tiempo de deshabitación, fijado en seis meses en el transcurso de un año en Andalucía, Navarra y Canarias, y de dos años en Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Extremadura y Baleares.

El legislador define el concepto de «vivienda» como el edificio o una parte de este que tenga carácter privativo y cuyo destino sea la residencia y habitación de personas, que cumpla las condiciones mínimas de habitabilidad legalmente exigidas, y que pueda disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio, conforme a la legislación aplicable y a la ordenación urbanística y territorial. Este es un concepto claramente obsoleto en su literalidad, por la ausencia de nociones básicas del Derecho comparado europeo y, además, parte del paradigma de las viviendas en régimen de propiedad horizontal –mayoritario en España– o de propiedad horizontal por parcelas cuando refiere el acceso a espacios y servicios comunes. La Tabla *ETHOS – European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*[5], relativa a las formas de sinhogarismo existentes en Europa, determina diversas situaciones de falta de destino habitacional de la vivienda, a saber: las «personas sin techo», entendidas como quienes duermen a la intemperie; la «falta de vivienda», pero con un lugar para dormir temporalmente en instituciones o albergues; las «viviendas inseguras», por exclusión social severa, lanzamiento o violencia doméstica; y las «viviendas inadecuadas», entendidas como instalaciones no fijas y el hacinamiento en viviendas o sobreocupación, por vulneración del derecho a la intimidad.

Algunos autores, fruto de un proceso de síntesis y actualización, han definido la «vivienda» en los siguientes términos: «edificación fija que cumple unos requisitos de habitabilidad, es un activo económico y patrimonial, constituye el domicilio de las personas que viven en ella (tanto desde un punto de vista jurídico público como privado), es la vivienda conyugal o familiar y, en definitiva, donde se forma un hogar[6]». El carácter fijo de la edificación es un elemento clave para su calificación a nivel europeo, pues el legislador estatal olvida que lo contrario es una infravivienda, así como su consideración de activo económico y patrimonial, junto con la inclusión del domicilio como residencia habitual y vivienda

---

Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, *BOE* de 1 de julio de 2014; Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, del País Vasco, *BOE* de 13 de julio de 2015; Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, *BOE* de 22 de noviembre de 2004; y Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, *BOE* de 15 de mayo de 2019.

(5) FEANTSA, 2005. Nasarre Aznar, 2020, pp. 1-656.

(6) Caballé Fabra, 2021, pp. 175-237. Sobre la regulación en materia de vivienda familiar, atiéndase Cuena Casas, 2011, pp. 275-442.

familiar, por ser el entorno en el que se desarrolla el derecho a la intimidad personal y familiar *ex* artículo 18 CE.

Todos los elementos que el legislador estatal elude permiten excluir del concepto de «vivienda» y del de «vivienda familiar» aquellos habitáculos móviles que no pueden ser calificados como vivienda por incumplir las condiciones de habitabilidad, referidas en este caso a la ausencia de estabilidad de la edificación, esto es, las *mobile home*, por su carácter removible, y habitáculos móviles como las autocaravanas y caravanas, entre otros. Igualmente, quedan excluidos aquellos que no reúnan las condiciones de habitabilidad, una exclusión que contempla la definición estatal, y los que no sean un activo económico, es decir, cuando se produzca la destrucción o pérdida de la vivienda, una consideración que el legislador ha obviado. Finalmente, en la definición a la luz del Derecho comparado europeo, se vinculan los conceptos de «domicilio» y «hogar», por su desarrollo de la intimidad personal y familiar. En contraste, el legislador estatal utiliza incorrectamente el término «hogar» en toda la norma, pues debería referirse a «unidad familiar» como concepto estándar en materia de subvenciones.

Complementariamente, indicamos que en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra y Canarias se dispone que por vivienda debe entenderse «toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación» o que pueda solicitarlas y que esté prevista para el uso habitacional[(7)]; estos legisladores obvian también los elementos indicados. Este concepto difiere del establecido en el artículo 3 a) de la Ley 18/2007, de Cataluña[(8)], que la define como «toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación». Resulta llamativo que el legislador estatal no precise en

(7) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 25.1 de la Ley 1/2010, el apartado primero del artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que reforma el artículo 42 bis de la Ley Foral 10/2010, y el artículo 26 de la Ley 2/2014, de Canarias, que actualiza el artículo 81.1 de la Ley 2/2003.

(8) Este concepto también se contiene en el artículo 5.a) de la Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012, *BOE* de 9 de septiembre de 2015. Menéndez Moreno, 2015, p. 13, considera sobre esta definición que tiene «expresiones propias de una literatura hondamente social y, como es frecuente en ella, literariamente pobre ("cumplimiento y cumple" o "necesarios y necesidades", se utilizan reiterada, tautológica y cacofónicamente)».

esta definición, ni en el resto del articulado, el alcance material del derecho a la vivienda como derecho de desarrollo legal, precisamente en la norma que debería dotarle de contenido. Igualmente, tampoco define el concepto de «vivienda habitual» al que parece dirigirse la norma, y no a otro tipo de viviendas.

El legislador estatal establece el concepto de «infravivienda» como la edificación, o una parte, que siendo destinada a vivienda no reúna las «condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable», un requisito de habitabilidad que también encontramos en la legislación autonómica. Refiere, a continuación, las viviendas que, en todo caso, tendrán la consideración de infravivienda[9]: las que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables; las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas; y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación.

2. MODALIDADES DE USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA

Una vez detallado el concepto de vivienda y sus requisitos, examinaremos seguidamente las modalidades de usos anómalos. Estas se refieren a la sobreocupación, la vivienda vacía, el uso como vivienda de espacios no residenciales, así como el uso de vivienda para usos no residenciales.

2.1 **Sobreocupación**

Por lo que respecta a la sobreocupación, encontramos dos previsiones explícitas por parte del legislador estatal. Por una parte, el artículo 11.3 LDV determina el deber de evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos. En este caso, indicamos como principales desajustes materiales relativos al cumplimiento de este deber, y de los que se deriva la denegación de la cédula de habitabilidad en aquellos territorios donde es exigible, los siguientes: la sobreocupación de viviendas respecto de su capacidad total, lo que supone el

(9) A fondo sobre este concepto y la distinción de figuras afines, véase Sibina Tomás, 2008, pp. 463-492.

incumplimiento de las condiciones de habitabilidad, siendo ejemplos paradigmáticos infraviviendas como las «casas colmena» o las ya deshabitadas «corralas»; y el negocio jurídico en fraude de ley que entraña la aplicación de las disposiciones de arrendamiento para uso distinto de vivienda de la LAU o el arrendamiento por temporada a un arrendamiento de una vivienda habitual, frecuente en ciudades con alta demanda residencial en arrendamiento y escasa oferta[10].

Por otra parte, el artículo 2.1 apartado 14 LDV prevé la adopción de medidas para identificar y prevenir la retención especulativa, la segregación residencial, los procesos de sobreocupación y la degradación de las condiciones del parque de vivienda existente y de su entorno. Mediante estas medidas, se pretende garantizar el desarrollo de su función residencial y la mejora de la calidad de vida. De conformidad con el fin relativo al principio de igualdad y no discriminación, se garantiza la igualdad, desde la perspectiva de género, edad y capacidad, en todas las políticas y acciones en materia de vivienda, a todos los niveles, y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación. Finalmente, se establece un control y garantía del uso responsable de recursos públicos suficientes, para cumplir los objetivos de la política de vivienda y aplicar, en la gestión del parque público, criterios de corresponsabilidad de sus ocupantes. Ello alude a los desperfectos ocasionados por los ocupantes de viviendas públicas, que puedan hacer inhabitable la vivienda o, al menos, comprometer sus condiciones de habitabilidad.

2.2 **Vivienda vacía**

El legislador estatal, a pesar de que no dispone en el artículo 3 LDV, correspondiente a las definiciones, un concepto de vivienda vacía, sí se refiere a ella en el artículo 34, un concepto que compararemos con el contenido en la legislación autonómica y el Derecho comparado europeo en materia de viviendas vacías. Así, dispone la caracterización del parque de vivienda y el concepto de «vivienda deshabitada o vacía», un concepto que no viene previsto en el artículo 3 LDV, como una adecuada ubicación sistemática de la norma exige. Debemos referirnos al hecho de que, hasta la aprobación de esta norma, no existía ninguna regulación estatal que definiese el concepto de vivienda, ni los criterios para considerarla deshabitada, unas circunstancias referidas a tiempo de deshabitación y las circunstancias en las que se encuentre, de conformidad con la normativa autonómica.

(10) El País, 2022. Fuentes-Lojo Rius, 2022.

En el primer apartado del precepto, el legislador estatal impone el deber de información sobre el uso y destino del parque de vivienda a las Administraciones territoriales competentes. Especifica que esta información deberá indicar, en términos agregados, el número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén «habitados por hogares» –debería expresar solamente que estén «habitados», por lo absurdo de esta locución y la imprecisión del término «hogares» en toda la norma– y que constituyan su «residencia principal» –cuando debería referir «residencia habitual»–, junto con los identificados como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial. En el caso de las viviendas deshabitadas, se incluirá de forma agregada el número de inmuebles a los que se aplique el recargo fiscal, dispuesto en el artículo 72 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales[(11)]. El segundo apartado del precepto establece que se tendrán que publicar estos datos a través de la sede electrónica de la Administración correspondiente, con carácter anual, especificando las medidas y acciones orientadas a la optimización del uso del parque de vivienda.

Por lo que aquí respecta, resulta necesario realizar algunas consideraciones complementarias respecto de la normativa estatal y autonómica sobre viviendas deshabitadas. El artículo 2.1 LAU precisa que el arrendamiento de vivienda recae sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario[(12)]. La finca urbana tiene que referirse a una edificación habitable, es decir, debe tratarse de una estructura arquitectónica permanentemente unida al suelo, según exige el artículo 334.1 CC. En consecuencia, podemos definir la vivienda deshabitada como aquella que, además de reunir los requisitos para que la edificación sea calificada de vivienda, esté deshabitada sin causa justificada –en el caso de la Ley 18/2007, de Cataluña, y de la Ley 3/2015 del País Vasco– o sin incurrir en una exclusión normativa en el

(11) *BOE* de 9 de marzo de 2004.

(12) Parra Lucán, 2014, p. 37, complementa esta definición de vivienda, que se encuentra en la legislación de expropiación temporal del uso de viviendas, con la LAU: «[e]xiste un concepto legal de arrendamiento de vivienda, conforme al cual es "aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario" (art. 2.1 LAU) o, también, aunque no viva en ella el arrendatario, de "su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes" (art. 7.1 LAU)». Parra Lucán, 2014, p. 53, detallan sobre el *destino primordial* que es posible que en la finca se desarrollen actividades distintas de la vivienda y que el contrato quede igualmente incluido en el ámbito de aplicación de la LAU. Atiéndanse la SAP Madrid de 9 de marzo de 2004, JUR 2004\249301, que explica que pese a ejercer una actividad artesanal de carpintería, no perdía la condición de arrendamiento de vivienda, y la STS de 16 de octubre de 2009, RJ 2009\5581, que precisa que la designación de domicilio social de una vivienda arrendada para su uso habitacional no impide la calificación de arrendamiento de vivienda.

resto de la normativa autonómica, durante un determinado plazo. Estas exclusiones se refieren al artículo 5 LAU sobre las viviendas de uso profesional, de uso militar o de aprovechamiento agrícola, las viviendas universitarias y las viviendas turísticas, así como a las contenidas en la legislación autonómica, que comprenden las viviendas de uso turístico, las viviendas destinadas a segunda residencia, y las viviendas arrendadas por temporada[13].

Respecto de la legislación autonómica que dispone medidas para las viviendas deshabitadas[14], el artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de Cataluña, exige para dicha consideración que lo esté de forma permanente e injustificada durante más de dos años[15]. A pesar de que la normativa no establece unas exclusiones, por el propio concepto de vivienda vacía, deben considerarse excluidos los inmuebles denominados «vivienda secundaria», que según el artículo 3 c) son los que constituyan la segunda residencia del propietario –y que, por tanto, están deshabitados de forma interrumpida pero no permanente–, así como las llamadas «viviendas de actividad económica», que según el artículo 3 l) se refiere a las utilizadas para la obtención de rendimientos económicos.

Ante la existencia de una vivienda vacía, conforme a estos requisitos, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad e incluirla en el censo de viviendas deshabitadas, elaborado para cada área de demanda residencial fuerte y acreditada, de conformidad con el artículo 12.6. La inscripción de la vivienda en este censo marca el *dies a quo* del plazo de dos años en el que el propietario debe destinar la vivienda al uso habitacional, por el medio que estime oportuno; esta referencia debe entenderse hecha a la DA 1 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, que crea el Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante. Por otra parte, en el País Vasco, el artículo 56 de la Ley 3/2015 dispone que se considerará una vivienda como deshabitada cuando lo esté de forma continuada durante dos años, igual que el artículo 15 de la Ley 2/2017, de la Comunidad Valenciana. En Andalucía, Navarra, Canarias y Extremadura presumen que la vivienda no se habita cuando, pese a contar con las autorizaciones administrativas para su efectiva ocupación, no se destine al uso residencial durante más de seis meses consecutivos en el curso de un

(13) Sobre la legislación autonómica, nos remitimos a Argelich Comelles, 2017, pp. 108-110.

(14) Vinuesa, de la Riva, Palacios, 2008, p. 23, explican que la *vivienda vacía* es «la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años». Escajedo; Garrido, y Gorrotxategui, 2011, p. 9, sobre la deshabitación precisan que «no se consideran vacías, a efectos de intervención pública, aquellas viviendas cuya vacancia es transaccional; es decir, cuando se debe a un cambio en el régimen de ocupación».

(15) El plazo previsto en Andalucía, Navarra y Canarias para presumir que una vivienda se encuentra deshabitada es de como mínimo seis meses en el curso de un año.

año[16], siendo el *dies a quo* el último día de efectiva habitación. Como reflexión, habría sido oportuno que estas normas hubiesen incorporado un catálogo de justas causas de deshabitación, pues pueden existir circunstancias, como las descritas en el artículo 3 de la Ley 18/2007 de Cataluña y en el artículo 56.2 de la Ley 3/2015, del País Vasco, que justifiquen la deshabitación de una vivienda. Cabe aludir que se prevén unos indicios de deshabitación en prácticamente todas las normas[17], salvo la catalana, la vasca y la extremeña. Estos indicios facilitan la prueba de la deshabitación de la vivienda, y por este motivo resulta de utilidad su previsión.

En cuanto al tipo de deshabitación del inmueble, según el artículo 5.2 b) de la Ley 18/2007, de Cataluña, debe ser de forma permanente e injustificada, porque constituye uno de los supuestos de incumplimiento de la función social del derecho de propiedad[18]. La exigencia de la permanencia en la deshabitación implica que se produzca de manera ininterrumpida. Este elemento permite excluir a las segundas residencias que se habiten de forma interrumpida, puesto que no permanecen permanentemente deshabitadas. Asimismo, la deshabitación debe ser injustificada, por su concurrencia en las justas causas que la pueden amparar. La deshabitación permanente presenta el mismo problema de aplicabilidad que el arrendamiento forzoso de viviendas desocupadas de las Leyes de arrendamientos urbanos de 1946, 1956 y 1964: puede evitarse su calificación en el caso de que se pueda probar que se ha habitado en la vivienda, aunque no se haya producido materialmente.

En el ámbito de la legislación comparada, la sección 133 (2) de la *Housing Act 2004*, del Reino Unido, considera una vivienda como deshabitada, a los efectos de dictar una IMO –orden provisional de gestión de viviendas vacías–, cuando ninguna parte de la vivienda está ocupada o cuando el *relevant proprietor* no pertenezca al sector público[19]. Esta

(16) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 25.2 de la Ley 1/2010, el artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que reforma el artículo 42 bis de la Ley Foral 10/2010, el artículo 11 de la Ley 2/2014, de Canarias, que actualiza el artículo 34.3 de la Ley 2/2003, y el artículo 2 de la Ley 11/2019, de Extremadura.

(17) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 26 de la Ley 1/2010, el artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que actualiza el artículo 42 ter 1 de la Ley Foral 10/2010, de Navarra, el artículo 26 de la Ley 2/2014, de Canarias, que reforma el artículo 82 de la Ley 2/2003, y el artículo 15 de la Ley 8/2004, de la Comunidad Valenciana.

(18) Los otros supuestos de incumplimiento de la función social del derecho de propiedad son: cuando el incumplimiento de los deberes del propietario en cuanto a la conservación y rehabilitación supongan un riesgo para la seguridad de las personas y se les hayan garantizado, si demuestran su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda; la sobreocupación de la vivienda; y en caso de ser una vivienda de protección oficial, que no se destine a la residencia habitual y permanente de los propietarios.

(19) La sección 132 (4) (c) de la *Housing Act 2004* define al *relevant proprietor* como el arrendatario de vivienda que lo haya sido como mínimo siete años o en su defecto el titular dominical.

consideración se debe a que existen formas de ocupación parcial de las viviendas, como el arrendamiento de habitaciones en una vivienda o el *home sharing* mediante las plataformas de alojamiento colaborativo. Establece la imposibilidad de dictar una IMO si la vivienda está ocupada, bien sea legal o ilegalmente, es decir, prescindiendo del consentimiento del propietario. La sección 134 (2) (a) califica como deshabitada la vivienda que lo haya estado, conforme a los criterios para apreciar la deshabitación, durante al menos seis meses. Por su parte, el artículo R641-3 del *Code de la construction et de l'habitation,* de Francia, dispone que se considerará deshabitada la vivienda que lo haya estado durante seis meses –al igual que establecen las normas andaluza, navarra, canaria, extremeña y la *Housing Act 2004*– o cuando la vivienda no constituya la residencia habitual del poseedor.

En Bélgica, existen dos regulaciones diferentes, aunque coincidentes en el plazo, para apreciar la deshabitación[20], y así derivar la gestión pública del inmueble; sin embargo, en Flandes no se establece un plazo para apreciar la deshabitación. En Valonia, el artículo 80 del *Code wallon du Logement* considera que una vivienda está deshabitada cuando permanezca en esta situación durante doce meses y se haya declarado inhabitable, cuando carezca del mobiliario necesario para el uso habitacional, cuando tenga un consumo de electricidad y agua inferior al consumo mínimo fijado por el Gobierno no justificado, y cuando no esté censada ninguna persona, excepto que el titular de un derecho real justifique que se ha usado como vivienda o que la falta de uso sea involuntaria. La vivienda que se encuentra en obras de conservación no se considera deshabitada. Por su parte, en Bruselas, el artículo 15.1 del *Code bruxellois du Logement* presume que una vivienda se encuentra deshabitada cuando lo esté durante doce meses. En este sentido, el artículo 15.2 del *Code bruxellois du Logement* establece que una vivienda se presumirá como deshabitada cuando nadie esté censado como residente principal, cuando los propietarios hayan solicitado una reducción de los impuestos por tratarse de una vivienda improductiva, cuando la vivienda no tenga el mobiliario necesario para su uso habitacional, y cuando la vivienda tenga un consumo de agua o electricidad registrado inferior al consumo mínimo legal. No se presume como deshabitada la vivienda en la que está censada una persona propietaria, así como quien sea titular de un derecho real sobre esta.

Esto se debe al denominado *leaseholder,* es decir, que el arrendatario durante el tiempo del contrato tiene un derecho de propiedad por tiempo limitado sobre la vivienda, un derecho que puede enajenar o gravar, por ejemplo, mediante la constitución de una hipoteca. Simón Moreno, 2015, pp. 126-127.

(20) Korthals Altes, 2015, p. 219, explica que en Flandes se puede imponer una obligación social a los terratenientes, consistente en proporcionar vivienda social y que contraviene el derecho de la Unión Europea. Winters, 2013, pp. 90-99.

2.3 **Uso como vivienda de espacios no residenciales**

Por lo que respecta al uso como vivienda de espacios no residenciales, se refiere al uso habitacional de aquellos inmuebles que no reúnen las condiciones de habitabilidad y que, como analizaremos, son calificables de infravivienda. El legislador establece en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2023 inicia su Considerando Primero recordando que el artículo 47 CE reconoce el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, como principio rector de la política social y económica. La actividad de los poderes públicos en esta materia proviene del deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en su ejercicio, de conformidad con los artículos 9.2 y 149.1.1.ª CE. El legislador conecta el derecho a la vivienda, del que por su ubicación sistemática no cabe inferir su carácter de derecho fundamental, con otros que tienen esta condición, como el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, a la intimidad personal y familiar del artículo 18, a la protección de la salud del artículo 43, y a un medio ambiente adecuado del artículo 45. En este último caso, no alcanzamos a ver una relación directa con este último derecho, pues únicamente incidiría en el derecho a la vivienda el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad, ya relacionado directamente con la protección de la salud. Consideramos oportuno apuntar aquí que, mientras que la legislación de arrendamientos urbanos exige en el artículo 26 las condiciones de habitabilidad para arrendar una vivienda[21], la cédula de habitabilidad, cuya competencia regulatoria es de las Comunidades Autónomas, no existe en todas ellas, e incluso en algunas, tras haberla exigido, se ha derogado su existencia.

El Preámbulo recuerda que el derecho a la vivienda viene dispuesto en diversas declaraciones internacionales, como el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; en concreto, este compromiso internacional sostiene que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure el acceso a la vivienda, lo que alude a su asequibilidad. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, hecho en Nueva York y ratificado en 1977 por España[22], reconoce en el artículo 11.1 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado incluyendo, entre otros, una vivienda igualmente adecuada; en este caso, el concepto de vivienda adecuada alude tanto a la asequibilidad, anteriormente mencionada, como a las condiciones de habitabilidad.

(21) Nos remitimos a Ramón Fernández, 2023, pp. 219-268 y Martens Jiménez, 2023, pp. 506-557.

(22) Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *BOE* de 30 de abril de 1977.

Hechas estas consideraciones acerca del derecho a la vivienda, el artículo 2.2 LDV dispone el aseguramiento del uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud de lo que denomina «régimen legal de tenencia», referido a la regulación del régimen de tenencia correspondiente y que comprende el mantenimiento, conservación, rehabilitación y mejora de las viviendas. Debemos precisar aquí que las medidas de fomento del legislador estatal permiten acometer estas acciones mediante ayudas y subvenciones públicas. El legislador estatal dispone como otro fin, en relación con el precedente, el aseguramiento de la habitabilidad de las viviendas. Por habitabilidad, entiende el «conjunto de los requisitos mínimos de calidad, funcionalidad y accesibilidad universal que deben cumplir las mismas para garantizar la dignidad y la salud de las personas, para satisfacer sus necesidades de habitación en las diferentes etapas de su vida, y como base para el efectivo ejercicio de derechos y libertades».

Las condiciones de habitabilidad tienen reconocida la certificación administrativa de su cumplimiento en la cédula de habitabilidad[23], regulada en el Decreto 469/1972, de 24 de febrero, sobre simplificación de trámites para expedición de la Cédula de Habitabilidad[24]. En esta materia, sin embargo, nos encontramos con una contrariedad: por una parte, diversas Comunidades Autónomas no exigen la cédula de habitabilidad para arrendar una vivienda[25], mientras que, por otra parte, el artículo 26 LAU exige el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad[26]. Lo que las normas de carácter administrativo no pueden garantizar por vía de la cédula de habitabilidad, tanto para la obtención de la licencia de primera ocupación como para el arrendamiento de una vivienda, difícilmente se podrá lograr materialmente con esta disposición, pues carece de coercibilidad frente a su incumplimiento.

Por su parte, el artículo 2.7 LDV establece la rehabilitación y mejora de las viviendas existentes, tanto en el parque privado como en los públicos; entendemos que se refiere tanto a las viviendas protegidas como a las viviendas de mercado libre, incluyendo las de promoción privada y las que han sido descalificadas. La consecución de este fin pasa por la aplicación de programas y medidas en materia de sostenibilidad, eficiencia

(23) Longo Martínez, 2013, pp. 74-81. Mir Altamiras, 2013, pp. 48-57. Gómez Oviedo, 2009, pp. 1455-1466.

(24) *BOE* de 6 de marzo de 1972.

(25) Por ejemplo, en Andalucía no se exige la cédula de habitabilidad en virtud del Decreto 283/1987, de 25 de noviembre, por el que se suprimen la cédula de habitabilidad y el informe preceptivo sobre condiciones higiénicas previo a las licencias municipales de obra, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 28 de diciembre de 1987, ni tampoco en el País Vasco, porque se eliminó su exigencia mediante el Decreto 189/1997, de 29 de julio, por el que se suprime la cédula de habitabilidad, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de 14 de agosto de 1997.

(26) Álvarez Álvarez, 2014, pp. 632-652.

energética y utilización de energías renovables, habitabilidad, accesibilidad, conservación, mejora de la seguridad de utilización y digitalización, favoreciendo enfoques integrales. En suma, la consecución de este fin requiere de las condiciones de habitabilidad, junto con las medidas de fomento del acceso a la vivienda de los Planes Estatales, a las que se deberían añadir incentivos fiscales para la rehabilitación[27]. El artículo 2.16 LDV establece un control y garantía del uso responsable de recursos públicos suficientes, para cumplir los objetivos de la política de vivienda y aplicar, en la gestión del parque público, criterios de corresponsabilidad de sus ocupantes. Ello alude a los desperfectos ocasionados por los ocupantes de viviendas públicas, que puedan hacer inhabitable la vivienda o, al menos, comprometer sus condiciones de habitabilidad.

Finalmente, en el artículo 3 LDV, relativo a la definición de infravivienda, el legislador contrapone el concepto de «vivienda digna y adecuada», cuya locución se repite a lo largo de la norma y del Preámbulo. Consideramos que podría incorporarse a la definición de vivienda porque, la que no sea digna y adecuada, no puede calificarse de vivienda. Por esta, entiende la vivienda que «responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles». Ello obedece a diversos parámetros: su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad, eficiencia energética y utilización de energías renovables, junto con el acceso a las redes de suministros básicos. Por ende, esta vivienda constituye el «domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales». En consecuencia, cualquier uso como vivienda de espacios no residenciales será calificable de infravivienda.

Complementariamente y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[28], del concepto constitucional de «domicilio» cabe extraer la protección de la inviolabilidad domiciliaria, y no admite interpretaciones reduccionistas, como las que lo equiparan al concepto jurídico-penal de «morada». En consecuencia, solo cabe interpretar que el legislador refiere la expresión «domicilio, morada u hogar» para excluir a la infravivienda, aunque la asimilación de estos tres términos resulta incorrecta desde el Derecho civil. Por otra parte, la definición que aporta de «vivienda digna y adecuada» no tiene equivalente a nivel internacional y debería heterointegrarse, además, con los estándares internacionales relativos a la «vivienda sostenible», contenidos en la Observación General cuarta del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nacionales Unidas, relativo al desarrollo del artículo 11

(27) Mata Sierra, 2016, pp. 537-600.
(28) Por todas, véase la STC 10/2002 de 16 de enero, RTC 2002\10.

párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[29], a saber: seguridad en la tenencia, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, servicios e instalaciones, materiales e infraestructuras, ubicación y adecuación cultural.

2.4 **Uso de vivienda para usos no residenciales**

En cuanto al uso no habitacional de la vivienda, las viviendas libres o no sujetas a protección pública, en atención a la facultad de libre aprovechamiento del derecho de propiedad, pueden tener un destino no habitacional, como el de oficina o despacho profesional, a diferencia de las viviendas protegidas. Diversos factores referidos seguidamente han contribuido al uso de vivienda para usos no residenciales. En primer lugar, la dispersión normativa que se ha producido por parte de la regulación autonómica, sin estudios previos que justifiquen la conveniencia de las medidas implementadas, lo que se ha calificado de «quince años sin solución para la vivienda»[30]. En segundo lugar, los deberes constitucionales en materia de vivienda, atribuidos al Estado, no deben trasladarse al ciudadano, como sucede en el artículo 9 CE y en las Disposiciones finales de la Ley 12/2023. En este punto, precisamos que no encontramos los llamados «deberes constitucionales relacionados con la vivienda», dispuestos en la Ley 12/2023, ni en el elenco normativo estatal ni en el autonómico. Finalmente, el deber de destino al uso habitacional de la vivienda no forma parte del contenido esencial de este derecho, pues se trata de un objetivo perseguido por el poder público según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[31]. Debemos recordar que el deber de mantener habitada una vivienda solo existe para las viviendas protegidas, que la competencia exclusiva en materia de vivienda es autonómica, *ex* artículo 148.1.3.ª CE, y que el artículo 47 no configura el derecho a la vivienda ni como derecho fundamental, ni como derecho subjetivo frente a la Administración, cuya tutela pueda ejercerse ante los tribunales.

---

(29) Vigente en España por el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *BOE* de 30 de abril de 1977.

(30) Nasarre Aznar, 2020, pp. 1-656. García Teruel, Nasarre Aznar, 2022, p. 187: «fundamentar políticas en datos objetivos o en estudios de cuantificación o conveniencia no es probablemente deseado por los sucesivos gobernantes padres (y madres) de la patria, porque a menudo no coinciden con sus objetivos e intereses políticos, los de sus lobbies afines o los de sus votantes, lo que pone en riesgo su propia supervivencia y perpetuación en la cosa pública».

(31) Así se contiene en los dos pronunciamientos de 4 de octubre de 2018: SSTC de 4 de octubre de 2018, RTC 2018\16 y RTC 2018\32.

Los sucesivos Planes Estatales de Vivienda[32], siendo el último vigente el de 2022-2025, comprenden diversos programas de ayudas a la vivienda, esto es, contienen medidas de fomento del acceso a la vivienda que, además, los legisladores autonómicos también prevén en sus respectivas leyes de vivienda. Los Planes Estatales de Vivienda y, tangencialmente, la legislación en materia de suelo, han constituido la política pública de vivienda estatal, a la espera de los efectos de la aplicación de la Ley 12/2023. En el fracaso de las medidas de fomento estatales es donde se encuentra el origen el problema del acceso a la vivienda: para impulsar cualquier medida, es necesario que se hayan agotado las vías de fomento –dirigidas a los propietarios– para que se habiten las viviendas[33], y que a pesar de su ofrecimiento no se hayan habitado. Su fundamento es el deber de destino al uso habitacional de las viviendas de mercado libre, a diferencia del deber de habitar las viviendas, predicable respecto de las viviendas protegidas. Este agotamiento de las medidas de fomento, que se contiene tanto en la normativa estatal como en la autonómica, es el supuesto de hecho habilitador de la intervención administrativa en materia de vivienda.

Respecto del uso habitacional de las viviendas, el artículo 1 LDV da contenido a la función social del derecho de propiedad aplicado a la vivienda[34] –aunque literalmente se refiera a la inexistente «función social de la vivienda»–, e incluye el «deber de destinar la vivienda al uso habitacional». A estos efectos, vincula las «condiciones básicas» del ejercicio de las facultades dominicales a la satisfacción de las necesidades habitacionales[35]. Ello implica una notable diferencia entre el derecho de propiedad de cualquier inmueble y el derecho de propiedad sobre la vivienda[36], y, por ende, apareja a su incumplimiento diversas consecuencias civiles y administrativas, como la nulidad contractual por incumplimiento del destino habitacional, multas, recargos tributarios y la expropiación. Recordemos que el deber de mantener habitada una vivienda solo es predicable respecto de las viviendas protegidas[37]. El establecimiento de estas «condiciones básicas» plantea un conflicto directo con el artículo 148.1.3.ª CE, en relación con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas

(32) En profundidad acerca del reparto competencial en materia de vivienda y la dispersión normativa, atiéndase Iglesias González, 2013, p. 59.

(33) Amenós Álamo, y Nieto Moreno, 2015, explican que la Ley 18/2007, de Cataluña, ha impuesto al propietario la obligación de tener la vivienda ocupada, que se añade a la de mantener las condiciones de seguridad, salubridad y ornato. Precisan que se trata de una *obligación de medios*. Ponce Solé, 2015, explica que estas medidas de fomento se han desarrollado tanto a nivel estatal, como autonómico y municipal. Díaz Romero, 2014, pp. 1107-1140.

(34) A fondo, véanse Verdera Server, 2023, pp. 859-998 y Simón Moreno, 2023, pp. 139-177.

(35) Aranda Rodríguez, 2024, pp. 1-27.

(36) Aznar Sánchez-Parodi, 2021, pp. 2875-2927.

(37) A fondo, nos remitimos a Iglesias González, 2024, pp. 53-96.

en materia de territorio, urbanismo y vivienda. Por ello, son especialmente relevantes la reserva de suelo para vivienda social del artículo 15 LDV y la declaración de zonas de mercado residencial tensionado del artículo 18 LDV.

El legislador prosigue, en el segundo apartado, indicando que se utilizará la ordenación territorial y urbanística, en concreto, los instrumentos para mantener, conservar y rehabilitar la vivienda –que en el ámbito estatal se refieren a las medidas de fomento del acceso a la vivienda dispuestas en los Planes Estatales de Vivienda–, y atribuye a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en atención a sus competencias. Ello alude a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda, así como de los municipios en materia de urbanismo y tributación local; la Administración local tiene un papel fundamental en materia habitacional, por tratarse de la Administración más cercana al ciudadano, que conocerá con exactitud la ubicación de las viviendas deshabitadas y quienes tengan necesidad habitacional[38].

Por otra parte, el artículo 11.1 LDV contiene indistintamente deberes y cargas de los ciudadanos respecto de la Administración, cuando una técnica legislativa más depurada habría exigido separarlos: un deber administrativo es una obligación legal impuesta a un ciudadano directamente por una norma jurídica; y una carga administrativa es aquella obligación que un ciudadano debe cumplir respecto de la Administración en el marco de un procedimiento administrativo o a requerimiento de esta. Conforme a la distinción planteada, el primer deber dispuesto en la norma es el «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas»; el adjetivo «propios» resulta llamativo, y entendemos que se referirá al destino habitacional de las viviendas, a diferencia de cualquier otro inmueble cuyo uso no viene determinado por la ley.

En este sentido, respecto de las viviendas de mercado libre, recordamos que el «deber de destinar la vivienda al uso habitacional», por el propietario o por un tercero, no implica la limitación del uso del inmueble al habitacional, pues ello fue uno de los motivos de la declaración de inconstitucionalidad del «deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional» de la STC 93/2015 de 14 de mayo[39]. El legislador parece obviar que la vivienda tiene un doble contenido, el de servir al «ejercicio de los derechos fundamentales» y el de constituir un «activo patrimonial»,

(38) Vaquer Caballería, 2022, pp. 96-117, advierte que los municipios deben participar en las políticas supralocales de vivienda, en atención a su vinculación con las competencias en materia de suelo y urbanismo.

(39) RTC 2015\93. Atiéndase Argelich Comelles, 2017, pp. 268-271.

según la STC 37/2022 de 10 de marzo[40]. Finalmente, el precepto remite a la legislación en materia de vivienda aplicable, y exige la garantía «en todo caso» de la función social de la propiedad.

3. REFLEXIONES FINALES EN MATERIA DE ARMONIZACIÓN CONCEPTUAL DE LOS USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA

A modo de reflexión final, convendría que el legislador estatal procediese a armonizar las definiciones vinculadas a la vivienda, a los efectos de que todos los conceptos, incluidos los relativos a los usos anómalos de la vivienda –como el de sobreocupación o el de vivienda vacía–, encontrasen su correlación o equivalencia en los estándares europeos y pudiesen tener un tratamiento legal adecuado. Esta observación comprende también a los legisladores autonómicos, respecto de sus legislaciones en materia de vivienda, en atención al pronunciamiento constitucional de la Ley 12/2023[41]. Finalmente, de entre los usos anómalos de la vivienda, resultaría oportuno adoptar medidas específicas en materia de sobreocupación y uso como vivienda de espacios no residenciales, por tratarse de situaciones de sinhogarismo conforme a los estándares europeos.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H., «Artículo 26. Habitabilidad de la vivienda», en Crespo Allué, F., Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, Lex Nova, 2014.

Amenós Álamo, J., y Nieto Moreno, J. E., «Deu reflexions i alguns dubtes sobre les sancions als bancs que són titulars d'habitatges buits», *Blog Revista Catalana de Dret Públic,* Març, 2015, disponible en: http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/03/02/deu-reflexions-i-alguns-dubtes-sobre-les-sancions-als-bancs-que-son-titulars-d%E2%80%99habitatges-buits-joan-amenos-alamo-i-juan-emilio-nieto/.

Aranda Rodríguez, R., «Incidencia de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda en el Derecho Civil», en Parejo Alfonso, L. (dir.), *La nueva Ley de vivienda a examen,* Madrid, La Ley, 2024.

(40) RTC 2022\37.
(41) STC 79/2024, de 21 de mayo, RTC 2024\79.

Argelich Comelles, C., *La expropiación temporal del uso de viviendas,* Madrid, Marcial Pons, 2017.

— *Ley por el derecho a la vivienda,* segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

Aznar Sánchez-Parodi, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 97, 2021.

Caballé Fabra, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada, M., y Cuena Casas, M. (dirs.), *Tratado de derecho de la familia,* vol. 3, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

Díaz Romero, M. R., «Fomento del arrendamiento urbano en tiempos de crisis económica propuesta de reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Desarrollo de Planes de Vivienda Social», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel,* Volumen I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

El País, «Alquiler por 11 meses, la pirueta legal para echar al inquilino y subir precios», de 2 de abril de 2022, disponible en: https://elpais.com/economia/negocios/2022-04-02/alquiler-por-11-meses-la-pirueta-legal-para-echar-al-inquilino-y-subir-precios.html.

Escajedo, L.; Garrido, P., y Gorrotxategui, M., «Políticas de movilización de vivienda en algunos países de Europa», *Colección Realidad Urbana*, 2, 2011, disponible en: http://www.ehu.eus/documents/1877918/0/Realidad+Urbana+2.+Vivienda+Vacía+en+Europa.

FEANTSA, *ETHOS - European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*, 2005, disponible en: https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion.

Fuentes-Lojo Rius, A., «Los alquileres de media estancia: una bomba de relojería», *Expansión,* de 3 de marzo de 2022, disponible en: https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/03/03/6220980e468aebbe0f8b4633.html.

García Teruel, R. M., y Nasarre Aznar, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 789, 2022.

Gómez Oviedo, J. M., «La cédula de habitabilidad», en Martín Rebollo, L., Bustillo Bolado, R. O. (dirs.), *Fundamentos de derecho urbanístico,* vol. II, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

Iglesias González, F., «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», *Revista De Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* 57, 365-366, 2024.

— «Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal», en García-Moreno, F., y González García, F. (dirs.), *Reflexiones sobre la vivienda en España,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Korthals Altes, W. K., «The single European market and the demise of Flemish housing policy», *International Journal of Housing Policy,* vol. 15, 2, 2015.

Longo Martínez, A. L., «Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad», *La notaria,* 1, 2013.

Martens Jiménez, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de la vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la Ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana,* 19, 2023.

Mata Sierra, M. T., y Carbajo Nogal, C., «Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda», en Casares Marcos, A. B., y Quintana López, T. (dirs.), *Urbanismo sostenible, rehabilitación y renovación urbana,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Menéndez Moreno, A., «Nada es lo que parece. A propósito del impuesto sobre las viviendas vacías, de la Ley de 21 de julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña», *Quincena fiscal,* 17, 2015.

Mir Altamiras, C., «La cédula de habitabilidad, a examen», *Inmueble: revista del sector inmobiliario,* 136, 2013.

Nasarre Aznar, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022,* Fedea, 11, 2022, disponible en:c.

— *Los años de la crisis de la vivienda,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Parra Lucán, M. A., *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos del Arrendatario a su Desprotección,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Parra Lucán, M. A.; Ragel Sánchez, L. F., y Peña Velasco, G. de la, «El contrato de arrendamiento urbano», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* Tomo III. Contratos traslativos del uso o disfrute, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Ponce Solé, J., «Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor)», *Blog Revista Catalana de Dret Públic,* Marzo, 2015, disponible en: http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/.

Ramón Fernández, F., «Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y las formas de acceso a la vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* vol. 57, 365, 2023.

Sibina Tomás, D., «La utilización anómala de las viviendas: la desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda», en Ponce Solé, J., y Sibina Tomás, D., *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Madrid, Marcial Pons, 2008.

Simón Moreno, H., «El cumplimiento del derecho a la vivienda en España: especial referencia a la asequibilidad, estabilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda», *CEFLegal,* 169, 2015.

— «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución,* 42, 2023.

Vaquer Caballería, M., «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de Derecho Local,* 59, 2022.
Verdera Server, R., «*Pro Proprietate.* Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 76, 3, 2023.
Vinuesa, J. (dir.); De La Riva, J. M., y Palacios, A. J., *El fenómeno de las viviendas desocupadas,* Madrid, FUAM, 2008.
Winters, S., «Belgian state reform as an opportunity to reorient Flemish housing policy», *International Journal of Housing Policy,* vol. 13, 1, 2013.

B. Discriminación residencial

Cristina Argelich Comelles
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo tiene por objeto el estudio de la discriminación residencial y su tratamiento legal en la legislación española. A estos efectos, se analiza la positivización del principio de igualdad y no discriminación residencial, y se examina el informe del Ministerio de Igualdad en la materia. Finalmente, se estudian las diversas soluciones del legislador estatal, concretadas en medidas habitacionales para personas vulnerables.*

Palabras clave: *Vivienda, discriminación residencial, igualdad, personas vulnerables.*

Abstract: *This chapter aims at studying residential discrimination and its legal treatment under Spanish law. To this end, the principle of non-discrimination in housing is analyzed, in the light of the report of the Spanish Ministry of Equality. Finally, the chapter examines the various Spanish remedies for residential discrimination, in the form of housing measures for vulnerable people.*

Keywords: *Housing, residential discrimination, equality, vulnerable people.*

Sumario: 1. El principio de igualdad y no discriminación residencial y su positivización por el legislador estatal. 2. Estado de la cuestión en el informe «Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales» del Ministerio de Igualdad. 3. Medidas en materia de discriminación residencial: soluciones a la vulnerabilidad habitacional y prevención del sinhogarismo. 3.1 Limitación no coyuntural de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda. 3.2 Modificación de la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda. 3.3 Las medidas del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre. 3.3.1 Avales públicos para vivienda social. 3.3.2 Prórroga de la suspensión de los lanzamientos. 4. Reflexiones finales sobre la discriminación residencial. Bibliografía.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL Y SU POSITIVIZACIÓN POR EL LEGISLADOR ESTATAL[1]

El legislador estatal ha positivizado el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE en diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[2], en adelante LDV. En este Capítulo, se abordará el tratamiento legal de la discriminación residencial, el estado de la cuestión en España de conformidad con los datos estadísticos del Ministerio de Igualdad, así como las medidas adoptadas para mitigar sus efectos.

Por una parte, el artículo 2.1 apartado 12 LDV establece la eliminación de cualquier tipo de discriminación[3], por cualquier razón, en el acceso a una vivienda y su disfrute, asegurando la integración y la cohesión social en las actuaciones y medidas de política de vivienda, un fin que tienen encomendado todos los poderes públicos en virtud del principio de igualdad, dispuesto en el artículo 14 CE. En sentido complementario a este fin, se establece el impulso a la accesibilidad universal en el parque de vivienda[4], lo que alude a la eliminación de barreras arquitectónicas y a la no discriminación en el acceso a las viviendas, asegurando su efectividad en las nuevas viviendas y adoptando medidas para solventar las necesidades sobrevenidas en el parque de vivienda preexistente. Este fin se acomete

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) *BOE* de 26 de mayo de 2023.

(3) Feu Fontaiña, 2021, Guarro, 2012, pp. 51-62. Llorente San Segundo, 2017, pp. 249-307. Vicente Torrado, 2009, pp. 129-158. Algaba Calvo, 2003.

(4) Messía de la Cerda Ballesteros, 2013, pp. 1533-1568.

mediante las ayudas a la rehabilitación de los diversos planes de vivienda estatal y autonómicos, aunque las viviendas universalmente accesibles suponen el 0,6 % del total del parque de vivienda en España.

Por otra parte, el artículo 6 LDV determina, en materia de vivienda, el alcance del principio de igualdad y no discriminación. En este ámbito, se refiere al derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada, según los requisitos legales y contractuales establecidos en la legislación vigente, sin que se produzca «discriminación, acoso o violencia de ningún tipo», especifica. A estos efectos, la Administración debe garantizar su cumplimiento, adoptando medidas de protección frente a cuatro «situaciones que afectan al uso y disfrute de la vivienda», algunas de las cuales referidas al Derecho civil[5]: la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso inmobiliario, y las operaciones de venta, arrendamiento o cesión de una infravivienda, de una vivienda sobreocupada o cualquier forma de alojamiento ilegal. El legislador define la «discriminación directa» como aquella situación en la que una persona recibe un trato diferente de otra que se encuentre en una situación análoga, siempre que no tenga una causa legítima que la justifique «objetiva y razonablemente» y que los medios utilizados sean «proporcionados, adecuados y necesarios».

El legislador estatal positiviza en el artículo 6 LDV el principio de igualdad y no discriminación en materia de vivienda, y define la «discriminación directa» como aquella situación en la que una persona recibe un trato diferente de otra que se encuentre en una situación análoga, siempre que no tenga una causa legítima que la justifique «objetiva y razonablemente» y que los medios utilizados sean «proporcionados, adecuados y necesarios». Ejemplos de esta discriminación son todos aquellos que infringen de manera directa el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, entendemos que, con acciones activas, como las conductas tipificadas de acoso inmobiliario en la modalidad de trato degradante del artículo 173 CP[6]. La «discriminación indirecta» se produce cuando una norma, plan, cláusula convencional o contractual, pacto individual, decisión unilateral, criterio o práctica producen una desventaja concreta para una persona respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda, entendiéndose referido a su acceso, aunque el legislador no lo precise. No se producirá discriminación indirecta cuando la actuación tenga una finalidad legítima que la justifique objetiva y razonablemente, y los medios utilizados sean, nuevamente, proporcionados, adecuados y necesarios.

(5) Aranda Rodríguez, 2024, pp. 1-27.

(6) Argelich Comelles, 2013, pp. 11-31. Como otros ejemplos concretos, véanse los siguientes: Guarro, 2012, pp. 51-62; Vicente Torrado, 2009, pp. 129-158; Cepeda, 2021, y Llorente San Segundo, 2017, pp. 249-307.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL INFORME «DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA Y LOS ASENTAMIENTOS INFORMALES» DEL MINISTERIO DE IGUALDAD

El informe del Ministerio de Igualdad de España, titulado «Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales[7]», ofrece algunas claves de este fenómeno y diversas recomendaciones en materia de vivienda, entre otros ámbitos. En este sentido, el estudio del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, «Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020[8]», cuantifica la vivienda como el entorno con una tasa de discriminación más elevada: un 31 % de las personas racializadas percibieron discriminación en el acceso a la vivienda durante el último año, especialmente las relativas al África no mediterránea, magrebí y el Pueblo Gitano; un 17,7 % recibieron una negativa a la petición de visitar una vivienda para su arrendamiento o compra; un 20,8 % fueron rechazados como futuros arrendatarios; y un 20,1 % tuvieron más requisitos como arrendatarios o les pusieron inconvenientes. El informe del Ministerio indica expresamente que la discriminación racial en el ámbito de la vivienda desemboca, en los peores casos, en situaciones de exclusión residencial[9].

Las principales causas de discriminación residencial en el acceso y permanencia en el uso habitacional de la vivienda son las presunciones de precariedad económica y del mal uso del inmueble por el arrendatario. Por lo que respecta al mantenimiento y permanencia en la vivienda, la principal causa de discriminación es la eventual existencia de problemas de convivencia con el vecindario o la comunidad, como el ruido, la suciedad y la falta de cuidado de las zonas comunes. Por lo que se refiere a los desencadenantes de la discriminación racial, se encuentran la apariencia física o el color de la piel, la vestimenta o indumentaria, el nombre y el idioma. Finalmente, también se producen las siguientes situaciones de discriminación en el ámbito de los asentamientos informales: engaños y excusas sobre la disponibilidad de la vivienda, cláusulas y precios abusivos, solicitud de documentación y garantías excesivas, y ofrecimiento de viviendas de peor calidad.

Las recomendaciones del informe en el ámbito de la vivienda para las personas en situación de discriminación residencial, entre otras recomen-

(7) Ministerio de Igualdad, 2022.
(8) Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, 2020.
(9) Nos remitimos a los estándares europeos de sinhogarismo de FEANTSA, 2005.

daciones en función del ámbito, se concretan en las siguientes. Por una parte, la aprobación de una Ley para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, que se ha concretado en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[10], y la incorporación en el Plan Estatal de Vivienda 2022-2025 a las víctimas de discriminación racial, mediante el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025[11]. En este sentido, se ha aplicado la protección contra la discriminación racial en el ámbito de la vivienda, se han prohibido las conductas discriminatorias en la oferta de vivienda y se ha incluido la valoración de la carga de la prueba. Por otra parte, se formulan diversas recomendaciones más genéricas, como el diseño de campañas específicas de sensibilización e información, la implementación de programas de intermediación en el mercado de la vivienda en arrendamiento, así como la creación, refuerzo e impulso de los canales, recursos y mecanismos de denuncia frente a la discriminación racial en el ámbito de la vivienda.

3. MEDIDAS EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL: SOLUCIONES A LA VULNERABILIDAD HABITACIONAL Y PREVENCIÓN DEL SINHOGARISMO

Con carácter previo al análisis de las medidas dispuestas para hacer frente a la discriminación residencial y sus consecuencias, como es el incremento de la vulnerabilidad habitacional de las personas que no pueden acceder a una vivienda habitual debido a esta discriminación, conviene centrarse en los beneficiarios de estas medidas: lo que el legislador denomina las personas en situación de especial vulnerabilidad. El artículo 14 LDV dispone las denominadas «situaciones de especial vulnerabilidad», un concepto que, aunque con contenido diferente, se establece en algunas leyes de vivienda de diversas Comunidades Autónomas[12], como destinatarios finales de la acción de los poderes públicos en materia de vivienda del artículo 12 LDV. El primer apartado del precepto indica que las políticas en materia de vivienda «tendrán especialmente en cuenta» a diversos destinatarios considerando, tras su tramitación parlamentaria, «las personas, familias y unidades de convivencia»: las personas que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y

(10) *BOE* de 13 de julio de 2022.
(11) *BOE* de 19 de enero de 2022.
(12) Se dispone en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra, Canarias y el País Vasco con el mismo contenido.

segregados, con independencia de su ubicación urbana o rural; las personas sin hogar; las personas con discapacidad y los menores extutelados, e incorpora a «los menores en riesgo de pobreza o exclusión social», así como «cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación».

Debemos indicar en este punto que la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica[13] dispone de nuevo el concepto de «consumidor vulnerable», habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su actualización. El artículo 1 de la Ley 4/2022, que modifica el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[14] precisa en su apartado segundo que, sin perjuicio de la normativa sectorial, tendrán la consideración de «consumidor vulnerable[15]» aquellas «personas físicas», necesariamente, y ya sea «individual» o «colectivamente», lo que permite incluir a familias vulnerables o colectivos vulnerables que no estén constituidos como persona jurídica, en quienes concurran unas determinadas circunstancias: que por sus «características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». En materia de vivienda, por tanto, podemos indicar que el «consumidor vulnerable» se referirá al deudor hipotecario insolvente, así como otras personas o colectivos vulnerables, es decir, los arrendatarios y otras personas con insuficiencia de medios para acceder a la vivienda, por ser los sujetos pasivos de las diversas medidas arbitradas en España tras la crisis hipotecaria de 2007, la crisis del COVID-19, y la crisis derivada de la guerra en Ucrania.

En el segundo apartado del artículo 14 LDV se establece como deber de la Administración la identificación, dentro de su ámbito territorial, de las zonas que precisen actuaciones de regeneración y renovación urbana. La finalidad de este deber es, según reza el precepto, la «erradicación» de situaciones de infravivienda, mediante acciones integradas que «prevengan y reparen» –en lugar de «eviten» como en la redacción original– la

(13) *BOE* de 1 de marzo de 2022.

(14) *BOE* de 30 de noviembre de 2007.

(15) Este concepto, es necesario complementarlo con el que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión, que categoriza al «consumidor vulnerable», respecto del artículo 5.3 de la Directiva 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales, como aquel que se encuentre alejado del parámetro del consumidor medio, por sus características personales o coyunturales.

exclusión social y residencial. Sin embargo, olvida que la infravivienda requiere una inversión pública, especialmente en las viviendas protegidas que, por el transcurso del tiempo, han sido descalificadas pero que sus propietarios carecen de capacidad económica suficiente para hacer frente al coste de determinadas obras.

En este sentido, cabe formular dos críticas a este segundo apartado del precepto, respecto de la coercibilidad del deber previsto. El legislador estatal olvida que la vivienda requiere inversión pública, para evitar la ocupación ilegal de inmuebles en general, la sobreocupación y la infravivienda, en dos sentidos: por una parte, mediante subvenciones directas, algunas de las cuales no se están utilizando, como el 60 % de los fondos *Next Generation,* o su destino solo atiende a la eficiencia energética, olvidando otras reformas como la accesibilidad, solo predicable universalmente respecto del 0,6 % de viviendas en España; y, por otra parte, la reinversión directa en vivienda protegida descalificada, respecto de las que han perdido dicha condición por el transcurso del plazo de 30 años, y habida cuenta de que el concepto de vivienda adecuada varía en función de las exigencias legislativas y estándares internacionales.

Finalmente, el precepto concluye con acciones concretas para hacer frente al fenómeno del sinhogarismo[16], precisando tras la tramitación, según el marco normativo y en atención a un contenido concreto, lo siguiente: «la programación de medidas específicas para afrontarlo, promoviendo en su ámbito territorial el acceso a soluciones habitacionales de alojamiento en condiciones adecuadas por parte de las personas en situación de sinhogarismo y la plena inclusión de las personas sin hogar desde una perspectiva integrada e intersectorial, y posibilitando una adecuada complementariedad entre las distintas políticas, recursos y servicios, especialmente en el ámbito sanitario, social, educativo y de empleo». A este respecto, debemos mencionar, también, que de conformidad con los estándares de la *European Federation of National Organisations Working with the Homeless*[17], las situaciones de ocupación de bienes inmuebles mediante el delito de usurpación son calificadas de sinhogarismo.

Los instrumentos disponibles para hacer frente a la discriminación residencial se concretan en la limitación de la actualización de la renta, la modificación de la prórroga del contrato, la suspensión de los lanzamientos, junto con los avales públicos para vivienda social. La crítica general a

(16) Sobre el sinhogarismo, véanse las soluciones prácticas adoptadas por la experiencia de gamificación de Cátedra UNESCO de Vivienda, 2019. Sobre sinhogarismo, nos remitimos a: Doherty, 2005, pp. 41-62; Lambea Llop, 2020, pp. 44-47; Puente, Caro, Cavero, y Ramos, 2021, pp. 27-43; y Gonzalo, De Andrés, Coca, y Sabaté, 2018, pp. 16-19.

(17) FEANTSA, 2005.

las disposiciones referidas a la vivienda libre o no sujeta a protección pública –por tanto, excluyendo los avales públicos para vivienda social– es que afectan a la facultad de disposición, respecto de los actos de administración sobre la vivienda, así como a la facultad de exclusión de terceros que implica la enésima suspensión de los lanzamientos –hasta el 15 de mayo de 2028–, por tratarse de límites en interés público del derecho de propiedad no necesitan una compensación económica pública.

3.1 **Limitación no coyuntural de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda**

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2023, se introdujo DA undécima LAU, conforme a la cual el INE definirá antes del 31 de diciembre de 2024 un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda, cuyo límite será el artículo 18 LAU, a los efectos de «evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento». Este índice se aprobará mediante una resolución del Departamento Ministerial competente, dispuesta en la DT séptima LAU fruto de una enmienda, para cuya elaboración se basará en un índice por ámbitos territoriales, en virtud de las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las Comunidades Autónomas y en coordinación técnica. Para los contratos de arrendamiento en vigor, tras la aprobación de la norma, su renta solo podrá incrementarse en un 3 % para el año 2024. A partir del año 2025, el INE elaborará un nuevo índice *ad hoc,* más estable e inferior a la evolución del IPC y diferente del IGC.

El legislador dispone en la nueva redacción del artículo 17.7 LAU que, cuando el propietario y arrendador sea una persona jurídica calificable de gran tenedor, conforme al artículo 3 LDV, la renta de los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado estará vinculada al límite máximo del precio aplicable conforme al Sistema de índices de precios de referencia y, cuando no tenga dicha consideración, a la renta del contrato anterior[(18)]. De conformidad con la DT séptima LAU, se establece un período de seis meses desde la aprobación de la norma para la aplicación de esta limitación, según el cambio introducido en su tramitación parlamentaria que ha reducido el plazo de dieciocho meses previsto inicialmente, *ex* DT séptima LAU introducida por la DF primera LDV.

(18) Aznar Sánchez-Parodi, 2021, pp. 2875-2927.

3.2 **Modificación de la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda**

La Ley 12/2023 también ha modificado la prórroga del contrato del artículo 10 LAU. Establece la posibilidad de que el arrendatario se acoja, tras la finalización del plazo mínimo de cinco años para las personas físicas y siete años para las personas jurídicas, previsto en el artículo 9, y de la prórroga de tres años del artículo 10, a una prórroga extraordinaria cuando la vivienda esté sita en una zona declarada de mercado residencial tensionado, y por el periodo de vigencia de dicha declaración. Esta nueva prórroga, de carácter anual y cuyo alcance es de un máximo de tres años, es potestativa por el arrendatario y obligatoria, tras su aceptación, por el arrendador[(19)].

Asimismo, se establece una prórroga extraordinaria de un año más en el caso de que el arrendatario se encuentre en una situación acreditada de vulnerabilidad social o económica, y cuyo arrendador tenga la condición de gran tenedor, de conformidad con el artículo 10.1 bis, introducido por una enmienda. En este sentido, tras finalizar el plazo mínimo y la prórroga, cabrá esta prórroga de carácter forzoso u obligatorio para el arrendador que sea gran tenedor, pues deberá ser «aceptada obligatoriamente» tras su propuesta por el arrendatario, «salvo que se hubiese suscito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento», como única excepción a la prórroga. Se trata de una excepción falaz, pues si hablamos de prórroga de un contrato que se encuentra en fase de ejecución, no existe celebración de un nuevo contrato, pues ello solo acontecería, en el supuesto indicado, en la tácita reconducción, prevista en el artículo 1566 CC. A este contrato, se le seguirá aplicando lo pactado en las diversas cláusulas contractuales, aunque nuevamente refiera «términos y condiciones», siguiendo la terminología anglosajona o la propia de las plataformas en línea. La acreditación de la situación de vulnerabilidad social y económica requerirá un informe o certificado emitido por los servicios sociales del ámbito municipal o autonómico en el último año.

El arrendador podrá excepcionar la prórroga extraordinaria que dispone este precepto en tres supuestos: que se hayan fijado otros «términos y condiciones», por acuerdo de las partes; que se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento, con las limitaciones de la renta dispuestas en la modificación del artículo 17.6 y 7 LAU; o que el arrendador haya comunicado la necesidad de ocupar la vivienda por sí o un familiar en primer grado de consanguinidad o por adopción, así como para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o

(19) Martens Jiménez, 2023, pp. 506-557.

nulidad matrimonial, *ex* artículo 9.3 LAU. En estos supuestos de excepción a la prórroga, no se requerirá consentimiento del arrendador si se han fijado otras condiciones por las partes, en la línea de lo que venía dispuesto en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[20]. De la redacción, no queda claro si se refiere a que, por acuerdo entre las partes, se ha pactado que no sea necesario este consentimiento a los efectos de la prórroga del contrato –un pacto especialmente útil si el arrendador es una persona jurídica– o si, como se sugiere en el voto particular del Informe del Consejo General del Poder Judicial, puede referirse al pacto en contra de un régimen jurídico distinto aplicable a este periodo de prórroga. Ello puede referirse a la tácita reconducción del artículo 1566 CC, o al pacto en fraude de ley de las disposiciones de arrendamiento para uso distinto de vivienda, cuando el arrendamiento es de vivienda habitual, lo que lleva a una desprotección del arrendatario. Para concluir, tenemos que precisar que, tras la prórroga extraordinaria, procederá la tácita reconducción, anualmente, si se siguen ejecutando las prestaciones del contrato.

3.3 **Las medidas del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre**

Respecto de la discriminación y sus consecuencias habitacionales de exclusión residencial, resulta importante examinar las últimas medidas en materia de vivienda reguladas en el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía[21]. Habida cuenta de su contenido, estas no guardan relación con una necesidad sobrevenida derivada de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, como viene siendo habitual respecto del uso indebido por el poder ejecutivo –y su convalidación por el legislativo– de estas normas con rango de ley.

Por el contrario, y como reflexión general a todas ellas, pudiendo resultar oportunas a corto plazo, generan incentivos negativos indeseados de reducción de la oferta de vivienda e incremento de los precios cuando se prorrogan sin solución de continuidad. Ello puede comprobarse en dos extremos: por una parte, en la prórroga de la suspensión de los lanzamientos a personas vulnerables sin alternativa habitacional desde 2016, incluyendo a las personas sin justo título para poseer sujetas a un procedimiento penal,

(20) *BOE* de 21 de abril de 2020.
(21) *BOE* de 28 de diciembre de 2023.

respecto de la facultad de exclusión y la indebida protección al poseedor de mala fe; y, por otra parte, en la suspensión de la obligación del pago de los préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en la isla de La Palma desde 2021, respecto de la tutela de los derechos de crédito –los remedios privados y la protección jurisdiccional–, con una esperable restricción de su concesión futura.

En el artículo 91 de la sección tercera se establece la modificación del Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma[(22)]. En virtud del artículo 91, se amplía el plazo de solicitud de las medidas de suspensión de las obligaciones de pago de intereses y principal para préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en dicha isla hasta el 30 de enero de 2024, y se suspende, en seis meses adicionales, sus obligaciones de pago. Advertimos a este respecto que, si bien esta suspensión podía resultar adecuada inicialmente, su prórroga sucesiva impide la correcta tutela del derecho de crédito y una restricción a su futura concesión. Los siguientes subapartados se dedicarán específicamente al análisis de los avales públicos para vivienda social y a la prórroga de la suspensión de los lanzamientos.

3.3.1 *Avales públicos para vivienda social*

El artículo 86 de la sección primera dispone los avales públicos para vivienda social o a precio asequible. Debemos destacar que el legislador confunde ambas categorías respecto del consenso europeo e internacional: por una parte, las viviendas a precio asequible solo están categorizadas en España, y se refieren a aquellas cuya renta o cuota del préstamo hipotecario no supera el 30 % de los ingresos de la unidad familiar; por otra parte, el concepto de vivienda social, utilizado a nivel internacional y por EUROSTAT, se refiere a aquellas viviendas de titularidad pública que están arrendadas a personas en situación de necesidad habitacional y económica. En este sentido, se dispone la creación de una línea de avales públicos –a cargo de la Administración General del Estado– para incrementar el parque de vivienda en arrendamiento social o a precio asequible –entendiendo el legislador como asimiladas ambas categorías–, así como para mejorar el parque de vivienda ya existente en este ámbito. Los avales públicos, como es bien sabido, incrementan generalizadamente el coste de acceso a la vivienda, debido a la inobservancia de la solvencia como principal requisito.

(22) *BOE* de 6 de octubre de 2021.

3.3.2 *Prórroga de la suspensión de los lanzamientos*

En la sección segunda del Real Decreto-ley 8/2023 –artículos 87-90–, se establece la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En estos preceptos, se amplía el plazo de la suspensión de los lanzamientos para personas vulnerables sin alternativa habitacional pública, cuya última modificación prorroga la medida hasta el 15 de mayo de 2028, de conformidad con el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables[(23)]. El deber de ofrecer esta alternativa habitacional, a la que se condiciona la suspensión de los lanzamientos, se atribuyó a las Comunidades Autónomas tras la aprobación de la Ley 12/2023, así como su compensación –cuando previamente correspondía al Estado– y manteniendo la solicitud del propietario.

En cuanto a los beneficiarios de la suspensión de los lanzamientos, el ámbito subjetivo de aplicación de la medida comprende a los arrendatarios –de conformidad con el artículo 675 LEC– así como a las personas sin justo título para poseer –indica el legislador erróneamente «título habilitante» cuando ello se refiere al ejercicio de potestades administrativas– también por causa de un procedimiento penal del que derive el lanzamiento, sumándose al procedimiento declarativo de desahucio. Esta ampliación obedece a la reforma del artículo 250.1 LEC, pero entra en clara contradicción con el artículo 675 LEC y su modificación por la Ley 12/2023, puesto que prevé el despacho del lanzamiento de los ocupantes de mero hecho –referido a la ocupación ilegal– o sin título suficiente, como el arrendatario sujeto a un procedimiento declarativo de desahucio.

Complementariamente, indicamos que la DF quinta LDV ha sido parcialmente anulada por el Alto Tribunal mediante la STC 26/2025, de 29 de enero, que afecta los apartados 6 c) y 7 del art. 439 LEC, los apartados 1 y 2 del art. 655 bis, y el art. 685.2 LEC, relativos a los requisitos de procedibilidad para los grandes tenedores de vivienda. Advertimos que, en las situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario, condicionando la respuesta a que la Administración autonómica ofrezca una alternativa habitacional. Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial, bifurcada en Administraciones competentes diferentes, para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento.

El artículo 89 determina los criterios de la compensación pública a dicha limitación administrativa de derechos, pues se produce una suspen-

(23) *BOE* de 15 de mayo de 2024.

sión administrativa de la facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad y límite en interés público del mismo, que por no suponer una limitación del dominio no requeriría compensación; recuérdese que la medida fue dispuesta en 2016, sucesivamente prorrogada, y que hasta 2020 no se procedió a compensar. El precepto indica que la compensación consistirá en el valor medio del arrendamiento de la vivienda respecto de su ubicación –determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler–, añadiendo los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador hasta el 31 de diciembre de 2024 o hasta el levantamiento de la suspensión por el órgano jurisdiccional.

El problema que plantea esta compensación es su restricción inicial al índice de referencia del precio del alquiler, utilizado para el control de rentas y vinculado a su vez a la declaración administrativa de zonas de mercado residencial tensionado –con un control de rentas generalizado para cualquier tipo de arrendador–, pues se produce una determinación heterónoma inicial de la renta por la Administración que, acumulada a la limitación, con carácter general, de la actualización de la renta al 3 % para 2024, y a un índice elaborado por el INE –diferente al IPC y al IGC– a partir de 1 de enero de 2025, producirá como efecto la «congelación de la renta», es decir, obligar *ex lege* a la percepción de una renta antieconómica sin compensación pública.

4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL

Tras la positivización por parte del legislador estatal del principio de igualdad y no discriminación residencial observamos como, a pesar de su reconocimiento legislativo, no existe un tratamiento legal centrado en medidas que, más allá de fomentar el mantenimiento en el uso habitacional por parte de las personas vulnerables, solucionen con carácter permanente su necesidad habitacional a cargo de la Administración, a excepción de los avales públicos para vivienda social. La Administración traslada a los propietarios de las viviendas libres y no sujetas a protección pública la cobertura y coste de dicha necesidad habitacional, mediante límites en interés público del derecho de propiedad que afectan directamente a sus facultades: a la facultad de exclusión, con el impedimento del lanzamiento de las personas vulnerables sin alternativa habitacional pública; y a la facultad de disposición, referida en este caso a los actos de administración, con la limitación de la actualización de la renta que, acumulada a una duración del arrendamiento de vivienda que puede alcanzar los 14 años, convierte dicha relación jurí-

dico-privada en antieconómica. La Administración debería resolver la discriminación residencial y la atención de la necesidad de vivienda habitual de las personas vulnerables mediante instrumentos de naturaleza jurídico-pública, así como la colaboración público-privada en el aumento de la oferta de vivienda, a los efectos de proporcionar soluciones reales a las personas que se encuentran en situación de discriminación residencial.

BIBLIOGRAFÍA

Algaba Calvo, A., «La discriminación en el acceso al mercado de la vivienda: las desventajas de la inmigración, novedades y permanencias», *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales,* Extra 7, 126, 2003, disponible en: http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(060).htm.

Aranda Rodríguez, R., «Incidencia de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda en el Derecho Civil», en Parejo Alfonso, L. (dir.), *La nueva Ley de vivienda a examen,* Madrid, La Ley, 2024.

Argelich Comelles, C., «El acoso inmobiliario», *Lo Canyeret: revista del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida,* 79, 2013, Primer Premio del XII Certamen Arquímedes de Introducción a la Investigación Científica del Ministerio de Educación. BOE de 17 de diciembre de 2013.

— *Ley por el derecho a la vivienda,* segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

Aznar Sánchez-Parodi, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 97, 2021.

Cátedra UNESCO de vivienda de la Universidad Rovira y Virgili, Documental «El umbral», 2019, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=zlkJs5f0FJI.

Cepeda, P., «Prácticas discriminatorias en la lucha por el acceso a la vivienda», *Crítica urbana: revista de estudios urbanos y territoriales,* vol. 4, 16, 2021, disponible en: https://criticaurbana.com/practicas-discriminatorias-en-la-lucha-por-el-acceso-a-la-vivienda.

Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, *Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2020, disponible en: https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/08-PERCEPCION_DISCRIMINACION_RACIAL_NAV.pdf.

Doherty, J., «El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas», Documentación social, 138, 2005.

FEANTSA, *ETHOS - European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*, 2005, disponible en: https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion.

Feu Fontaiña, P., «La velada discriminación en el acceso a la vivienda», *Crítica urbana: revista de estudios urbanos y territoriales,* vol. 4, 16, 2021, dis-

ponible en: https://criticaurbana.com/la-velada-discriminacion-en-el-acceso-a-la-vivienda.

Gonzalo, J.; De Andrés, J.; Coca, J., y Sabaté, N., «El umbral: una gamificación para sensibilizar sobre el sinhogarismo», *Housing: revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili,* 9, 2018.

Guarro, B., «La discriminación de las personas inmigradas en el acceso a la vivienda», en Pérez Rincón Fernández, S., Tello Robira, R. (dirs.), *¿Derecho a la vivienda?: miradas críticas a las políticas de vivienda,* Barcelona, Bellaterra, 2012.

Lambea Llop, N., «Sinhogarismo y exclusión residencial en tiempos de alarma», *Housing: revista de la Cátedra de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili,* 13, 2020.

Llorente San Segundo, I., «La prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda residencial», *Revista general de legislación y jurisprudencia,* 2, 2017.

Martens Jiménez, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de la vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la Ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana,* 19, 2023.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A., y Flores Rodríguez, J., «Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 737, 2013.

Ministerio de Igualdad, *Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2022, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Documents/2022/180322_Informe_Discriminacion_racial_2022.pdf.

Puente, P.; Caro, G.; Cavero, G.; Ramos, M.; Ruiz, J., y Sales, A., «El derecho a un hogar. Sinhogarismo y pandemia», en Sánchez Gil, M., De Santiago Herrero, F. J. (coords.), *Crisis pandémicas: perspectiva criminológica, psicológica y social,* Salamanca, Ratio Legis, 2021.

Vicente Torrado, T. L., «La vivienda como marco para la discriminación de la población inmigrante: tendencias actuales», en Urrutia Asua, G. (coord.), *Derechos humanos y discriminación: ¿nuevos o continuos retos?,* Gipuzkoa, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2009.

C. Gentrificación

Cristina Argelich Comelles
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Resumen: *Este capítulo versa sobre la gentrificación de los núcleos urbanos y sus causas, relativas a la asequibilidad de la vivienda y la turistificación. Se examinan las soluciones comparadas del Consejo de Europa, de ONU Habitat, del proyecto europeo «Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities» y del Informe España 2050. A la luz de las evidencias empíricas sobre gentrificación, se formula una crítica a las medidas del legislador estatal.*

Palabras clave: *Vivienda, gentrificación, turistificación, asequibilidad.*

Abstract: *This chapter deals with the gentrification of urban areas, based on housing affordability and touristification. The chapter examines comparative remedies under the recommendations of the Council of Europe, UN Habitat, the European project 'Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities', and the Spain 2050 Report. In the light of the empirical evidence, the Spanish measures on gentrification are critically examined.*

Keywords.– *Housing, gentrification, touristification, affordability.*

Sumario: 1. La gentrificación de los núcleos urbanos: especial referencia a la falta de asequibilidad y la turistificación. 2. Soluciones prospectivas en los informes y proyectos europeos sobre gentrificación. 2.1 Informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa. 2.2 Recomendaciones de ONU Habitat. 2.3 Resultados del Proyecto europeo «*Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities*». 3. Las medidas propuestas en el informe «España 2050» para mitigar las consecuencias de la gentrificación y desatendidas por el legislador estatal. 4. Crítica a las medidas destinadas a mitigar la gentrificación de los núcleos urbanos. 4.1 Declaración de zonas de mercado residencial tensionado. 4.2 El control de rentas de las viviendas sitas en zona declarada de mercado residencial tensionado y los grandes tenedores de vivienda. 5. Reflexiones finales sobre la gentrificación de los núcleos urbanos. Bibliografía.

1. LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA FALTA DE ASEQUIBILIDAD Y LA TURISTIFICACIÓN[(1)]

El presente capítulo analiza la gentrificación y sus causas, habida cuenta de la globalización de este fenómeno, con especial atención a las soluciones propuestas por el Consejo de Europa, ONU Habitat, así como la investigación científica en este ámbito. Asimismo, se abordarán críticamente las soluciones establecidas por el legislador estatal, a la luz de las propuestas formuladas para la legislación española. Cabe destacar la ausencia de una definición de gentrificación del legislador estatal, como fenómeno más frecuente en los núcleos urbanos y consistente en la expulsión de los residentes habituales a áreas periféricas, debido principalmente a la falta de asequibilidad y la turistificación.

En cuanto a la gentrificación, diversos retos habitacionales han sido indicados por expertos en la materia en dos informes[(2)], tanto a nivel europeo como a nivel estatal: en Europa, los retos más importantes se refieren a la asequibilidad, sostenibilidad e inclusión social de la vivienda; en relación con España, los retos se concretan en la falta de asequibilidad,

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) Nasarre-Aznar, 2021. Nasarre Aznar, 2022.

el sinhogarismo, la gentrificación, la turistificación[3], así como el fenómeno conocido como la «España vaciada» o la despoblación de las zonas rurales. En concreto, y en términos de estado del parque residencial de vivienda en España, la «vivienda adecuada» se traduce en los siguientes datos del Instituto Nacional de Estadística y del Ministerio de Fomento[4]: más del 55 % de viviendas fueron construidas antes de 1980, en concreto 13.759.266 viviendas de un total de 25.208.622, de las cuales un 21 % tienen más de 50 años. Ello justifica que, en España, los principales retos en materia de «vivienda adecuada» sean la rehabilitación, la eficiencia energética y la accesibilidad, pues solamente el 0,6 % de viviendas son accesibles para las personas con discapacidad.

En los informes, se señalan como buenas prácticas a nivel español las siguientes: la intermediación en materia de vivienda, dispuesta en Cataluña, y los derechos de adquisición preferente, de Cataluña y Andalucía; el derecho a la vivienda para personas o colectivos vulnerables, del País Vasco; la propiedad temporal y la propiedad compartida, de Cataluña; la aproximación a la «vivienda asequible», mediante la práctica de la Fundación Hàbitat 3; la vivienda para la inclusión social, en Cataluña; la suspensión de los lanzamientos, del legislador estatal, y la mediación hipotecaria, de los legisladores autonómicos de Cataluña, Madrid, Aragón, Navarra y el País Vasco.

Finalmente, se refieren diversas lecciones aprendidas en materia de vivienda, cuyo contenido no se encuentra trasladado en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[5], en adelante LDV: no existen políticas de vivienda adecuadas, basadas en la investigación previa sobre la situación del acceso a la vivienda en España y sus causas; se requiere de un planteamiento *country-wide* o para todo el Estado sobre la formulación adecuada de los regímenes de tenencia de la vivienda; se necesitan medidas vinculadas al sector privado para el incremento de las viviendas sociales, a lo que pueden ayudar las cooperativas de vivienda; se produce una regulación multinivel incoherente[6], cuya principal manifestación es la falta de asequibilidad; deben abordarse los problemas relativos a las condiciones de habitabilidad, accesibilidad, eficiencia energética y rehabilitación[7]; y, finalmente, se requiere una cohesión territorial para solucionar las consecuencias derivadas de la urbanización, que han desembocado en el fenómeno de la «España vaciada» o la despoblación de las zonas rurales.

---

(3) Marenzana, 2024, pp. 95-118.
(4) Ministerio de Fomento, 2015.
(5) *BOE* de 26 de mayo de 2023. Argelich Comelles, 2023, pp. 1-454.
(6) Aporta novedosas soluciones el reciente trabajo de Goñi Rodríguez de Almeida, 2024, pp. 165-203.
(7) Ponce Solé, 2008, pp. 493-512.

2. SOLUCIONES PROSPECTIVAS EN LOS INFORMES Y PROYECTOS EUROPEOS SOBRE GENTRIFICACIÓN

Por lo que respecta a las soluciones prospectivas en esta materia, examinaremos el contenido de las diversas recomendaciones planteadas en los informes del Consejo de Europa, de ONU Habitat, así como los resultados de un proyecto europeo sobre gentrificación en ciudades del sur de Europa.

2.1 **Informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa**

En el informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa [8], se indican cuatro acciones destinadas a mitigar sus consecuencias. La primera acción es la gestión de la brecha del arrendamiento y la asequibilidad en los entornos residenciales y no residenciales. A estos efectos, se identifican como soluciones el aumento de la oferta de vivienda protegida, la combinación de los diversos regímenes de tenencia –principalmente el arrendamiento y la propiedad–, la colaboración público-privada, el aumento de la asequibilidad, los modelos cooperativos, la regulación de la especulación, el control de la cantidad y ubicación de las viviendas turísticas, así como el aseguramiento del transporte público a los residentes. Este último punto se señala expresamente como un elemento esencial para el desarrollo de las denominadas «supermanzanas» en Barcelona, pero, a su vez y aunque el informe no lo refiera, se ha observado un incremento de los precios tanto en el arrendamiento como en la compra de las viviendas allí ubicadas [9]. Entre estas soluciones en materia de gestión de la brecha del arrendamiento se identifican las experiencias del Plan Especial Urbanístico de Alojamiento Turístico de Barcelona, el Proyecto de Plan de Desarrollo del barrio de Chatsworth Road, de Londres, y el Programa Especial de Planificación Lachine-East, de Montreal.

En segundo lugar, se desarrollan medidas destinadas a evitar el desalojo y proteger a los arrendatarios. En este ámbito, se identifican diversas prácticas, como la creación de zonas especiales para la «renovación urbana cuidadosa», como la norma de Protección del Entorno Social o *Milieuschutz,* de Berlín. Asimismo, también indica la gestión del turismo,

(8) Consejo de Europa, 2020.

(9) CBRE, 2023. Los datos publicados por la consultora CBRE en junio de 2023 sitúan el incremento de la renta por metro cuadrado de las viviendas sitas en las supermanzanas en un 87% de media, correspondiendo el incremento máximo en un 110% en la calle Consell de Cent, de Barcelona. El incremento de los precios en la compraventa de viviendas de las supermanzanas es del 4%, registrando bajadas del 18% en las calles adyacentes no pertenecientes a esta.

medidas de protección de los arrendatarios –como los derechos de adquisición preferente–, y la protección a las empresas locales, como la restricción de los horarios comerciales. Además de la experiencia alemana referida, también destaca el Fatima Mansions, de Dublín, donde se procedió al reemplazo de viviendas de protección social degradadas por otras sin expulsión de sus arrendatarios.

En tercer lugar, se indica como buena práctica el fortalecimiento de los procesos participativos, así como la gobernanza dirigida por los residentes y la sociedad civil. De esta manera, se busca la creación de procesos participativos, el codiseño del espacio público con la ciudadanía y la coproducción de políticas públicas. En este ámbito, destaca el presupuesto de iniciativas públicas, de Vinnytsia –en Ucrania–, el modelo cooperativo de rehabilitación del patrimonio histórico municipal infrautilizado, de Lisboa, y el Consejo Municipal de la Vivienda Social, de Barcelona. Finalmente, la cuarta propuesta consiste en un espacio público inclusivo mediante la promoción de la gobernanza de las ciudades y la gestión de la privatización del espacio público. En este ámbito, destaca como práctica la asociación de vecinos de Tabakalera, en San Sebastián, donde se ha producido un proceso de regeneración, la promoción de lugares para la interacción social y la gestión del conflicto en el espacio público. Complementariamente a esta experiencia, también se refieren las supermanzanas de Barcelona.

A modo de conclusión, el informe formula unas recomendaciones a las autoridades municipales. Estas recomendaciones se refieren al aseguramiento de la protección a las personas vulnerables, la creación de procesos participativos eficaces en la coproducción de políticas, junto con la distribución de fondos y el fomento de modelos de gobernanza. Para evitar la gentrificación, se recomienda que las autoridades municipales creen vínculos con la sociedad civil, así como el activismo local. Finalmente, se sugiere aumentar el parque de vivienda protegida, proteger a los residentes de larga duración, procurar la inclusión y la integración en lugar de la segregación, así como preservar la composición social para evitar el desalojo.

2.2 **Recomendaciones de ONU Habitat**

Las recomendaciones de ONU Habitat en materia de gentrificación[10], publicadas en su portal, se refieren a diversas actuaciones en los núcleos urbanos. La primera recomendación consiste en adoptar políticas económicas redistributivas, a los efectos de que los recursos generados por la

(10) ONU Habitat, 2022.

gentrificación puedan utilizarse para regenerar otras ubicaciones periféricas que se han dejado de utilizar, con la finalidad de incrementar los ingresos municipales. Estos ingresos pueden utilizarse, expresamente, para mejorar la oferta de vivienda, su cantidad y distribución en el espacio público, considerando las áreas y vecindarios. En segundo lugar, propone retener a la población existente y su tejido social mediante el mejoramiento de su vivienda, así como en virtud de programas sociales destinados a actividades tradicionales generadoras de ingresos. La finalidad es desincentivar la presión especulativa del desarrollo descontrolado, que es una de las causas de expulsión de la población residente. En este sentido, recomienda fomentar las pequeñas empresas mediante la gestión de microcréditos, el aumento de los servicios comunitarios, la rehabilitación de viviendas y la mejora de los espacios públicos. ONU Habitat indica expresamente que estas recomendaciones, junto con la participación directa de la comunidad, han demostrado ser prácticas de éxito para disminuir las presiones de la gentrificación, referidas a la gestión de la exclusión residencial, la planeación urbanística, la falta de gobernanza y la gestión de la desigualdad.

2.3 **Resultados del Proyecto europeo *«Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities»***

Los resultados del proyecto *«Exploring Anti-Gentrification Practices and policies in Southern European Cities*[11]*»,* desarrollado del 1 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2016 y coordinado por la Universidad de Leicester, pueden resultar de utilidad en aras de implementar las medidas descritas en materia de gentrificación en España, tras el estudio comparado de tres ciudades del sur de Europa, como son Madrid, Roma y Atenas. El objetivo final de esta investigación consistió en formular soluciones al desplazamiento y contribuir a la teoría de la «resistencia a la gentrificación». A estos efectos, este proyecto se estructuró con base en cuatro objetivos, y sus correspondientes resultados. En primer lugar, examinar la relevancia de la teoría de la resistencia a la gentrificación para comprender las prácticas en contra de los desahucios, la especulación y la privatización tras la crisis de 2008. Del análisis de estas prácticas, se refuerza la teoría de la resistencia a la gentrificación por la población local, así como su potencial para informar sobre el establecimiento de una agenda urbana en contra del desplazamiento. En segundo lugar, contextualizar

(11) European Commission, 2017.

los diferentes tipos de desplazamiento y los sistemas de vivienda de las ciudades. En este sentido, en la comprensión del desplazamiento urbano en las ciudades del sur de Europa tras la crisis económica intervienen una variedad de fuerzas que actúan simultáneamente con diferente intensidad, impactando a una variedad de personas con diversos perfiles sociales. En tercer lugar, estudiar las prácticas contra la gentrificación en las ciudades referidas, a los efectos de formular soluciones sobre la prevención de los desplazamientos. En este ámbito, se observa una variedad, multiescalaridad y simultaneidad en las prácticas en contra del desplazamiento. El variado conjunto de prácticas, como las que van en contra de los desahucios, la privatización, la especulación y la austeridad se pueden agrupar como las «prácticas en contra de la gentrificación». Finalmente, el cuarto objetivo consiste en desarrollar un conjunto de herramientas contra la gentrificación para las ciudades del sureste de Europa, aunque las prácticas descritas en el proyecto podrían implementarse en España.

Por lo que respecta al impacto y uso potenciales de esta investigación, se detectó que existe una falta de prevención con respecto al lanzamiento. La prevención debería referirse a acciones dirigidas a las personas lanzadas de sus viviendas habituales, en el sentido de entender que el desplazamiento directo no puede abordarse con un modelo de bienestar residual y una solución de emergencia, pues afecta a la clase media empobrecida, a personas mayores y a trabajadores precarios, principalmente referidos a arrendatarios jóvenes y personas migrantes. En consecuencia, las medidas preventivas deberían proveer de vivienda a largo plazo mediante los siguientes instrumentos, algunos de los cuales han sido adoptados en España: la adquisición y conversión del parque de vivienda inutilizado en vivienda pública; la revisión de los planes de privatización, para mantener el parque público residencial accesible a la próxima generación; el posible cambio del régimen de tenencia de propiedad a arrendamiento en la misma vivienda, a los efectos de evitar el lanzamiento del deudor hipotecario insolvente; las ayudas financieras al pago de la deuda hipotecaria, así como las moratorias de los lanzamientos de personas vulnerables; y medidas que diferencien el acceso a la vivienda, como las cooperativas de vivienda y las políticas de rehabilitación de vivienda y edificios.

Los resultados de la investigación también se refieren a la mitigación de la gentrificación, pues se desprende que la especulación aumentó en las zonas gentrificadas tras la crisis económica. Las prácticas de mitigación de la gentrificación propuestas consisten en: la creación de planes de desarrollo local alternativos; la mitigación del turismo en los centros de las ciudades; la reducción de la zonificación de desarrollo especulativo; la preservación de los valores sociales de las viviendas deshabitadas y de los edificios recuperados para usos sociales; y la participación ciudadana

activa mediante decisiones operativas en materia de vivienda. Habiendo detectado la ausencia de medidas de prevención y mitigación, la investigación se centró en prácticas de desobediencia civil –indicando expresamente la ocupación ilegal–, cuya detección es altamente informativa para el diseño de medidas de prevención del desplazamiento, pues los testimonios de grupos vecinales y movimientos sociales urbanos redundan en la concienciación. La composición social de los grupos en contra del desplazamiento requiere una profunda comprensión de la solidaridad interclasista, pues según indica es el punto más débil de quienes promueven el acceso a la vivienda solo en propiedad, como el movimiento en contra de los desahucios de Grecia. La institucionalización de las prácticas de los movimientos sociales –como la asistencia jurídica en materia de desahucios–, o las respuestas institucionales –como la ayuda financiera o el alojamiento temporal y las soluciones de emergencia– han demostrado tener un alcance limitado. En este sentido, se recomienda expresamente que la puesta en marcha de alojamientos temporales en Madrid debe aprender del fracaso de su aplicación en Roma con anterioridad.

3. LAS MEDIDAS PROPUESTAS EN EL INFORME «ESPAÑA 2050» PARA MITIGAR LAS CONSECUENCIAS DE LA GENTRIFICACIÓN Y DESATENDIDAS POR EL LEGISLADOR ESTATAL

En el informe «España 2050[12]» se han determinado unas líneas de actuación en materia de vivienda, que tienen incidencia en la gentrificación producida en algunos núcleos urbanos, especialmente los que tienen una mayor demanda residencial. En el apartado dedicado al desarrollo territorial, en cuanto al «presente del acceso a la vivienda», se indica que la distribución sobre el territorio es muy heterogénea. Ello se debe a la concentración poblacional en las grandes ciudades y la despoblación de la llamada «España vaciada», a la dificultad para acceder a la vivienda en propiedad, así como al sobrecoste de la renta del arrendamiento de vivienda habitual en relación con los ingresos percibidos. Por ello, los expertos del informe señalan diversos retos de futuro que se tendrán que regular, en atención al envejecimiento de la población, la asimetría de los entornos urbano y rural, la suburbanización en ciudades extensas, la densificación de las ciudades, la turistificación y la gentrificación[13]. Está

(12) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021.
(13) Marenzana, 2024, pp. 95-118.

previsto que en 2035 el número de unidades familiares u «hogares» haya aumentado 1,1 millones[14], mientras que su tamaño medio descenderá, quedando especialmente afectados los ciudadanos que tengan ingresos bajos y los jóvenes que residan en las grandes ciudades. Por estas razones, la demanda potencial de vivienda social en España se duplicará la próxima década.

Por ello, se propone en el informe la regulación de las tenencias intermedias, es decir, el acceso a la vivienda en propiedad mediante dos fórmulas que proceden del Derecho anglosajón y que se incorporarían a nuestra legislación, en la línea del legislador catalán, mediante un *legal transplant:* la propiedad temporal y la propiedad compartida. Como retos complementarios, señala el informe la mejora de la sostenibilidad y la salud urbana, la reducción de la pobreza, la desigualdad y la segregación social, así como la rehabilitación masiva del parque inmobiliario, en atención a la antigüedad media y en términos de eficiencia energética. En España, la tasa de rehabilitación es del 0,1 %, el equivalente a 26.000 viviendas del parque inmobiliario total[15], mientras que en Francia o Noruega es del 2 %. Se estima que en España 1,2 millones de viviendas se tendrán que rehabilitar hasta 2030. Finalmente, se señala como reto la dinamización de la España rural.

Como acciones concretas, o «frentes en relación con la Agenda Urbana Española[16]», se prevé un segundo ámbito, denominado «Garantizar de forma efectiva el acceso a una vivienda digna y adecuada, reduciendo el esfuerzo económico y mejorando su adecuación». Se disponen diversas acciones para acometer esta garantía del acceso a la vivienda digna y adecuada. En primer lugar, incrementar la disponibilidad de vivienda pública y social a través de la compra de viviendas en edificios y comunidades ya consolidadas, la rehabilitación o la construcción de nuevas viviendas. En segundo lugar, fomentar el arrendamiento de las viviendas vacías ofreciendo garantías suficientes a los propietarios y ejerciendo un control sobre la calidad de la vivienda ofertada. En este sentido, se propone la creación o mejora, en su caso, de bolsas de intermediación pública de arrendamiento y marcos de colaboración público-privados que contribuyan a una mejor gestión, como modelo similar a las *housing associations*. Debemos precisar que la autoridad local de vivienda procede del Derecho anglosajón, nuevamente, así como la intermediación de la Administración en la gestión de las viviendas vacías mediante las órdenes de gestión de viviendas vacías.

(14) Instituto Nacional de Estadística, 2020.
(15) Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, 2020.
(16) Ministerio de Fomento, 2019.

En tercer lugar, la creación de un marco fiscal orientado a favorecer tanto el incremento de la oferta de vivienda en arrendamiento a precios asequibles, como el propio acceso de las unidades familiares de rentas más bajas. Prevé un especial énfasis en la demanda residencial y mercado tensionado, e insinúa el control de rentas, que encontramos en la DF primera LDV, cuando expresa la importancia de «tener en cuenta la relación entre el precio del alquiler y la renta del hogar». En cuarto lugar, el establecimiento de mecanismos de protección sobre el patrimonio público de vivienda, así como reservas de suelo para vivienda protegida en arrendamiento[17], para evitar su despatrimonialización, un objetivo acometido en la DF cuarta.

En quinto lugar, incentivar las tenencias intermedias como alternativa a la propiedad, es decir, regular la propiedad temporal y la propiedad compartida. Finalmente, apuesta por garantizar la correcta información que reciben las unidades familiares, tanto en la financiación como en la compra o arrendamiento de una vivienda, facilitando la movilidad residencial de las unidades familiares a medida que sus necesidades cambian. Ello se regula en los artículos 32-36 LDV. Complementariamente, para adecuar el parque de vivienda a las necesidades de las nuevas unidades familiares, el informe propone implementar programas de ayudas, dirigidas a conseguir la accesibilidad universal en las viviendas y como soluciones habitacionales alternativas[18], así como implementar una Estrategia Nacional de regeneración urbana integral.

La Ley 12/2023 tenía la oportunidad de sentar las bases legislativas completas de lo que en el informe España 2025 se contiene, pero no se atienden la totalidad de los problemas señalados en el informe: ni las consecuencias negativas derivadas de la urbanización; ni la despoblación de zonas rurales, donde habita la población más envejecida; ni se establecen medidas estructurales, pues siguen siendo coyunturales, como suele ser tradición en la legislación de acceso a la vivienda en España. Faltan soluciones que formulen a medio y largo plazo el modelo de acceso a la vivienda, y consideramos que ello pasaría por las siguientes acciones: el planteamiento de políticas de vivienda para estructurar territorialmente la cohesión poblacional; plantear el modelo urbano de ciudad y la distribución poblacional; la creación de un ente gestor del acceso a la vivienda, en la línea de la *Local Housing Authority* del Reino Unido, que es un ente local destinado a estos efectos, e incluso su existencia a nivel autonómico; y, finalmente, abordar los grandes retos de futuro, basados en la asequibilidad, la sostenibilidad, la distribución poblacional y su concentración en las ciudades, junto con las nuevas tecnologías.

(17) Iglesias González, 2024, pp. 53-96.
(18) Messía de la Cerda Ballesteros, 2013, pp. 1533-1568.

4. CRÍTICA A LAS MEDIDAS DESTINADAS A MITIGAR LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS

La crítica que se formulará respecto de las medidas destinadas a mitigar las consecuencias de la gentrificación de los núcleos urbanos es que se vinculan todas a los propietarios de las viviendas libres no sujetas a protección pública y sin compensación pública. Estas medidas consisten en la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, de momento solo aplicable en algunos municipios de Cataluña, a la que se vincula el control de rentas para cualquier vivienda arrendada allí ubicada, con independencia de si su propietario y arrendador es considerado un gran tenedor.

Aunque estas dos medidas, principalmente el control de rentas, hayan sido avaladas en el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la Ley 12/2023[19], desde una perspectiva civil suponen una afectación directa a la facultad de disposición, en este caso referida a los actos de administración, respecto de una vivienda de titularidad privada. Desde el Derecho civil, se trata de un límite en interés público del derecho de propiedad, lo que se corresponde con una limitación administrativa de derechos y, como es sabido, no requiere dicha restricción indemnización alguna al propietario. Por tanto, supone de hecho un vaciamiento indirecto del derecho de propiedad y sus facultades, lo que afecta a su contenido esencial[20].

4.1 **Declaración de zonas de mercado residencial tensionado**

El artículo 18 LDV regula la declaración de «zonas de mercado residencial tensionado», una definición que determina el ámbito material de aplicación de las DF primera, segunda y quinta –relativas al control de precios del arrendamiento de vivienda–, los incentivos fiscales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –en adelante IRPF– para el arrendamiento de vivienda, así como la suspensión de los lanzamientos y otras medidas de carácter procesal. Es competencia de la Comunidad Autónoma la solicitud al Gobierno de la nación de la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, recordando que la norma no prevé ningún cauce de impugnación de la declaración de zonas de mercado tensionado. Ello puede conducir a que, mediante la acumulación de esta declaración a la congelación de rentas, sin posibilidad de impugnar dicha declaración y que la misma dependa de cada Comunidad Autónoma, se

(19) STC 79/2024, de 21 de mayo, RTC 2024\79.
(20) Nos remitimos a Verdera Server, 2023, pp. 859-998 y Simón Moreno, 2023, pp. 139-177.

ocasionen situaciones discriminatorias entre territorios, por el eventual tratamiento legal desigual frente a situaciones análogas respecto de la tensión en el mercado de arrendamiento de vivienda. En esta norma no se prevé que la declaración acumulada a la congelación de rentas se destine necesariamente a arrendatarios en situación de especial vulnerabilidad, conforme al artículo 14 LDV, sino que se dispone para que cualquier arrendatario, en atención al contexto de escasez de oferta de vivienda, acumulado a la declaración de mercado tensionado, pueda acceder a una vivienda.

El artículo 18 LDV realiza también una ampliación, respecto de su redacción inicial, de los criterios para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado por parte de las Comunidades Autónomas; procederá dicha declaración si la carga media del coste mensual del arrendamiento o préstamo hipotecario, más los gastos y suministros básicos, superan el 30% de la renta media de la unidad familiar, o si el precio de la compraventa o arrendamiento de la vivienda se ha incrementado en tres puntos por encima del IPC en los cinco años anteriores. Además, se podrán aplicar los límites del índice de referencia de precios a las viviendas que no hayan sido arrendadas en los últimos cinco años, de acuerdo con la correspondiente declaración de zonas de mercado residencial tensionado.

Los posibles municipios afectados por esta medida, de momento solamente dispuesta en Cataluña, se sitúan en las grandes ciudades y sus áreas metropolitanas, siendo cuantitativamente inferiores a los que no se encuentran en zonas de mercado residencial tensionado, por lo que el alcance de la medida será limitado. Es necesario indicar que la combinación de plazos tan extensos de duración del arrendamiento de vivienda, con regímenes de control de rentas, ocasiona una disminución de la oferta de vivienda en arrendamiento, como ya sucedió con la prórroga forzosa y la congelación de la renta en las Leyes de arrendamientos urbanos de 1946, 1956 y 1964. El incremento y consolidación del arrendamiento como régimen de tenencia alternativo a la propiedad generalizada en España necesita una legislación estable, para la atención de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y de cierta flexibilidad para quien requiera la satisfacción de una necesidad habitacional temporal, por motivos laborales o de otra índole.

La redacción del precepto establece una serie de excepciones, sujetas a una limitación máxima del 10% superior a la del último contrato en vigor en los últimos cinco años, si se «acreditan» –tras una enmienda del precepto– diversas circunstancias, a modo de incentivo positivo para el destino al arrendamiento de estas viviendas que no se ha considerado oportuno mantener. En primer lugar, cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación finalizada en los dos años anteriores a la celebración del nuevo contrato, *ex* artículo 41.1 del Real

Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero[21]. En segundo lugar, cuando, en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento, se hubieran finalizado actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda, con un ahorro de energía primaria no renovable del 30 % acreditable[22]. En tercer lugar, cuando hubiesen finalizado actuaciones de mejora de la accesibilidad en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento. En cuarto lugar, cuando el contrato de arrendamiento se hubiese formalizado por un periodo mínimo de diez años, o se determinase un derecho de prórroga del arrendatario que le permita su extensión, con las mismas prestaciones, durante un periodo mínimo de diez años. La finalidad es que el arrendador se pueda resarcir de la inversión realizada en las viviendas, o compensar el incremento de precios en atención a la celebración de un arrendamiento de larga duración.

4.2 **El control de rentas de las viviendas sitas en zona declarada de mercado residencial tensionado y los grandes tenedores de vivienda**

El control de rentas previsto en la Ley 12/2023 es un *legal transplant* de lo dispuesto en septiembre de 2018 en el § 556 BGB como *Mietpreisbremse*, para los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda, tras su aplicación en Berlín, así como a nivel global en otras ciudades como Nueva York, San Francisco, París, Copenhague o Estocolmo, entre otros. Este mecanismo ha fracasado donde se ha aplicado y, para ello, nos remitimos al último estudio publicado por el Prof. Dr. Kholodilin[23], también con lecciones para el *legal transplant* de este mecanismo en Cataluña, donde se ha aprobado nuevamente la aplicación de esta medida tras la declaración de zonas de mercado residencial tensionado. El control de rentas ocasiona diversos efectos negativos: la reducción de la oferta, con el consiguiente incremento del plazo de espera para los arrendatarios y aumento de la renta; la disminución de los *commuters* o la movilidad residencial, habitualmente por razones laborales; el aumento del coste oculto o no

(21) *BOE* de 31 de marzo de 2007.

(22) Esta acreditación se llevará a cabo mediante «certificados de eficiencia energética de la vivienda, uno posterior a la actuación y otro anterior que se hubiese registrado como máximo dos años antes de la fecha de la referida actuación».

(23) Kholodilin, 2024, pp. 1-19.

declarado sobre la renta de la vivienda; y, finalmente, la falta de ejecución de las obras de conservación necesarias y el deterioro de las viviendas, igual que sucedió con la prórroga forzosa acumulada a la congelación de la renta dispuesta en la LAU 1946, LAU 1956 y LAU 1964.

En cuanto a la modificación del artículo 17.6 LAU, se establece un control de rentas propio y generalizado para las viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado[24]. A estos efectos, se regularán las rentas de las denominadas zonas de mercado residencial tensionado, previa declaración por la Administración competente autonómica, donde se aplicará un control de rentas impropio para los contratos de arrendamiento en vigor, mediante la limitación permanente de su actualización, así como un control de rentas propio para los nuevos contratos. En este último caso, los límites de su actualización se establecerán dependiendo de la modalidad de contrato y propiedad, distinguiendo en función del arrendador: para los grandes tenedores, mediante un índice *ad hoc* de contención de precios y, con la previsión del siguiente punto hasta que no se apruebe dicho índice; y, para el resto de los arrendadores, a este mismo índice si la vivienda está sita en una zona de mercado residencial tensionado, o bien vinculando su indexación a la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que quepa fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de otros gastos.

Por lo que se refiere a los grandes tenedores de vivienda y la modificación del 17.7 LAU fruto de una enmienda, el sistema de índices de precios de referencia atenderá a las «condiciones y características de la vivienda arrendada y el edificio en que se ubique», remitiéndose a un desarrollo reglamentario de este sistema, y a los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación. Esta misma limitación de los grandes tenedores se aplicará en los contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado durante la vigencia de dicha declaración, teniendo en cuenta que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento en los cinco años anteriores.

La consideración cuantitativa de gran tenedor, referida al propietario de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de 1.500 metros cuadrados de uso residencial excluyendo garajes y trasteros, como dispone el artículo 3.1 k) LDV, necesita replantearse cualitativamente. Es desacertada la rebaja de la consideración de gran tenedor de vivienda de diez a cinco viviendas, si las Comunidades Autónomas

(24) Aznar Sánchez-Parodi, 2021, pp. 2875-2927.

acreditan zonas de mercado residencial tensionado, tras la tramitación parlamentaria de la norma, pues no cabe convertir *ex lege* en gran tenedor a quien no lo es: el propietario persona física que sea titular de cinco viviendas, como máxima expresión de los desajustes de criterios pretendidamente objetivos.

Asimismo, el establecimiento de un criterio cuantitativo debería precisar si se refiere al derecho de propiedad, como parece que se desprende del redactado, y tendría que excluir expresamente situaciones que pueden convertir en gran tenedor a quien no lo es, como la copropiedad y los derechos reales limitados, los bienes gananciales –considerando la teoría de la «comunidad diferida»–, o la herencia yacente. Es necesario mencionar que, hasta 2021, los grandes tenedores son propietarios de 98.639 viviendas, que representan un 4,4 % del total de viviendas arrendadas sobre un total de más de 2,4 millones[25]. La distribución de las viviendas arrendadas por grandes tenedores corresponde a un 57 % en Madrid, y a un 11,5 % en Barcelona. Por tanto, objetivamente, los grandes tenedores no son un oligopolio en el mercado de arrendamiento de vivienda de España, que justifique esta política legislativa estatal, y, en Madrid, su intervención en el mercado tiene carácter mayoritario.

Hechas estas precisiones contextuales, la cantidad de viviendas no tiene que ir aparejada a su valor en el mercado, por tratarse ambos de parámetros variables y, por ende, no deben utilizarse para objetivar la asimetría negocial que las normas pretenden reequilibrar. Ello implica un tratamiento legal lineal e inadecuado para situaciones, a todas luces, desiguales, lo que entraña discriminación: el propietario de diez viviendas cuyo valor de mercado sea bajo; el propietario de menos de diez viviendas cuyo valor de mercado sea superior al del ejemplo anterior; y el gran tenedor que sea una persona jurídica y cuya actividad empresarial se refiera al sector inmobiliario. Las medidas relativas a los grandes tenedores deberían referirse al último supuesto, es decir, entidades financieras, filiales inmobiliarias y entidades de gestión de activos inmobiliarios, como se dispone en la legislación autonómica[26], y sin establecer el límite de diez viviendas,

(25) Business Insider, 2022.

(26) Se encuentra previsto en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra, Canarias, País Vasco, Comunidad Valenciana y Extremadura: artículo 5 de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía, *BOE* de 2 de noviembre de 2013; artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, *BOE* de 27 de julio de 2013; artículo 26 de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, *BOE* de 1 de julio de 2014; artículo 74.1 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, del País Vasco, *BOE* de 13 de julio de 2015; artículo 13 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, *BOE* de 22 de noviembre de 2004; y artículo 2 de la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, *BOE* de 15 de mayo de 2019.

algo especialmente necesario en las zonas de mercado residencial tensionado. En suma, si el legislador apuesta por un tratamiento legal diferenciado de los grandes tenedores respecto de las personas físicas y jurídicas, su destinatario debería ser quien ostente, en términos cualitativos, una posición predominante en el mercado y cuya actividad empresarial sea la inmobiliaria, de manera análoga a la normativa imperativa de Derecho del consumo respecto de las entidades financieras.

5. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS

De los informes y estudios indicados, se desprenden las diversas medidas expuestas que pueden contribuir a mitigar los efectos de la gentrificación de los núcleos urbanos, principalmente por la turistificación y la escasez de inmuebles destinados al uso habitacional habitual, con la consiguiente expulsión y desplazamiento de sus residentes. El legislador estatal tenía la oportunidad de regular soluciones en esta materia en la Ley 12/2023, pero dedica dos medidas que materialmente provocan más gentrificación y reducción de la oferta de vivienda en los núcleos urbanos con más demanda residencial: la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, aparejando a toda vivienda arrendada, con independencia de la condición de su propietario, el control de rentas. A los efectos de ofrecer verdaderas soluciones para reducir la gentrificación de los núcleos urbanos, especialmente aquellos que tienen más demanda residencial, y no expulsar materialmente a los ciudadanos que han venido residiendo en estos núcleos, deberían considerarse las medidas propuestas en los informes referidos, también a los efectos de garantizar en la ancianidad el denominado *aging in place*.

BIBLIOGRAFÍA

Argelich Comelles, C., *Ley por el derecho a la vivienda,* segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

Aznar Sánchez-Parodi, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 97, 2021.

Business Insider, «¿Quiénes son los gigantes de la vivienda en España? CaixaBank, Testa o Lazora aumentan su peso y ya tienen casi 100.000 pisos de alquiler», de 8 de febrero de 2022, disponible en: https://www.businessinsider.es/quienes-son-gigantes-vivienda-grandes-tenedores-pisos-alquiler-1008673.

CBRE, *Informe Living, datos de mercado,* 2023, disponible en: https://www.cbre.es/insights/figures/datos-de-mercado-living-figures-segundo-trimestre-espana-2023.

Consejo de Europa, *Gestión de la gentrificación,* 2020, disponible en: https://rm.coe.int/gestion-de-la-gentrificacion-resumen-de-politicas/16809f9a7f.

European Commission, *Exploring Anti-Gentrification Practices and policies in Southern European Cities,* 2017, disponible en: https://cordis.europa.eu/project/id/625691?isPreviewer=1.

Goñi Rodríguez de Almeida, M., «La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana: hacia un contrato aleatorio y regulado», *Revista de Derecho Civil,* vol. XI, 2, 2024.

Iglesias González, F., «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», *Revista De Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* 57, 365-366, 2024.

Instituto Nacional de Estadística, *Proyección de Hogares 2020-2035,* 2020, disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176954&menu=resultados&idp=1254735572981.

Kholodilin, K., «Rent control effects through the lens of empirical research: An almost complete review of the literature», *Journal of Housing Economics,* vol. 63, 2024, disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1051137724000020.

Marenzana, N. L.; Gallardo, D.; Villaverde, L. D., y Herrero, M., «Descifrando las similitudes y diferencias entre gentrificación y turistificación, *Cuadernos de Turismo,* 53, 2024.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A., y Flores Rodríguez, J., «Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 737, 2013.

Ministerio de Fomento, *Agenda Urbana Española,* 2019, disponible en: https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW061.

— *Plan de Infraestructuras, transporte y vivienda PITVI (2012-2024),* 2015, disponible en: https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/planes-estrategicos/2024/pitvi-2012/2024/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012-2024.

Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Dirección General de Vivienda y Suelo, *Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín especial Vivienda Social 2020,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, 2020, disponible en: https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072.

Nasarre Aznar, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022,* Fedea, 11, 2022, disponible en: https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio.

Nasarre-Aznar, S. (coord.), Nasarre-Aznar, S.; Ftácnik, M.; Lambea-Llop, N., y Rasnaca, L., *Concrete actions for social and affordable housing in the EU,* Foundation for European Progressive Studies, Brussels, 2021, disponible en: https://www.feps-europe.eu/attachments/publications/social%20affordable%20housing_report.pdf.

Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, *España 2050,* Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.

ONU Habitat, «El fenómeno de la gentrificación», 2022, disponible en: https://onu-habitat.org/index.php/el-fenomeno-de-la-gentrificacion#:~: text=La%20gentrificaci%C3 %B3n%20sucede%20cuando%20un,de%20las%20%C3%A1reas%20de%20intervenci%C3%B3n.

Ponce Solé, J., «La lucha contra la discriminación residencial y el acoso inmobiliario», en Ponce Solé, J., Sibina Tomàs, D., *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Madrid, Marcial Pons, 2008.

Simón Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución,* 42, 2023.

Verdera Server, R., «*Pro Proprietate.* Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 76, 3, 2023.

D. En particular, el uso turístico de la vivienda*

M.ª Nélida Tur Faúndez
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares
nelida.tur@uib.es

Resumen: *El notable incremento de las viviendas de uso turístico en España pone de relieve la problemática que genera esta figura que, en los últimos tiempos, está provocando movilizaciones sociales. Este trabajo se centra en tres de los principales problemas que se plantean en torno a ellas y sus posibles soluciones: los que afectan a los residentes de la zona, los que afectan a los vecinos, cuando la vivienda se encuentra en un edificio en régimen de propiedad horizontal, y los que se derivan de la contratación del servicio por el consumidor por medio de plataformas digitales.*

Palabras clave: *Viviendas de uso turístico, turismo, propiedad horizontal, plataformas, gentrificación.*

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

Abstract: *The notable increase in the number of housing for tourist use in Spain highlights the problems generated by this type of housing which, in recent times, has provoked social mobilisations. This paper focuses on three of the main problems that arise around them and their possible solutions: those that affect the residents of the area, those that affect the neighbours when they are in a Condominium Property, and those that derive from the contracting of the service by the consumer through digital platforms.*

Keywords: *Short-term rentals, tourism, gentrification, condominium property, digital plarforms, gentrification.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La vivienda de uso turístico. Marco normativo. 3. Problemas que afectan a residentes y diferentes soluciones. 4. Problemas que afectan a la convivencia vecinal. 5. Problemas derivados de la contratación con plataformas. 5.1 Reglamento de 1 de abril de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Según la oficina de estadística de la Unión Europea, España es el segundo país de Europa que registra más estancias en alquileres vacacionales, solo por detrás de Francia.

Los alquileres turísticos han crecido con fuerza en los últimos años. Después de que, durante la pandemia, muchos de los propietarios de este tipo de alojamientos los redirigiesen al alquiler residencial por el hundimiento del turismo, la vuelta de visitantes a las ciudades provocó, superado lo más duro del coronavirus, el trasvase inverso. A esto hay que añadir que la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, deja fuera de su ámbito los alquileres de temporada, por lo que no se ven afectados por las limitaciones en las actualizaciones de la renta o por las prórrogas extraordinarias del contrato y esto ha provocado que muchos propietarios se decanten por esta modalidad de arrendamiento. Los alquileres de temporada han experimentado un incremento del 39 % en el tercer trimestre del año (2023). De acuerdo con los cálculos del Instituto Nacional de Estadística, las principales plataformas online que comercializan viviendas turísticas (con o sin licencia) han puesto en el mercado este año (2023) una oferta total de 1,54 millones de plazas en toda España.

El uso de las redes sociales y la aparición de plataformas en línea (que intervienen de forma notable en la contratación de esta modalidad de alquiler) ha dado lugar a la proliferación del alquiler de viviendas turísticas, propiciando diferentes conflictos de intereses: entre los empresarios del sistema tradicional de alojamiento turístico (los hoteleros y los titulares de los pisos turísticos), por un lado, y los propietarios particulares y las plataformas de economía colaborativa, por otro y, todos ellos, con los residentes.

Se trata de una figura polémica. Los hoteleros ven en este segmento de oferta uno de sus mayores y crecientes competidores y reclaman una regulación mucho más estricta. Alegan que hay una gran diferencia normativa, dado que, a los parámetros de calidad de la oferta, la seguridad en el tráfico, los controles en el ámbito laboral, garantía para los consumidores, etc., son para el alquiler con fines turísticos mucho menos exigentes, hay escaso control de las autoridades sobre esta forma de alojamiento turístico y algunos hoteleros hablan incluso de competencia desleal[1].

Los propietarios, sin embargo, alegan que el derecho a la propiedad privada justifica esa forma de explotación, es una oportunidad de generar riqueza y desarrollo. Que el alquiler vacacional no pone en riesgo la economía ni la supervivencia de los hoteles, porque está destinado a clientes distintos, básicamente a un cliente familiar que busca la convivencia de toda la familia junta en un apartamento.

Para los residentes en general, el alquiler turístico genera otros problemas, como la dificultad de acceso a la vivienda por el aumento de los precios de los alquileres en las zonas en las que prolifera el alquiler vacacional, ya que los propietarios prefieren destinar sus viviendas a este tipo de alquiler por considerarlo más rentable; la dificultad de acceso a la vivienda en propiedad por parte de los residentes, debido a un aumento de los precios de venta, lo que unido al problema anterior, eleva el coste habitacional, provocando incluso, el abandono de las zonas por los residentes tradicionales, y dando lugar a la «gentrificación», es decir, la población originaria de un determinado lugar es desplazada por otra con mayor poder adquisitivo o por población de paso (también se ha denominado turistificación o síndrome de Venecia)[2] (me remito sobre el particular, al capítulo correspondiente de esta misma obra), o incluso el aumento de la presión sobre el territorio, las carreteras, las infraestructuras, el medio ambiente, los recursos hídricos etc.

---

(1) Román Marquez, A., «Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico, su exclusión de la Ley de arrendamientos urbanos», en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 6, pp. 6 ss.; Guillén Navarro, N., «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en Revista Aragonesa de la Administración Pública, núm. 45-46, 2015.

(2) Herrero Suarez, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿Enemigo a batir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, 2017, p. 151.

Lo anterior tiene como consecuencia una tendencia a limitar el alquiler vacacional, en especial en ciudades especialmente tensionadas. Así, Florencia ha tomado la decisión de prohibir los nuevos alquileres residenciales de corta duración en el centro histórico, con el objetivo de intentar liberar más viviendas para los residentes. Nueva York tomó una decisión muy similar y prohibió alquilar apartamentos para estancias menores a 30 días, únicamente podrían sacarse al mercado si el arrendador vive en el apartamento y está presente durante la estancia de los visitantes, que no podrán ser más de dos al mismo tiempo. El turismo descontrolado que ha surgido tras la pandemia se ha convertido en un problema global que se reproduce con la misma intensidad en España que en otros grandes destinos como Florencia, Venecia, Ámsterdam, París o Nueva York. Se adoptan diferentes medidas: tasas, restricciones a los cruceros, moratorias hoteleras… Como veremos, en España también se han adoptado medidas de ese tipo.

Además, se suelen generar conflictos de carácter vecinal cuando estos alquileres se llevan a cabo en comunidades de vecinos sometidas al régimen de propiedad horizontal. A todo ello hay que añadir que esta modalidad de arrendamiento se suele formalizar por medio de plataformas en línea, por lo que está presente la inseguridad jurídica propia de esta forma de contratación, debida a la falta de transparencia.

Me voy a centrar aquí en tres de los problemas que se derivan del alquiler turístico relacionados con la vivienda, que es el objeto de estudio de esta obra, dejando al margen los conflictos que pueden surgir entre los hoteleros y los arrendadores de viviendas turísticas:

1) Problemas que afectan a los residentes locales.
2) Problemas que afectan a la convivencia vecinal.
3) Problemas derivados a la contratación a través de las plataformas.

No obstante, es necesario previamente determinar qué es una vivienda de uso turístico y cuál es el marco normativo en el que nos hemos de desenvolver.

2. LA VIVIENDA DE USO TURÍSTICO. MARCO NORMATIVO

La terminología para referirse a este fenómeno es diversa: alquiler turístico, arrendamiento vacacional, viviendas de uso turístico, comercialización de estancias turísticas, alquiler de alojamientos de corta duración… Se trata de la entrada en el mercado turístico de viviendas de los particulares o

de una parte de ellas. En nuestro país, eminentemente turístico, siempre se ha dado el arrendamiento de temporada con fines turísticos. Pero no hay que confundir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso o con fines turísticos, según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la principal deferencia está en que la denominada vivienda de uso turístico es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular, y que incluso se puede encontrar en una comunidad de vecinos (caso de pisos en edificios plurifamiliares), mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento, ocupando normalmente todo un edificio destinado a este fin. Estos últimos, además, deben cumplir con unos requisitos adicionales, como poseer una recepción y zonas comunes, y se clasifican por categorías (indicadas habitualmente con el número de llaves que se le asignan).

Sin embargo, no es fácil dar un concepto de viviendas de uso turístico. En el Derecho español, el marco legal es muy cambiante, complejo, variado y disperso, una auténtica maraña legal, en la que se entrecruza la normativa estatal, la autonómica y la municipal, y dificulta la unificación terminológica y conceptual[3]. Nos detendremos, a continuación, en ese marco normativo.

Tradicionalmente la Ley de Arrendamientos Urbanos había dado cobertura legal a estos sistemas de alojamiento turístico, dentro del arrendamientos de temporada, pero la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler de viviendas, excluye del ámbito de aplicación de la LAU algunos arrendamientos de uso turístico. ¿Cuáles son los arrendamientos excluidos y qué normativa se les aplica? la cuestión no resulta sencilla, es necesario analizar la normativa al respecto de las diferentes comunidades autónomas junto con la normativa estatal y observamos que hay notables diferencias entre ellas. La respuesta a estas cuestiones resulta imprescindible para poder determinar cuál es el ámbito objetivo del contrato, esto es, para saber qué tipo de viviendas pueden ser viviendas con fines turísticos, o de uso turístico.

Tal y como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, el incremento del uso turístico en los alojamientos privados puede dar cobertura a situaciones de intrusismo y de competencia desleal, lo que podría ir en detrimento de la calidad del turismo. Con la finalidad de que puedan ser regulados por la normativa sectorial, la reforma excluye estos arrendamientos de su regulación y señala que en el caso de que no se produzca esta regulación sectorial, se regirán por las normas de la LAU sobre el arrendamiento de temporada.

(3) Martinez Nadal, A. «Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 9712, octubre de 2020, p. 4.

En efecto, el artículo 5 de la LAU entre los arrendamientos excluidos de la aplicación de la Ley incluye:

> e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

Según dispone el artículo 3 LAU los arrendamientos de temporada tendrán la consideración de arrendamiento para uso distinto de vivienda y, por lo tanto, se rigen por lo dispuesto en su Título III. Pero se excluyen aquellas cesiones temporales que reúnan los siguientes requisitos:

> 1. Se ceda el uso de la totalidad del inmueble.
> 2. Se trate de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediata.
> 3. Se haya comercializado o promocionado en canales de oferta turística.
> 4. Realizada con finalidad lucrativa.
> 5. Estar sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial.

La redacción del precepto nos da a entender que es necesaria la concurrencia de todos estos requisitos para que esos arrendamientos queden excluidos de la LAU, la falta de alguno de ellos implica, pues, que se regirán por el Título III como arrendamientos para uso distinto de vivienda salvo que haya alguna regulación específica para ese tipo de cesiones de uso.

El precepto remite la regulación del alquiler de viviendas para uso turístico a la normativa turística, que dada la asunción de competencias que han realizado las comunidades autónomas sobre la materia, será esencialmente autonómica. Sin embargo, únicamente para los casos en que exista ese régimen específico, pues en los casos en que no exista régimen específico derivado de la normativa sectorial turística, la norma aplicable será la LAU, aplicándose las previsiones para el arrendamiento para uso distinto al de vivienda.

La doctrina[4] ha reiterado que la reforma en este punto era completamente innecesaria porque lo que ocurría antes de la misma era exactamente eso: que estos arrendamientos se regían por la normativa sectorial específica,

(4) Carrasco Perera, A., «Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de viviendas» en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco, núm. 4, 2012, p. 121; Campuzano Tomé, H., «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 749, mayo 2015, p. 1208.

cuando existía y, en caso contrario, por el régimen de los arrendamientos de temporada. Y es que las competencias que en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.18 CE tienen las diferentes Comunidades Autónomas en materia de turismo, permiten que todos aquellos contratos generados en el ámbito turístico queden sometidos al control y potestad sancionadora de la correspondiente Comunidad Autónoma, excluyéndose dicho control de la regulación de la LAU. Lo único que se hace con la reforma es reconocer expresamente el sometimiento a la normativa turística autonómica correspondiente de estos contratos, cosa que ya era así de facto.

Así pues, resulta imprescindible analizar la normativa autonómica para poder concretar cuál es el objeto del contrato objeto de estudio, sin dejar de tener presente la redacción del artículo 5 de la LAU, ya que cuando no haya regulación autonómica sobre ello, se aplicará la LAU.

Me voy a centrar en cinco comunidades autónomas que creo que son las más representativas, por su importancia como zonas receptoras de turismo. El rango de las normas que regulan la cesión de viviendas para uso turístico suele ser administrativo, el Decreto, aunque no ocurre así en Baleares o Cataluña que se regula con rango de Ley. Andalucía se rige por el Decreto 28/2016 de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos, recientemente modificado por el Decreto 31/2024, de 29 de enero, de viviendas de uso turístico; Baleares regula la materia en la Ley 6/2017 de 31 de julio, recientemente modificado por el Decreto Ley de 2 de octubre de 2023 de lucha contra el alquiler turístico ilegal; Canarias dedica el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, a lo que denomina viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma; en Madrid es de aplicación el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, La Comunidad Valenciana promulgó el Decreto 10/2021, de 22 de enero del Consell, que es el reglamento regulador del alojamiento turístico; y, por último, Cataluña con su reciente Decreto Ley de 7 de noviembre 2023, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico.

En todas estas normativas existen puntos en común, que voy a destacar a continuación:

En primer lugar, el concepto de alquiler vacacional que debe tener por objeto un inmueble destinado a uso residencial que, además debe estar completamente equipado y en condiciones de uso inmediato. Es decir, ha de estar amueblado y el equipamiento debe consistir, como mínimo, en el suministro de ropa de cama y el menaje correspondiente (manteles, toallas…).

Además, la cesión de la vivienda debe ser de carácter oneroso y el arrendamiento debe comprender la totalidad de la vivienda (únicamente

la norma andaluza admite el arrendamiento parcial de parte de la vivienda (lo que contradice lo dispuesto en el art. 5.e) de la LAU que exige que la cesión temporal de uso sea de la totalidad de la vivienda.

Por lo que respecta a la duración máxima de la cesión, las regulaciones estudiadas adoptan criterios diferentes: Andalucía ha optado por fijar límites máximos a la cesión de dos meses, en Baleares las estancias no pueden ser superiores a un mes, Canarias, Madrid y País Valenciano, no establecen ningún límite.

Por último, la inscripción en un registro sectorial específico es también una exigencia común impuesta por la totalidad de las regulaciones. La cautela con la que se contempla el fenómeno y la necesidad de establecer un control inicial que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos administrativos es lo que la justifica. En muchos casos, la inscripción en el registro se inicia mediante una declaración responsable, como ocurre en Madrid, Valencia o Baleares. Y todas las normas prevén el establecimiento de un régimen disciplinario de inspección y, en su caso, imposición de sanciones.

Sin embargo, a pesar de las diferentes normas que regulan el fenómeno del alquiler vacacional, la figura sigue planteando problemas, nos detendremos, a continuación, en algunos de ellos y en las soluciones que se barajan para hacerles frente.

3. PROBLEMAS QUE AFECTAN A RESIDENTES Y DIFERENTES SOLUCIONES

La característica general en todas las regulaciones es la preocupación por evitar fenómenos no deseables derivados del exponencial incremento de alojamientos de uso turístico, que está mermando el mercado del alquiler residencial en zonas céntricas de grandes ciudades especialmente tensionadas, dado el enorme impacto de esta actividad sobre la configuración y la convivencia social de los barrios. Todo ello afecta directamente a la falta de viviendas de alquiler y tiene efectos significativos sobre el medio ambiente y los recursos energéticos y, también, dificulta el acceso a la vivienda en propiedad por los residentes, pues los precios de venta aumentan de forma considerable. En definitiva, las diferentes regulaciones pretenden dar solución al primero de los problemas que hemos apuntado que afecta a los residentes, pero también hay preocupación por proteger a la empresa tradicional turística.

Hay que tener presente que, además de las competencias que tienen las Comunidades Autónomas en materia de ordenación turística, gestión

de registros de empresas y actividades turísticas, autorización de alojamientos, etc., los Ayuntamientos, Consejos insulares y Cabildos se encargan de la ordenación territorial y, por lo tanto, completan el marco jurídico al regular cómo actuar sobre el territorio. Por ese motivo, el alquiler turístico en zonas de elevada concentración turística ha sido sometido a regulaciones restrictivas, que han sido y están siendo enormemente controvertidas.

De este modo, el Ayuntamiento de Madrid ha puesto en marcha en abril de 2024 un plan de choque contra las viviendas de uso turístico que, entre otras medidas, prevé la suspensión temporal de la concesión de licencias y el cese de autorizaciones para transformar locales comerciales en apartamentos turísticos en el distrito Centro (aunque no entrará en vigor hasta que se apruebe la normativa urbanística, cosa que se prevé que tendrá lugar en 2025).

A finales de mayo del mismo año, se ha aprobado en Valencia una moratoria para suspender durante un año la concesión de licencias, mientras se prepara una nueva regulación por el Ayuntamiento (el Ayuntamiento ya había suspendido previamente las licencias en algunas zonas de la ciudad).

Gijón y San Sebastián también han suspendido la concesión de licencias con la intención de regular el fenómeno, mientras el parlamento de la Comunidad Asturiana prepara una Ley nueva que pretende prohibir el alquiler por habitaciones, exigir autorización de las comunidades de vecinos, dar más poder a los ayuntamientos y reforzar las multas.

En Palma de Mallorca los alquileres vacacionales fueron prohibidos en 2018, salvo aquellos que eran casas aisladas, chalés o viviendas unifamiliares, pero para este año 2024 el Ayuntamiento ha anunciado nuevas medidas, como la prohibición de crear nuevos alquileres vacacionales, limitar los cruceros y los coches de alquiler (habrá que ver si se llevan a cabo y cómo se hace). En el resto de Mallorca, algunos municipios permiten el alquiler vacacional. De todos modos, en las Islas Baleares, la Ley 3/2022, de 15 de junio de modificación de la Ley de Turismo de las Islas Baleares suspendió las licencias para nuevas plazas de alojamiento turístico (con algunas excepciones) por un plazo de cuatro años (hasta el año 2026), periodo en el cual los *Consells* insulares deberán desarrollar sus propios requisitos y planes para la asignación de plazas y las oportunas licencias.

En Canarias el parlamento autonómico rechazo en abril de 2024 implantar una moratoria a los pisos turísticos, aunque se está tramitando una nueva ley que permitiría a las comunidades de vecinos prohibir la creación de pisos turísticos en sus edificios, entre otras medidas.

En Barcelona el Ayuntamiento tiene competencia para decidir sobre los alquileres turísticos y ha realizado diversas actuaciones restrictivas, como la suspensión de la concesión de licencias turísticas en zonas tensionadas,

duras inspecciones de turismo y en diciembre de 2021 se aprobó un plan de alojamientos turísticos que prohíbe alquilar habitaciones turísticas por periodos de 31 días o menos. Desde entonces, la concesión de nuevas licencias turísticas está prácticamente paralizada en Barcelona. Pero durante el mes de junio de 2024, el alcalde de Barcelona ha anunciado una de las medidas más drásticas que, hasta la fecha, se han adoptado en España sobre esta cuestión: eliminar las viviendas turísticas para el año 2029.

Pero ¿están justificadas estas regulaciones restrictivas? No podemos perder de vista que existen diferentes intereses en juego y nuestros tribunales intentan ponderar de forma equitativa todos esos intereses, como sostiene la STS de 24 de septiembre de 2019 (ECLI: ES: TS:2019:2853). Especial interés tiene la STJUE de 22 de septiembre de 2020 que se pronuncia sobre si está justificada una norma francesa que establece un sistema de autorización para los alojamientos turísticos. Entre otras, se planteó una cuestión prejudicial sobe la compatibilidad del sistema de autorización de las normativas nacionales con la Directiva de servicios.

El Tribunal señaló que un régimen de autorización que es restrictivo de la libre prestación del servicio debe cumplir los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 1, de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, tanto en el artículo 9.1 (5), es decir, estar justificado por una razón imperiosa de interés general (6) y ser proporcionado, como señala el artículo 10.2 (7), esto es ser proporcionado a dicho objetivo

---

(5) «Regímenes de autorización.

1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;

b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;

c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

(6) Señala Ferrer Guardiola, J. A., *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la «nueva propiedad»*, Valencia 2024, p., 594, que las razones imperiosas de interés general más alegadas por los entes locales son la protección del medio ambiente y el entorno urbano. Sin embargo, la referencia que hace el precepto a «objetivos de la política social y cultural» actúa como un cajón de sastre en manos de las Administraciones Públicas competentes a la hora de ordenar las viviendas de uso turístico.

(7) «2. Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

a) no ser discriminatorios;
b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
d) ser claros e inequívocos;
e) ser objetivos;
f) ser hechos públicos con antelación;
g) ser transparentes y accesibles.»

de interés general, claro inequívoco y objetivo, ser hecho público con antelación y ser transparente y accesible.

La normativa francesa establece ese régimen de autorización previa para el alquiler turístico en ciertos municipios en los que hay escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, se pretende con ello garantizar una oferta suficiente de viviendas para arrendamientos de larga duración y a precios asequibles, lo que el Tribunal de Justicia considera que constituye una razón imperiosa de interés general en el sentido de la Directiva 2006/123, y proporcionada al objetivo perseguido, porque se circunscribe al a una determinada actividad de alquiler y su ámbito geográfico está limitado.

Los tribunales españoles han recogido los criterios sentados por el TJUE[8], en este sentido la STS de 19 de noviembre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3842) en la que se discute sobe un acuerdo del Pleno del ayuntamiento de Bilbao en el que se introducían una serie de exigencias a las viviendas de uso turístico para poder operar como tales. El Tribunal Supremo, con cita expresa de la anteriormente citada STJUE dice que «es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención –ubicando la vivienda de uso turístico en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao– iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del *derecho a la vivienda*, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control del denominado, por la Directiva de Servicios, *entorno urbano.* Estos dos conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos –en supuestos como el de autos ante "una razón imperiosa de interés general" que habilita a la Administración local», para someter a las VUT a cumplir con los requisitos que se cuestionan.

La STS de 26 de enero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:210) se pronuncia de forma semejante cuando se impugna un Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico, aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona, reitera los argumentos de la STS de 10 de noviembre de 2020 y afirma que «es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención… iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del "derecho a la vivienda", digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control […] del denominado, por la Directiva de Servicios, "entorno urbano"».

(8) Véase Martínez Nadal, A, «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española)», en *Diario La Ley*, núm. 9873, junio de 2021, pp. 13 ss.

En definitiva, la tendencia de la jurisprudencia tanto europea como española, es la de interpretar el concepto de «razón imperiosa de interés general» para valorar la legalidad de la normativa turística y urbanística que regula las viviendas de uso turístico, considerando el derecho a la vivienda como causa justificativa de restricciones a esa actividad económica[9]. Quizás el problema se encuentre en determinar cuál es el límite a estas restricciones[10].

4. PROBLEMAS QUE AFECTAN A LA CONVIVENCIA VECINAL

Para resolver los problemas de convivencia entre los vecinos hay que recurrir a la normativa sobre propiedad horizontal. El ordenamiento jurídico español, tiene presente que el alquiler de una vivienda para uso turístico afecta de forma directa a otros intereses privados, concretamente a los de los copropietarios del resto de las viviendas que se encuentren en el mismo edificio o urbanización de la vivienda ofertada en alquiler turístico. La falta de una norma estatal que resolviera de forma clara el problema obligó a recurrir a la LPH. El fenómeno del alquiler vacacional se ha venido considerando como una actividad molesta para los demás propietarios, incluso se ha entendido que esta actividad tenía como consecuencia un uso excesivo de los elementos comunes. En muchas ocasiones, las reclamaciones se incardinaban en el artículo 7.2 LPH, que impide al propietario llevar a cabo actividades prohibidas en los estatutos o dañosas para la finca, que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Además, las comunidades de vecinos adoptaban acuerdos para la prohibición de pisos turísticos que generaban dudas sobre su validez porque se trataba de restricciones del derecho a la propiedad privada y porque afectaban al título constitutivo y ello exigiría la unanimidad para adoptar estos acuerdos.

El RD ley 7/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler pretende, según su Preámbulo, promover la vivienda (y se encuentra) y entre las causas que habían provocado la falta de vivienda para alquiler residencial, se encuentra el fenómeno del alquiler turístico.

(9) Martinez Nadal, A., «Alquiler turístico…, cit., p. 17.

(10) En este sentido, se ha mantenido que estos acuerdos limitativos de derechos han de ponderarse adecuadamente conforme a los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación (arts. 3 y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, debiendo justificar, en cada caso concreto, los motivos por los que la decisión adoptada es la menos lesiva de cuantas pudieran adoptarse. Valentín, J., «La cuestionable legalidad de las moratorias municipales a las viviendas turísticas», en *Diario La Ley*, 3 julio 2024, p. 5.

El Real Decreto introdujo un número 12 en el artículo 17 LPH que pretendía resolver estos problemas, al decir «Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes reglas:

> 12) El acuerdo por el que **se limite o condicione** el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

Esto es, se exigía la mayoría cualificada para aprobar un acuerdo que limite el destino de la vivienda a usos turísticos, pero también cuando condiciona dicho destino incrementando, por ejemplo, la participación en los gastos comunes.

El precepto hacía referencia a la normativa sectorial turística, que puede ser de carácter autonómico ya que las Comunidades Autónomas tienen asumidas estas competencias. La compatibilidad entre ambas normativas se produce porque la concesión de licencias administrativas para los alquileres turísticos que estén en un complejo inmobiliario iba, en muchos casos, condicionada a que en el título constitutivo o en los estatutos no hubiera prohibición clara y expresa de tal actividad.

Sin embargo, ante la redacción del número 12 del artículo 17 LPH la doctrina se planteó qué es lo que había que entender por acuerdo que limite o condicione el ejercicio de la actividad y 2) Cuál era el *quorum* en los acuerdos adoptados en la junta de propietarios.

La redacción del precepto dió lugar a diferentes posiciones doctrinales sobre cuáles son los acuerdos que exigen esas tres quintas partes para su aprobación. Por un lado, se defendió que, atendiendo al tenor literal del precepto, no era posible la limitación o prohibición absoluta de pisos turísticos[(11)], que vulneraría el derecho a la propiedad privada, salvo que se justifique que el alquiler turístico perjudica el interés general, en definitiva, que haya una

(11) Gomá Lanzón, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD ley 21/2018, de 14 de diciembre» en www.hayderecho.com, 22 de enero 2019, https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/, y Ferrer Guardiola, J. A., *El Régimen de la vivienda…*, cit., p. 300.

causa justa que la respalde. Otros autores[12], mantenían una posición favorable a la prohibición absoluta de pisos turísticos conforme a una interpretación teleológica, pues si la razón general del Decreto Ley 21/2018 era incentivar el mercado de la vivienda para su compraventa o alquiler, y se consideró que uno de los actuales obstáculos para ellos era el fenómeno del alquiler turístico, parece conforme al espíritu de la ley la posibilidad de prohibirlo[13]. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de junio de 2020 y otras posteriores (de 5 de noviembre de 2020, o de 22 de enero de 2021) se han manifestado en este último sentido.

Hasta octubre de 2024 el Tribunal Supremo no se había pronunciado expresamente sobre la interpretación del artículo 17.12 LPH, pero había reconocido que la actividad de alquiler turístico es una actividad económica y desempeñar esta actividad exige «la prestación de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda» (STS de 29 de noviembre de 2023 ECLI: ES: TS: 2023:5199). Así pues, estos inmuebles «si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a efecto una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico» (STS de 27 de noviembre de 2023 ECLI: ES: TS:2023:5197).

El alquiler turístico, según estas sentencias, además de suponer una actividad por la que se ofrece alojamiento, por motivos turísticos o vacacionales, de forma temporal a cambio de una contraprestación económica, «implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas de uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda».

En las dos sentencias mencionadas la comunidad de propietarios tenía incluido en sus estatutos una cláusula en la que se prohibía llevar a cabo actividades económicas en las viviendas, por lo que, sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en el número 12 del artículo 17 de la LPH, se

(12) Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17,12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*, Madrid 2022, pp. 108 ss.

(13) Respecto a los acuerdos adoptados por la junta de propietarios sobre la prohibición de alquiler de viviendas para uso turístico, dice Cerdeira, que han de adoptarse por mayoría tres quintos, y se ha planteado si en tal mayoría ha de exigirse el consentimiento expreso del vecino que pueda verse afectado por el acuerdo limitador o condicionante de la actividad turística que tal vecino venía realizando antes en su piso, pues tal acuerdo está afectando a su derecho de propiedad. Sin embargo, puesto que el mismo precepto establece que tales acuerdos no tendrán efectos retroactivos hay que entender que un vecino en tal situación no podrá verse perjudicado. En cuanto a adquirentes posteriores al acuerdo de la comunidad de propietarios, se verán afectados por la prohibición siempre que éste se haya inscrito en el Registro de la propiedad. De este modo, si el acuerdo no si el acuerdo no está inscrito el nuevo adquirente no estará vinculado por él, por el principio de inoponibilidad frente a terceros de lo no inscrito. *Vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Pisos turísticos*…, cit., p. 149 y193.

ordenó la cesación de la actividad de alquiler turístico o vivienda de uso turístico. Así pues, aquellas comunidades de propietarios que en sus estatutos hubieran incluido la prohibición de realizar actividades económicas en las viviendas, podrían excluir el ejercicio de la actividad de alquileres de viviendas de uso turístico por cualquier vecino.

En mes de octubre de 2024, el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias que van más allá.

Las Sentencias del Tribunal Supremo Pleno 1232/2024 de 3 octubre 2024, y 1233/2024 de 3 octubre 2024, realizan, por primera vez, una clarificadora interpretación del artículo 17,12 LPH, pronunciándose sobre si la prohibición de desarrollar las actividades turísticas a las que se refiere el artículo 5 e) de la LAU en una comunidad de propietarios ha de adoptarse por mayoría de tres quintos o por unanimidad de los propietarios.

Se parte de la idea de que prohibir el uso de elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal no es contrario al artículo 33 de la Constitución, pues obedece a la función social de la propiedad, dado que es una aspiración legítima de la comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos y de posibles conflictos de convivencia entre propietarios y ocasionales usuarios.

En las dos sentencias se realiza una interpretación de la expresión «limite o condicione» que se incluye en el artículo 17.13 LPH y que, como hemos visto, es controvertida. Vamos a detenernos brevemente en ellas:

De acuerdo con el artículo 3.1 CC, relativo a la interpretación de las normas, sostienen que si se adoptase el criterio gramatical, el término «limitar» no excluye «prohibir». Sin embargo, puesto que el precepto citado otorga preminencia al espíritu y finalidad de las normas, hay que proceder a una interpretación teleológica. La jurisprudencia suele atender a preámbulos o exposiciones de motivos, que suelen aclarar la razón de ser de una norma. En el preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo se justifica la adopción de medidas urgentes ante las dificultades actuales de acceso a la vivienda de alquiler como consecuencia, entre otros motivos, del alquiler turístico. Se propicia, pues la interpretación de que la limitación del alquiler turístico incluya su prohibición. El TS considera que la atribución de la facultad de prohibición con la mayoría reforzada es una medida proporcionada a los intereses en conflicto.

Para terminar, concluyen que sería contradictorio con las últimas modificaciones de la LPH, someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de unanimidad, pues sería tanto como hacerla imposible, ya que bastaría el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedirlo.

La polémica queda finalmente resuelta cuando la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, añade un párrafo 3º al art. 7 LPH exigiendo la aprobación

expresa de la comunidad de vecinos para llevar a cabo la actividad prevista en el art. 5 letra e de la LAU.

Esta aprobación, según exige el art. 17.12 LPH, requerirá el voto favorable de las 3/5 partes de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de cuotas de participación.

5. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN CON PLATAFORMAS

La contratación mediante plataformas en línea se caracteriza porque se produce una relación a tres bandas: el prestador de servicios (en el caso del alquiler turístico, puede ser el titular de la vivienda, que también recibe el nombre de anfitrión) ofrece unos servicios a un turista a través de una página web, mediante una plataforma *on line*; por otro lado, el turista que disfruta del servicio proporcionado por el anfitrión pero que ha accedido al mismo a través de la plataforma. Hay, pues, tres sujetos implicados y es necesario delimitar el papel que juegan, qué obligaciones y derechos surgen para cada uno de ellos, cuál es la relación jurídica que existe entre estos sujetos.

En un sector como el del alquiler turístico, en el que la oferta ilegal es enorme, piénsese que según Hosteltur (en octubre de 2023) la oferta ilegal de alquiler turístico es del 90 % del alquiler real, es especialmente relevante saber quién de esos sujetos será el responsable cuando en la plataforma se ofrece un alquiler ilegal.

Dado que la LSSICE exonera de responsabilidad por la información que alojan a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que actúan como meros intermediarios, es claro, que a los efectos de determinar la responsabilidad en que puedan incurrir las plataformas digitales ante la oferta ilegal de alquiler turístico, resulta imprescindible tener presentes criterios que nos permitan distinguir si actúan como prestador de servicios de la sociedad de la información o como prestador del servicio subyacente, la falta de regulación sobre este aspecto genera inseguridad jurídica por lo que vamos a detenernos en cómo se ha venido resolviendo esta cuestión en la práctica.

La consideración de una plataforma digital turística como un servicio de la sociedad de la información puede tener importantes consecuencias prácticas como ocurre en la STJUE 19 diciembre 2019, en el *caso c– 390/18 Airbnb Irlanda IC, Hotelière Turense Sas, Association pour un hérgmente et un Tourisme professionel (AHTOP*), que afirma que Airbnb Ireland no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento y por ello procede calificar la actividad de esta plataforma como «de «servicio de la sociedad de la información» comprendi-

do en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, de forma que su actividad es un servicio de intermediación entre los titulares del alojamiento y quienes quieren utilizar los servicios de alojamiento. En consecuencia, se verán exonerados de la responsabilidad por la información que alojan si se dan las circunstancias exigidas por la LSSI.

A nivel nacional, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre si se le exige a la plataforma un deber de control o supervisión de la licitud de las ofertas de alojamiento que se publicitan en su web, afirmando que la plataforma, dada su naturaleza de prestador de servicios intermediario, no está obligada a mencionar el número de registro en la publicidad de los alojamientos turísticos, en este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STS 30 diciembre 2020 (ECLI: ES: TS:2020:4484).

Pero esta exoneración de responsabilidad de las plataformas en línea unida a la opacidad que existe cuando un usuario contrata un alquiler turístico a través de sus servicios ha provocado la necesidad de generar seguridad y confianza en los destinatarios del servicio de las plataformas ya que, como hemos dicho, en el ámbito del alquiler turístico la oferta ilegal es enorme. El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), que es de aplicación en las relaciones entre empresarios y plataformas en línea, aunque parte de la idea de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establece una serie de obligaciones de diligencia debida para los prestadores de plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, entre ellas se encuentra la trazabilidad, que exige a las plataformas, antes de autorizar al empresario el uso de sus servicios, que les solicite cierta información (identidad, localización y certificación acreditativa de que el servicio ofrecido cumple con la normativa aplicable)[14]. Sin embargo, en el sector del alquiler de alojamientos de corta duración los anfitriones suelen ser particulares que no encajan en el concepto de comerciantes según el Derecho de la Unión, y no les resulta aplicable lo dispuesto en el Reglamento de Servicios Digitales.

La situación de los usuarios de las viviendas de uso turístico es de gran inseguridad jurídica, ya que desconocen si cuando contratan a través de la plataforma están contratando un arrendamiento ilegal. Ante esta situación la Unión Europea ha aprobado un Reglamento que permite regular los contratos de arrendamiento de corta duración con independencia de quienes sean los anfitriones y en España, el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre

(14) Véase sobre el particular, Tur Faúndez, M. N., «¿Se quedó corto el Reglamento (UE) 1150/2019? Los deberes de transparencia previstos en el RSD y los RMD para las relaciones de las plataformas en línea con los profesionales», en *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Barcelona 2024, pp. 140 ss.

por el que se regula el procedimiento de Registro único de Arrendamientos y se crea la ventanilla única digital, se desarrolla el Reglamento. Expondremos, a continuación, sus principales rasgos.

5.1 Reglamento de 1 de abril de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724

El alquiler de corta duración está cada vez más regulado a nivel nacional, regional y local, se han tomado medidas para mejorar la transparencia, se ha exigido registrar estas actividades para que las autoridades tengan conocimiento de qué anfitriones alquilan sus propiedades, incluso se ha solicitado a las plataformas en línea que proporcionen datos sobre los anfitriones y sus actividades. Sin embargo, la actividad de las plataformas en línea se desarrolla de manera transfronteriza y eso dificulta enormemente el control por las autoridades públicas.

El Reglamento Europeo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alojamiento de corta duración por el que se modifica el Reglamento UE 2018/1724, tiene como objetivo fundamental armonizar y mejorar la generación y el intercambio de datos sobre el alquiler de alojamiento de corta duración en toda la Unión Europea y aumentar la transparencia en el sector del alquiler de alojamientos de corta duración, No hay oposición de las grandes plataformas *Air BNB* afirma que facilitará que las autoridades locales dispongan de los datos necesarios para regular de manera justa el turismo) *Guest Ready* también se ha pronunciado en ese sentido.

Para lograr sus objetivos la propuesta de Reglamento, que está en vigor, pero que será aplicable a partir del 20 de mayo de 2026 (por lo que plataformas, anfitriones y Estados miembros deben llevar a cabo las actuaciones necesarias para que ello sea posible), atribuye obligaciones a los Estados miembros, a las plataformas y a los anfitriones. Veremos, a continuación, cuáles son las principales:

a) *Obligaciones para los Estados Miembros*

1. Se pretende la armonización de los sistemas de registro establecidos a nivel nacional, regional o local exigiendo a los Estados miembros que

velen por que los procedimientos de registro se basen en las declaraciones de los anfitriones, permitan la expedición automática e inmediata de un número de registro para cada unidad específica tras la presentación de la información que se le exige al anfitrión, se disponga de medios técnicos para evaluar la validez de los números de registro… etc. (art. 4 del Reglamento). Este número de registro es un identificador único de la unidad alquilada y debe poder garantizar que los datos recogidos e intercambiados por las plataformas se atribuyan adecuadamente a los anfitriones y unidades. El número de registro se incluye en un Registro público que será fácilmente accesible.

2) Las autoridades competentes podrán verificar la declaración y cualquier documentación justificativa presentada por el anfitrión en cualquier momento tras la expedición del número de registro. Si no es correcta o es incompleta, podrá pedir al anfitrión que rectifique y si no lo hace podrá suspender la validez de los números de registro afectados (art. 6 del Reglamento).

3) El Estado miembro que haya establecido uno o varios procedimientos de registro con arreglo al art.4 del Reglamento establecerá una ventanilla única digital para la recepción y transmisión de los datos de actividad, el número de registro pertinente y la URL de los anuncios proporcionados por las plataformas en línea de alquiler de corta duración y designará a la autoridad responsable del funcionamiento de la ventanilla única (arts. 10 y 11 del Reglamento y art. 7 del Real Decreto 1312/2024 se refieren a las funciones de esa ventanilla única digital en España). Esta ventanilla tiene por objetivo evitar que las plataformas en línea de alquiler de corta duración se enfrenten a requisitos técnicos diferentes y a varios puntos de acceso para el intercambio de datos dentro de un Estado miembro. Con ello se garantizan, según la Exposición de Motivos del Reglamento, unos procesos de intercambio de datos oportunos, fiables y eficientes.

Además, la ventanilla, entre otras cosas, proporcionará una interfaz técnica que permita la transmisión de máquina a máquina y manual de los datos antes mencionados, facilitará que las plataformas en línea realicen comprobaciones aleatorias de la validez de los números de registro proporcionados por los anfitriones y que las autoridades competentes reciban los datos transmitidos por las plataformas.

4) Los Estados miembros designarán una autoridad que supervise la ejecución de las obligaciones establecidas en el Reglamento y que informe cada dos años a la comisión sobre dicha ejecución (art. 14 del Reglamento).

b) *Obligaciones para las plataformas*

Se establecen una serie de obligaciones relativas al diseño de su interfaz, éste debe exigir a los anfitriones que declaren por sí mismos si la unidad ofrecida para los servicios de corta duración está situada en una zona en la se aplica un procedimiento de registro (art. 7 del Reglamento). Además, en esos casos, diseñaran y organizarán el interfaz de manera que los anfitriones permitan a los usuarios identificar la unidad mediante el número de registro y de manera que puedan garantizar que los anfitriones hayan facilitado un número de registro antes de permitir la oferta de servicios de alquiler de alojamiento de corta duración con respecto a esa unidad.

Las plataformas harán esfuerzos razonables para comprobar aleatoriamente la declaración de los anfitriones sobre la existencia o no de un procedimiento de registro e informarán a las autoridades competentes y a los anfitriones de los resultados de las comprobaciones.

Están obligadas a cumplir las obligaciones de información con respecto a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en los que intermedien cuando se trate de unidades situadas en zonas donde se haya establecido un procedimiento de registro. En particular, tienen la obligación de transmitir datos de actividad y números de registros de forma mensual a la ventanilla única digital del Estado miembro donde está situada la unidad por medio de comunicación de máquina a máquina (art. 9 del Reglamento y, también, el art. 6 del Real Decreto 1312/2024). Además, garantizan, sobre la base de la información proporcionada por los anfitriones, que los datos que transmiten a las autoridades competentes son completos y exactos.

c) *Obligaciones para los Anfitriones*

La obligación principal de los anfitriones es proporcionar información, cuando se registren, relativa a la unidad que ofrece para alquiler de corta duración, y sobre sí mismos (distinguiendo si es persona física o jurídica) (art. 5 del Reglamento y art. 5 del Real Decreto1312/2024). Básicamente esta información consiste en datos de contacto, dirección específica de la unidad, tipo de unidad y sus características. Los Estados miembros podrán exigir que la información vaya acompañada de la documentación justificativa.

Además, los Estados miembros pueden exigir a los anfitriones que presenten información y documentos adicionales que acrediten el cumplimiento de requisitos exigidos por el Derecho nacional (por ejemplo, requisitos de higiene y seguridad, protección de consumidores…).

Cuando un anfitrión no presente la información y la documentación o no la actualice, las autoridades competentes están facultadas para suspender la validez del número de registro (art. 6 del Reglamento), en ese caso, se le notificará por escrito motivado al anfitrión que tendrá derecho a ser oído y a rectificar. Cuando el anfitrión, actuando con dolo o negligencia grave, no rectifique la información, las autoridades competentes podrán retirar el número de registro y emitir una orden en la que se solicite a las plataformas en línea que eliminen los anuncios relativos a la unidad, o inhabilite el acceso a ellos sin demora indebida.

6. CONCLUSIÓN

He intentado poner de relieve cuales son los principales problemas del alquiler turístico en España, el crecimiento desorbitado de esta figura posiblemente pueda atenuarse con el control de la oferta ilegal de alojamiento turístico. Las medidas planteadas en el Reglamento Europeo junto con la normativa sectorial de las diferentes comunidades autónomas posiblemente contribuirán a ello, aunque probablemente sea necesario la adopción de otras medidas de carácter más general que permitan a los propietarios no ver como única salida viable para sus propiedades recurrir al alquiler vacacional. Sin embargo, la experiencia hasta la fecha es que a pesar de que a las administraciones públicas conocen perfectamente que la existencia del alquiler turístico ilegal y sus cifras son extraordinarias, no adoptan medidas eficaces para ponerle fin. Por ello, creo que es necesario que las administraciones estatal, autonómica y local establezcan y doten económicamente sistemas de control efectivos, que permitan exigir a los anfitriones la cesación de las actividades ilegales con celeridad, evitando la situación actual, que permite de hecho la oferta ilegal de alquiler vacacional.

Por otra parte, en el seno de las comunidades de propietarios la evolución es clara, se inició por la jurisprudencia, que empezó a otorgar mayor capacidad de decisión a las comunidades de vecinos sobre la posibilidad de que se desarrolle en ellas el alquiler turístico y se ha acabado modificando la LPH y exigiendo la aprobación expresa de la Comunidad. Sin duda es un avance que contribuirá a paliar uno de los principales problemas que plantea la figura.

7. BIBLIOGRAFÍA

Campuzano Tomé, H., «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 749, mayo 2015.

Carrasco Perera, A., «Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de viviendas» en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco, núm. 4, 2012.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17,12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*, Madrid 2022.

Ferrer Guardiola, J. A., *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la «nueva propiedad»*, Valencia 2024.

Gomá Lanzón, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD ley 21/2018, de 14 de diciembre» en www.hayderecho.com, 22 de enero 2019, https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/.

Guillén Navarro, N., «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en Revista Aragonesa de la Administración Pública, núm. 45-46, 2015.

Herrero Suarez, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿Enemigo a batir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, 2017.

Martinez Nadal, A. «Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 9712, octubre de 2020.

— «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española)», en *Diario La Ley*, núm. 9873, junio de 2021.

Tur Faúndez, M. N., «¿Se quedó corto el Reglamento (UE) 1150/2019? Los deberes de transparencia previstos en el RSD y los RMD para las relaciones de las plataformas en línea con los profesionales», en *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Barcelona 2024.

Valentín, J., «La cuestionable legalidad de las moratorias municipales a las viviendas turísticas», en *Diario La Ley*, 3 julio 2024.

E. Acoso inmobiliario

Cristina Argelich Comelles
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo analiza las manifestaciones civiles y penales del acoso inmobiliario, así como el surgimiento de los grandes tenedores de vivienda. Se examinan los inconvenientes de los tipos penales especiales de coacciones y trato degradante relativos al acoso inmobiliario, así como la problemática concursal y procesal en materia de medidas cautelares. Finalmente, se formulan unas propuestas de lege ferenda respecto de la legislación española.*

Palabras clave: *Vivienda, acoso inmobiliario, grandes tenedores de vivienda, coacciones, trato degradante.*

Abstract: *This chapter analyses the civil and criminal forms of blockbusting, as well as the phenomenon of large landlords. The disadvantages of the criminal legal treatment for blockbusting are examined, as well as the criminal and procedural problems regarding precautionary measures, to provide for legal amendments in Spanish law.*

Keywords: *Housing, blockbusting, large landlords, coercion, degrading treatment.*

Sumario: 1. Manifestaciones civiles del acoso inmobiliario e identificación del legislador de los grandes tenedores de vivienda. 2. El acoso inmobiliario en el Código Penal. 2.1 Los problemas del tipo penal especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones. 2.2 Los problemas de los tipos penales especiales de acoso inmobiliario en el delito de trato degradante. 2.3 Concurso de delitos de acoso inmobiliario y medidas cautelares insuficientes. 3. Propuestas *de lege ferenda* para el acoso inmobiliario: tipificación autónoma del delito y establecimiento de medidas cautelares *ad hoc*. 4. Bibliografía.

1. MANIFESTACIONES CIVILES DEL ACOSO INMOBILIARIO E IDENTIFICACIÓN DEL LEGISLADOR DE LOS GRANDES TENEDORES DE VIVIENDA[1]

En este capítulo, se analizará el acoso inmobiliario tanto desde una perspectiva penal como desde las manifestaciones civiles de estas conductas, centradas fundamentalmente en las prestaciones arrendaticias y la resolución del contrato por incumplimiento. Al hilo del análisis, se señalarán los problemas de los tipos penales en su configuración actual, que se solucionarían con una tipificación autónoma en un único precepto de las diversas conductas, así como su problemática concursal y procesal, haciendo especial referencia a la ausencia de medidas cautelares *ad hoc.*

Las conductas relevantes desde una perspectiva penal en materia de acoso inmobiliario guardan una estrecha relación con el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad por parte del propietario del inmueble, así como la resolución del contrato de arrendamiento por incumplimiento. Las principales manifestaciones de acoso inmobiliario consisten en la falta deliberada de mantenimiento del inmueble, la negativa del arrendador a cobrar la renta, las conductas de acoso y violencia por parte del propietario o de terceros, las deficiencias en los suministros básicos de la vivienda, así como los problemas relativos a las condiciones de habitabilidad del inmueble, tales como la salubridad, la seguridad y la estabilidad de la edificación.

Respecto de las condiciones de habitabilidad, previstas con carácter general en el artículo 26 LAU y respecto de su certificación administrativa en aquellas Comunidades Autónomas que regulan y exigen la cédula de habitabilidad, los supuestos que generan una mayor conflictividad en la jurisprudencia menor son los relativos al incumplimiento de las obligaciones por

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

parte del arrendador[2], así como las obligaciones en materia de obras de conservación, *ex* artículos 21, 27 y 30 LAU. Asimismo, los impedimentos para la recepción del pago de la renta o su determinación, así como la realización de obras de mejora que podrían posponerse hasta la terminación del contrato de arrendamiento, son otros ejemplos de conductas de acoso inmobiliario, cuyo régimen jurídico se encuentra dispuesto respectivamente en los artículos 1176 CC y 22 LAU.

En atención a la identificación por algunos legisladores autonómicos de estas conductas y las zonas de mercado residencial tensionado con los grandes tenedores de vivienda –como en el Decreto-ley 3/2023, de 17 de febrero, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunidad Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario[3]–, cuando estos operadores son una consecuencia de la situación actual del acceso a la vivienda en España y no su causa, es importante referir brevemente su tratamiento legal por el legislador estatal. El artículo 3 LDV dispone que se considerará gran tenedor de vivienda al propietario de más de 10 viviendas, o cuya superficie construida sea de 1.500 metros cuadrados, reducible a 5 viviendas por parte de las Comunidades Autónomas si están sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado, un criterio aplicado en Cataluña. La cantidad de viviendas no tiene que ir aparejada a su valor en el mercado, por tratarse ambos de parámetros variables y, por ende, no deben utilizarse para objetivar la asimetría negocial que las normas pretenden reequilibrar, pues un tratamiento legal uniforme que convierta *ex lege* en gran tenedor a quien no lo es –la persona física titular de cinco viviendas carente de actividad empresarial de intermediación inmobiliaria– entraña discriminación.

2. EL ACOSO INMOBILIARIO EN EL CÓDIGO PENAL

El legislador estatal define como acoso inmobiliario en el artículo 6 LDV aquella acción u omisión con abuso de derecho cuyo objetivo sea perturbar a cualquier persona en el uso pacífico de su vivienda, así como crearle un entorno hostil en lo material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que le ampara de uso y disfrute de la vivienda. Estas conductas de acoso inmobiliario

(2) Argelich Comelles, 2013, pp. 11-31.
(3) *DOGV* de 27 de febrero de 2023.

vienen tipificadas en los tipos especiales del delito de coacciones del artículo 172 CP, y del delito de trato degradante del artículo 173 CP[4].

Por su parte, la doctrina penalista ha definido el acoso inmobiliario como las conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo poseedor de un inmueble, a los efectos de que abandone la posesión del inmueble, lo que implica una renuncia a sus derechos respecto de la finca[5]. La posesión legítima resulta clave y esencial respecto de la armonización penal y civil del acoso inmobiliario, por cuanto permite incluir a los propietarios y los arrendatarios, excluyendo de la tutela penal los problemas de índole estrictamente contractual, referidos a la resolución por incumplimiento y la restitución de la posesión. Se requiere que tanto la coacción ejercida como los actos hostiles o humillantes tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, excluyendo como sujetos pasivos de los delitos de acoso inmobiliario a quienes ocupan ilegalmente una vivienda. De esta manera, también constituyen conductas de acoso inmobiliario aquellas en las que un grupo de personas ejercen violencia psicológica aplicada de forma sistemática durante un tiempo sobre otra persona con la que mantienen una relación contractual, con la finalidad de que abandone su vivienda.

De este concepto, se pueden extraer diversas características: el ejercicio conjunto y coactivo de dicha violencia sobre la víctima; el ejercicio de la violencia con carácter sistemático y reiterado en el tiempo, siendo calificables de acoso inmobiliario el conjunto de estas conductas; y, finalmente, la relación contractual o de otra índole de la víctima de acoso inmobiliario con el acosador, siendo paradigmático el arrendamiento. Los delitos de acoso inmobiliario se consumarán siempre que haya perturbación en la posesión de la vivienda, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo[6], con independencia de si se constata la finalidad de conseguir que la víctima abandone el inmueble. La cuestión no es irrelevante, porque en alguna ocasión las resoluciones judiciales han indagado sobre el elemento subjetivo del injusto, descartando la existencia del delito por no advertir en el auto el propósito de que la víctima abandone la vivienda.

---

(4) Véanse Ponce Solé, 2008, pp. 493-512, y Argelich Comelles, 2013, pp. 11-31.

(5) Nos remitimos en profundidad a Sánchez Benítez, 2023, pp. 1-316, Ragués y Vallès, 2009, pp. 1-20, y Sánchez Tomás, 2024, pp. 919-961. A nivel internacional, nos remitimos a Ouazad, 2015, pp. 811-841.

(6) Por todas, véase la STS de 18 de julio de 2002, RJ 2002\8582: «imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas». Sobre la violencia en las cosas, véase la STS de 15 de octubre de 2009, RJ 2009\5604, y sobre la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia del perjudicado, atiéndase la STS de 17 de noviembre de 1997, RJ 1997\8241. En atención a la actitud sostenida de producir miedo y temor en la víctima de acoso inmobiliario, véase la STS de 14 de julio de 2006, RJ 2006\6053.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido[7], este se concreta en la libertad, para las coacciones, y en la integridad moral, para el trato degradante. Por una parte, encontramos la libertad de deliberación, decisión y actuación vinculada al uso del inmueble utilizado como vivienda, es decir, el libre y legítimo disfrute de la vivienda frente a la *vis physica,* moral, o *in rebus,* de conformidad con el artículo 172.1 párrafo tercero CP. El legítimo disfrute de la vivienda es la diferencia que existe entre la integridad moral y la libertad si se situasen en un plano de igualdad. Por otra parte, el otro bien jurídico protegido referido es la integridad moral[8], en atención a los actos hostiles o humillantes reiterados que impidan el legítimo disfrute de la vivienda, como se contiene en el artículo 173.1 párrafo tercero CP. En este caso, la integridad moral reconocida en el artículo 15 CE guarda una estrecha relación con la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE. Por lo que se refiere a la integridad moral, se trata de un concepto jurídico indeterminado, puesto que es genérico en relación con la vida y la integridad física, previstas en el artículo 15 CE.

El delito de coacciones agravado se trata de un delito pluriofensivo, puesto que tutela la libertad del sujeto y el derecho al legítimo disfrute de la vivienda. Por otra parte, la integridad moral es un bien jurídico independiente de otros como la vida, la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones y el honor, y se identifica con la inviolabilidad, la integridad personal y la incolumidad del ser humano. La integridad moral también se vincula al derecho a ser tratado como persona, identificándose con la integridad psíquica o la libertad de actuar conforme a lo decidido, es decir, la libertad como bien jurídico protegido en los delitos de amenazas y coacciones. Por lo que respecta a la libertad[9], algunos autores consideran que el interés que se ve afectado por el acoso inmobiliario no se refiere a la libertad, la integridad moral o el patrimonio, por lo que ni las coacciones ni los delitos contra la integridad moral son herramientas plenamente adecuadas o idóneas para combatir este fenómeno; por el contrario, estos tipos penales solo logran reprimir ciertas conductas que pueden estar vinculadas con la libertad.

El acoso inmobiliario afecta nuclearmente al legítimo uso y disfrute de la vivienda[10], lo que incluye las condiciones que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad *ex* artículo 18 CE, pues el resto de los bienes jurídicos protegidos son instrumentales a los efectos de conculcar el disfrute de la vivienda. Por tanto, es correcta una previsión de tipos penales especiales para intervenir en los casos de acoso

(7) Lafont Nicuesa, 2010, pp. 1-6. Sánchez Tomás, 2024, pp. 919-961.
(8) Ragués y Vallès, 2012, pp. 261-280.
(9) Ragués y Vallès, 2009, p. 1. Ragués y Vallès, 2012, pp. 261-280.
(10) Villegas Fernández, 2009, pp. 34-59.

inmobiliario, junto con otros preceptos que podrían ser alternativamente aplicables. No obstante, la técnica legislativa podría depurarse, puesto que en cualquier acto hostil o humillante se realizaría algún tipo de violencia para conseguir el fin perseguido.

2.1 **Los problemas del tipo penal especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones**

La conducta típica del tipo especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones, dispuesto en el artículo 172 CP, consiste en la misma conducta que el tipo básico, esto es, impedir con violencia física, psíquica o *in rebus* a hacer a otro lo que la Ley no le prohíbe o compelerle, por los mismos medios, a efectuar lo que no quiere. La jurisprudencia mayor amplió el concepto de violencia indicado, en la línea de la doctrina penalista, una espiritualización del concepto para ampliar el bien jurídico protegido hacia la libertad de decisión[(11)]. El artículo 172.1 párrafo tercero CP en su último inciso debe reservarse, por tanto, para aquellos casos en los que el hostigamiento queda reducido a un mero ataque patrimonial y no trasciende a un ataque más intenso en forma de insultos, amenazas o conductas humillantes. La penalidad es la mitad superior del tipo básico –que es de 6 meses a 3 años–, estableciendo una pena de prisión alternativa a la de multa de 12 a 24 meses.

Por ello, se puede considerar que este delito de resultado es de formas comisivas alternativas, pero siempre coercitivas de la libertad de decidir, puesto que la conducta típica consiste en realizar el tipo básico de coacciones en un ámbito que se reconoce de especial interés en cuanto a su protección. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado diversas conductas que se pueden subsumir en este tipo penal especial de coacciones, algunas de las cuales guardan una estrecha relación con algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor en materia de empresas de desocupación de inmuebles. Por una parte, el cambio de la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda que ocupaba la víctima, impidiéndole por la fuerza el disfrute del inmueble al que tenía derecho, en la medida en la que no hubiese sido resuelto el contrato de arrendamiento[(12)]. En otras palabras, la facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad no se puede impedir coactivamente, resultando aconsejable la instalación de sistemas de alarma o videovigilancia, así como el cambio de la cerradura de la vivienda. En sentido análogo y respecto de los locales de negocio, encontramos el cambio de

(11) Ragués y Vallès, 2012, pp. 261-280. Caruso Fontán, 2011, pp. 7-11.
(12) STS de 29 de marzo de 1985, RJ 1985\2047.

los candados de la persiana que le da acceso[13], así como proceder al desahucio de hecho y extrajudicial de un local de negocio arrendado tras descerrajar la puerta y entrar en el local[14]. Respecto de las coacciones de carácter administrativo, se encuentra un supuesto en el que un cargo público pretendía con dicha conducta cobrar contribuciones especiales no aprobadas por el ayuntamiento y, posteriormente, privar a sus víctimas del suministro de agua[15]. Finalmente, también se ha considerado como delito de coacciones el corte del suministro eléctrico[16].

Conviene centrarse ahora en la distinción entre el resultado del delito, que se encuentra en la fase de consumación, respecto de la consecución del propósito final perseguido por el agresor, que está en la fase de agotamiento. Por ende, para calificar una conducta de delito de acoso inmobiliario se requieren los siguientes elementos cumulativamente considerados: una conducta violenta, material o intimidatoria contra el sujeto pasivo de modo directo, indirecto o a través de terceras personas; que la conducta se realice con la intención de impedir lo que la Ley no prohíbe u obligar a efectuar lo que uno no quiere, sea justo o injusto; que el agresor tenga la intención de restringir la libertad ajena; y, finalmente, que el agresor no sea una persona jurídicamente legitimada para realizar tales actos de violencia o intimidación. En atención a estos requisitos, la doctrina ha advertido que la subsunción de estas conductas en el tipo especial de coacciones como acoso inmobiliario estará condicionado al alcance del concepto de violencia[17].

Una vez examinado el tipo especial de coacciones en el ámbito inmobiliario, identificamos diversos problemas interpretativos, a los efectos de proponer mejoras y remitiéndonos a unas propuestas *de lege ferenda* al final del trabajo. La conducta típica es descrita como «impedir el legítimo disfrute de la vivienda», lo que parece referirse a un elemento subjetivo del tipo, olvidando que se trata de un delito de resultado, es decir, que se entiende consumado cuando se ha impedido materialmente el disfrute de la vivienda –por ejemplo, bloqueando su acceso–, o bien cuando se ha compelido a la víctima a ello.

Otra cuestión es la determinación del momento en el que se puede sostener con garantías que se ha impedido de forma efectiva el disfrute de la vivienda. Considerando el concepto amplio de violencia[18] e ignorando

(13) STS de 2 de marzo 1989, RJ 1989\2349.

(14) STS de 30 de junio de 1981, RJ 1981\2938.

(15) Véanse las STS de 24 de marzo de 1983, RJ 1983\2178, de 18 de octubre de 1999, RJ 1999\8127, y de 28 de febrero de 2000, RJ 2000\889.

(16) STS de 28 de febrero de 2000, RJ 2000\889.

(17) Caruso Fontán, 2011, pp. 5-20.

(18) STS de 21 de diciembre de 2012, Id Cendoj: 28079120012012101035: «[l]a vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no solo comprende los casos de violencia física

la opinión de la mayor parte de la doctrina, el legislador establece la aplicación de los criterios jurisprudenciales respecto de la fuerza en las cosas del tipo básico de coacciones. Por tanto, solo dispone el tipo especial como agravante cuando la víctima vea vulnerada la posesión de su vivienda, a los efectos de un reforzamiento de sus derechos en este ámbito[19], sin que ello suponga introducir mejores herramientas en el enjuiciamiento de este delito.

La inclusión de los supuestos de intimidación en el delito de coacciones es contraria a la sistemática propia del articulado, que regula de forma expresa el delito de amenazas. Asimismo, la inclusión de los supuestos de fuerza en las cosas supone un caso de analogía *in malam partem,* por el que se distorsiona el alcance del precepto. Por lo que se refiere a la posibilidad de admitir la concurrencia de violencia en conductas omisivas, cabe entender que solo es aceptable cuando se admita que la violencia abarca los supuestos en los que se constriñe la voluntad de la víctima, por existir intimidación, y que deben subsumirse en el delito de amenazas.

Finalmente, debe criticarse que la multa sea una opción punitiva alternativa a la pena de prisión en el ámbito del acoso inmobiliario, habida cuenta del riesgo de que sea asumida como un coste económico para seguir practicando dichas conductas, lo que disminuye su finalidad preventiva. Cabe destacar la falta de mención en el artículo 172 CP de un elemento inherente al concepto de acoso: la reiteración. A diferencia del artículo 173 CP, que incluye en la descripción típica el concepto de reiteración, el artículo 172 CP no lo contempla y, en consecuencia, la reiteración modula la pena impuesta.

2.2 **Los problemas de los tipos penales especiales de acoso inmobiliario en el delito de trato degradante**

Las conductas de acoso inmobiliario, tipificadas como delito contra la integridad moral en el artículo 173.1 CP, se distribuyen en dos modalidades, según si constituyen trato degradante. Por un lado, en el acoso inmobiliario mediante actos hostiles o humillantes, el trato degradante implica

---

como tal, sino que incluye cualquier ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. Y en este sentido, el concepto de violencia ha ido ampliándose para incluir también la intimidación o "vis compulsiva" e incluso la fuerza en las cosas o "vis in rebus" siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos (SSTS 628/2008 de 15.10, 982/2009 de 15.10). La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz y causal respecto al resultado perseguido (STS 843/2005 de 29.6)».

(19) Rodríguez Ramos, 2010, pp. 2-6.

sistematicidad en la conducta, incluyendo acciones que de forma grave atenten contra la exigencia de respeto. El delito de acoso inmobiliario como trato degradante, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral, refiere su conducta típica a quien «de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes, que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda». Por tanto, aquellas conductas que no reúnan los requisitos del artículo 172 CP, podrán quedar subsumidas en el artículo 173.1 CP en su segundo párrafo, en la medida en que los actos realizados sean «reiterados» y «hostiles o humillantes[20]». En el acoso inmobiliario como tipo penal especial del delito de trato degradante, la pena es de seis meses hasta dos años de prisión. Resulta llamativo su tratamiento penológico –por su heterogeneidad e intensidad– en relación con la pena de multa alternativa a la pena de prisión dispuesta para las coacciones, así como los límites mínimo y máximo de la pena de prisión previstos en los tipos especiales de coacciones y trato degradante. Por otro lado, el acoso inmobiliario mediante actos hostiles o humillantes que no constituyan trato degradante opera como una cláusula de cierre respecto de las restantes modalidades de acoso inmobiliario, pudiendo incluirse el allanamiento de morada, la contaminación acústica u otros actos hostigadores. La pena se corresponde con la del tipo básico de trato degradante y, conectando el tipo penal de acoso inmobiliario sin trato degradante con otro bien jurídico de rango constitucional, como la inviolabilidad del domicilio *ex* artículo 18 CE, cabe justificar la subsunción de los supuestos de allanamiento de morada o de contaminación acústica.

El *iter criminis* hostigador se concreta en la realización de «actos hostiles o humillantes», sin precisar la conducta, a diferencia de «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante», prevista en el artículo 184 CP para el acoso sexual. Sería conveniente describir las conductas que integran el proceso hostigador en el trato degradante, utilizando los conceptos «hostigador» o «humillante» como cláusula de cierre en la descripción típica, pues el principal elemento diferenciador es el bien jurídico protegido, siendo en este caso la «integridad moral[21]». La jurisprudencia del Tribunal Supremo[22] exige los siguientes elementos

(20) Otero González, Pomares Cintas, 2010, p. 194, donde explican que el legislador introduce una modificación en la LO 5/2010 en referencia tanto a la nueva agravante del artículo 172.1 párrafo tercero CP, como al artículo 173.1 párrafo tercero CP, y se exige que el disfrute de la vivienda que se afecta sea «legítimo» y no meramente efectivo por parte de la víctima del acoso. El problema que conllevaba la redacción anterior era la posibilidad de incluir como sujetos pasivos de acoso inmobiliario a los «okupas», que, efectivamente pudieran ocupar la vivienda.

(21) Ragués y Vallès, 2012, pp. 261-280.

(22) Entre otras, véase la STS 2709/2003, de 16 de abril, Id Cendoj: 28079120012003103216, donde refiere la jurisprudencia constitucional: «[e]l Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990 de 27 de julio realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el artículo 15

para apreciar trato degradante: en primer lugar, un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; en segundo lugar, un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; y, en tercer lugar, un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Con la acción típica «actos hostiles o humillantes», el legislador excluye la omisión y exige una conducta reiterada.

2.3 **Concurso de delitos de acoso inmobiliario y medidas cautelares insuficientes**

El concurso de delitos de acoso inmobiliario solo podrá ser de normas, y se resolverá conforme a lo que dispone el artículo 8 CP, en este caso, a favor del tipo de la coacción, aplicando la regla de especialidad. En consecuencia, el acoso inmobiliario como coacción del artículo 172.1 párrafo tercero CP entrará en concurso con los delitos contra el patrimonio, puesto que el acoso inmobiliario no prevé la cláusula típica de cierre que establezca la salvedad de que la conducta tipificada tenga señalada una pena superior. Por otra parte, el acoso inmobiliario como trato degradante del artículo 173 CP entrará a su vez en concurso con los delitos que se hayan cometido, aplicando la regla concursal general del artículo 177 CP. Finalmente, sobre la posible aplicación simultánea de los artículos 172 y 173 CP, recuérdese que el bien jurídico protegido de la integridad moral en el delito de trato degradante goza de autonomía, permitiendo el concurso de delitos sin incumplir el principio *non bis in idem.*

Por lo que respecta a la problemática complementaria propia de las medidas cautelares, también en el ámbito del acoso inmobiliario, su finalidad radica en asegurar la efectividad de un eventual pronunciamiento

---

de la Constitución Española "se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular". Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de "incolumidad" e "integridad personal". De modo que el Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), en 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), en 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), en 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), en 7 de julio de 1989 (caso Soering), en 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros), en 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc., ha declarado que las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la Constitución ("torturas", penas o tratos "inhumanos" y penas o tratos "degradantes") son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente" (sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990 y 57/1994)».

condenatorio. Las medidas cautelares más idóneas en el acoso inmobiliario, por la ausencia de medidas cautelares *ad hoc* para estos casos, serán las previstas en el artículo 544 bis LECrim, pues las infracciones contempladas en el artículo 57 CP atentan contra la integridad moral. Esta es una nueva manifestación de la falta de oportunidad de la sistemática de los dos preceptos de acoso inmobiliario, en concreto, el tipo especial de coacciones, pues deberían tipificarse autónomamente en un único precepto en los delitos de trato degradante, con las diversas conductas delictivas. Habida cuenta de que se trata de medidas cautelares, se tendrán que respetar todas y cada una de sus condiciones, es decir, que son ineludibles la verificación indiciaria del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora* o *in damnum.* Además, deberá procurarse la bilateralidad y, siempre que no se frustre la eficacia tuitiva, será necesario dar audiencia a las partes. Finalmente, es oportuno recordar que las medidas cautelares que se pueden adoptar, conforme a lo dispuesto en el artículo 544 bis LECrim, se pueden imponer como penas, de conformidad con los artículos 48 y 57 CP, relativos a las penas privativas de derechos y las penas accesorias respectivamente.

3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA EL ACOSO INMOBILIARIO: TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA DEL DELITO Y ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES *AD HOC*

Las conductas de acoso inmobiliario, con anterioridad a su tipificación en materia de coacciones y trato degradante, se habían subsumido en los tipos penales relativos a las amenazas y coacciones, incluyendo en la actualidad el trato degradante, a los efectos de proporcionar un tratamiento legal adecuado. En la Exposición de motivos de la LO 5/2010, por la que se introdujo en el Código Penal esta doble tipificación del acoso inmobiliario, encontramos específicamente que el legislador estatal pretendía «tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores», así como atender la unificación en materia jurisprudencial respecto de «las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno».

No obstante, los preceptos previstos consecutivamente se refieren a las coacciones y al trato degradante, cuando las conductas descritas guardan más relación desde el concepto de acoso con el trato degradante, máxime cuando se afecta al disfrute de una necesidad básica y al ejercicio

del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar *ex* artículo 18 CE, así como el libre desarrollo de la personalidad con carácter general. La expresión «actos» elude las modalidades omisivas de hostigamiento, presentes en otros tipos de acoso. Subsisten los problemas de prueba propios del acoso, así como las dificultades inherentes a la subsunción de las conductas en tipos penales de variado tenor y articulado. Además, existe la circunstancia propia de los delitos de acoso en otros ámbitos de que diversas personas, coordinadamente, contribuyan en mayor o menor medida y sin acuerdo previo o explícito al hostigamiento, incluso mediante comportamientos de naturaleza omisiva, algo que no se contempla en el acoso inmobiliario.

A la vista de la doble tipificación de las conductas de acoso inmobiliario, se destila una cierta incoherencia entre la tipificación recomendable para estas conductas, en aras de la seguridad jurídica, y su previsión final. Por una parte, los preceptos, aun siendo consecutivos, se ubican sistemáticamente en Capítulos y Títulos distintos del Código Penal, a la vez que no responden al tratamiento penal del mismo bien jurídico protegido: la libertad en las coacciones, y la integridad moral en el trato degradante, ambos como garantía del legítimo disfrute de la vivienda. Asimismo, se observa una falta de coherencia y compatibilidad con el resto de los preceptos que, con anterioridad a su específica regulación, resultaban aplicables a estas conductas. El legislador desatiende la ubicación sistemática correcta del acoso inmobiliario, pues debería unificarse en un único precepto con las diversas modalidades y un tratamiento penológico armonizado en función de la gravedad de la conducta, junto con la falta de armonización conceptual con el resto de la normativa estatal. En otras palabras, tipifica duplicadamente el acoso inmobiliario en función de la gravedad del acoso, invirtiendo la lógica estricta de los tipos penales especiales: atribuye la mitad superior de la pena del tipo básico en el tipo especial de coacciones, y mantiene la pena del tipo básico en el tipo especial de trato degradante. Por tanto, el agresor sin antecedentes penales podría no entrar en prisión por el tipo especial de trato degradante, a diferencia de lo que sucedería en las coacciones.

Por todo lo indicado, procedería disponer en un único precepto de tipificación autónoma las diversas modalidades de acoso inmobiliario referidas por la doctrina y la jurisprudencia, revisando adecuadamente que el tratamiento penológico y la coherencia de su previsión corresponda con la gravedad de la conducta, así como adaptar las medidas cautelares al acoso inmobiliario[23]. Finalmente, el legislador debería armonizar con la regulación penal en materia de acoso inmobiliario y ocupación ilegal la

(23) Argelich Comelles, 2013, pp. 11-31.

definición de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[24], respecto de las «situaciones de operaciones de venta, arrendamiento o cesión», en las que la Administración debe intervenir cuando el objeto sea una infravivienda, una vivienda sobreocupada, así como el alojamiento ilegal, o el alojamiento respecto de bienes ocupados ilegalmente y sin título habilitante[25], a los que refiere eufemísticamente como «de los que no se es legítimo propietario ni su representante legal».

4. BIBLIOGRAFÍA

Argelich Comelles, C., «El acoso inmobiliario», *Lo Canyeret: revista del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida,* 79, 2013, Primer Premio del XII Certamen Arquímedes de Introducción a la Investigación Científica del Ministerio de Educación. *BOE* de 17 de diciembre de 2013.

Caruso Fontán, V., «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *Eguzkilore,* 25, 2011.

Lafont Nicuesa, L., «Comentarios al nuevo delito de acoso inmobiliario», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* 804, 2010.

Otero González, P., y Pomares Cintas, E., «Tipos penales específicos de acoso inmobiliario», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Ouazad, A., «Blockbusting: Brokers and the dynamics of segregation», *Journal of Economic Theory,* 157, 2015.

Ponce Solé, J., «La lucha contra la discriminación residencial y el acoso inmobiliario», en Ponce Solé, J., Sibina Tomàs, D., *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo,* Madrid, Marcial Pons, 2008.

Ragués y Vallès, R., «El acoso inmobiliario: últimas novedades legislativas y judiciales», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* 59, 2009.

— «Los delitos contra la libertad y la integridad moral incriminación del acoso laboral e inmobiliario», en Pastor Muñoz, N., Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma,* Madrid, La Ley, 2012.

Rodríguez Ramos, L., «El *Blockbusting* (Una excrecencia legislativa más)», *Diario La Ley,* 7534, 2010.

Sánchez Benítez, C., *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España: especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022, de 6 de septiembre,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023.

(24) *BOE* de 26 de mayo de 2023.

(25) En profundidad, atiéndase Simón Moreno, 2021, pp. 2161-2212, y Simón Moreno, 2019, pp. 161-199.

Sánchez Tomás, J. M., «Los delitos de acoso laboral e inmobiliario», en Ventura Püschel, A. (coord.), Álvarez García, F. J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.

Simón Moreno, H., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 95, 771, 2019.

— «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 97, 786, 2021.

Villegas Fernández, J. M., *Mobbing inmobiliario,* Madrid, Bosch, 2009.

XI

LA REACCIÓN FRENTE A SITUACIONES PATOLÓGICAS

A. Remedios procesales civiles de la vivienda en alquiler u ocupada en precario: los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario *

Felip Alba Cladera
Profesor Titular Laboral de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares
felip.alba@uib.es

Resumen: *El objeto de este trabajo es la realización de un análisis actualizado de los remedios procesales civiles relacionados con la vivienda en alquiler u ocupada en precario; en concreto, de los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario. El estudio que se plantea es eminentemente práctico. Por una parte, se centra en las*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», (PID 2021-124953NB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por la Prof.ª Matilde Cuena Casas. Asimismo, este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por los Profs. Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal.

principales modificaciones que han sufrido estos procedimientos en los últimos años, haciendo hincapié en las reformas introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Por otra, se realiza una selección de problemas recientes, analizando las soluciones adoptadas por la jurisprudencia más moderna. En último lugar, se lleva a cabo un examen exhaustivo de la batería de medidas de suspensión de los procesos de desahucio, normas cuya finalidad es, sin lugar a duda, beneficiar a los más vulnerables, el problema reside en que el legislador lo pretende conseguir a costa del derecho de propiedad y de la tutela judicial efectiva de los propietarios.

Palabras clave: *Desahucio por falta de pago; desahucio por expiración del plazo, desahucio por precario; requisito de procedibilidad; suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado; acumulación de acciones; reconvención; enervación; procedimiento adecuado.*

Abstract: *The purpose of this work is to carry out an updated analysis of the civil procedural remedies for rented or «precario» occupied housing; specifically, verbal eviction proceedings for non-payment, expiration of the term and precariousness. The study proposed is eminently practical, so, on the one hand, it focuses on the main modifications that these procedures have undergone in recent years, emphasizing the reforms introduced by Law 12/2023, of May 24, for the right to housing and by Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Service of Justice. On the other, it makes a selection of recent problems, analyzing the solutions adopted by the most modern jurisprudence. Finally, an exhaustive examination is carried out of the battery of measures to suspend eviction proceedings, regulations whose purpose is, without a doubt, to benefit the most vulnerable. The problem is that the legislator intents to achieve this at the expense of the right to property and the effective judicial protection of the owners.*

Keywords: *Eviction for non-payment; eviction for expiry of the term, eviction for precariousness; prerequisite to file a lawsuit; suspension of the proceedings due to the economic and/or social vulnerability of the defendant; consolidation of actions; counterclaim; enervation; appropriate procedure.*

Sumario: 1. Desahucio por falta de pago de la renta o por expiración del plazo (art. 250.1.1.º LEC). 1.1 Una síntesis del procedimiento. Especial énfasis en las novedades de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 1.2 Las reformas operadas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. 1.2.1 La introducción de un requisito de procedibilidad. Conciliación o intermediación previa a la interposición de la deman-

da. 1.2.2 Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda. 1.2.3 Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada. 1.3 Algunas cuestiones problemáticas. 1.3.1 La acumulación de la acción de reclamación de rentas debidas a la acción de desahucio. 1.3.2 Sobre la reconvención. 1.3.3 Discrepancias en la cantidad a pagar o consignar para enervar el desahucio. 2. Desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC). 3. Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado. 3.1 La suspensión *ordinaria* del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC. 3.2 Suspensión extraordinaria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. 3.2.1 En el supuesto de desahucio por falta de pago o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo. 3.2.2 En el supuesto de desahucio por precario. 3.2.3. Reanudación de los procedimientos suspendidos en virtud del Real Decreto-ley 11/2020. Bibliografía.

1. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO DE LA RENTA O POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO (ART. 250.1.1.º LEC)

1.1 Una síntesis del procedimiento. Especial énfasis en las novedades de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

En este capítulo nos centraremos en la acción de desahucio con fundamento en la falta de pago de la renta, pero no en el supuesto de reclamación de rentas debidas al arrendatario en el que no se acumula la acción de desahucio. Con la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de agilización y fomento del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, se modificaron los artículos 250.1.1.º y 249.1.6.º LEC para incluir en el ámbito del juicio verbal las reclamaciones de rentas derivadas del arrendamiento cuando no se acumulan al desahucio, que hasta entonces se sustanciaban a través de los cauces del juicio ordinario; con ello, se intenta fomentar salvar la relación arrendaticia, porque de este modo el arrendador no se ve obligado a acumular también una pretensión de lanzamiento para acudir al juicio verbal, por lo general más rápido y sencillo que el ordinario[1].

Simplemente, apuntamos aquí algunas cuestiones sobre la acción de reclamación de rentas derivadas del arrendamiento. No obstante, los tres tipos de juicios previstos en el artículo 250.1.1.º LEC tienen una regulación común, por lo que, inevitablemente, lo trataremos. Los juicios de reclamación de rentas derivadas del arrendamiento tienen naturaleza plenaria, por lo que sus

(1) Preámbulo apartado II.

sentencias tienen plenos efectos de cosa juzgada y no hay limitación alguna de alegación y prueba (sobre esta cuestión, cuando hay acumulación a la acción de desahucio, volveremos *infra*[2]). La determinación de la cuantía en estos procedimientos no se realiza por el artículo 251.9.ª LEC, sino por el artículo 251.1.ª LEC, esto es la cuantía concreta que se reclame. Como apunta VILLAMARÍN LÓPEZ, se podrían reclamar dichas rentas a través del monitorio –sus principales ventajas serían la no necesidad de postulación en la petición inicial y la inversión del contradictorio si no hay oposición–. Pero las razones para optar por el juicio verbal son potentes: cabrá la condena de las rentas futuras (art. 220.3 LEC) –y no solo las rentas debidas y que se acrediten documentalmente en el momento de la demanda–; será posible la obtención de una condena en costas a su favor; generalmente, será más favorable litigar en los tribunales del lugar en que esté sita la finca y no en el domicilio del demandado (art. 813 LEC); habrá la posibilidad de recurrir a una notificación edictal si no ha sido posible localizar al demandado para practicar una notificación personal; y, si se acumula a la acción de desahucio, la falta de oposición operará como en la técnica monitoria[3].

Las acciones de desahucio que ahora estudiaremos son las que pretenden reestablecer la posesión del inmueble arrendado en favor del dueño, usufructuario o cualquier otro sujeto que disponga de título suficiente para poseer la finca frente al inquilino cuyo contrato de arrendamiento ha expirado o porque ha incumplido con sus obligaciones de pago. Estas acciones se ejercitan a través del juicio verbal, si bien con ciertas especialidades en su tramitación al configurarse como un cauce privilegiado (art. 250.1.1.º LEC). Otras causas pueden fundamentar una pretensión de desahucio; sin embargo, éstas no disfrutarán de esta especialidad procedimental.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOEP), ha introducido, con carácter general, para el orden jurisdiccional civil como requisito de procedibilidad haber acudido previamente a un medio adecuado de solución de controversias (en adelante, MASC)[4].

El artículo 2 declara que *se entenderá por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral*, especificando además como válidas la mediación, conciliación, negociación directa entre las par-

(2) Epígrafe 1.3.1.

(3) Villamarín López, M. L., *El juicio verbal y sus especialidades*, Editorial La Ley, Madrid, 2019, pp. 115 y 116.

(4) Artículo 5 LOEP. *Vid*., también, artículo 403.2 LEC.

tes –con o sin intervención de sus abogados–, oferta vinculante confidencial, opinión neutral de un persona experta independiente o un proceso de derecho colaborativo (art. 5.1 párrafo segundo)[5].

El MASC se excepciona para aquellos procesos que tengan por objeto una serie de materias (art. 5.2 LOEP), entre las cuales, y a pesar de eximir «la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute»[6], inexplicablemente, no se han incluido los juicios de desahucio por falta de pago –incumplimiento esencial frente al cual, con carácter general, hay poco que oponer– o por la expiración del plazo, ambas causas de resolución contractual de escasa complejidad para permitir la recuperación de la posesión de la vivienda.

Concretamente, el artículo 399.3 LEC recoge ahora que se deberá hacer constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, manifestándose y aportando, en su caso, los documentos que acrediten haber intentado la actividad negociadora previa o, si no hubiere sido posible llevarla a cabo por desconocer el domicilio del demandado o el medio por el que puede ser requerido, declaración responsable a tales efectos (art. 264.4 LEC). Si no se hicieran constar estas circunstancias en la demanda o no se acompañaren los documentos que acrediten dichos requisitos de procedibilidad, la demanda no será admitida (403.2 LEC).

Una de las razones por las que esta materia se dilucida a través de un juicio verbal de carácter sumario es la búsqueda de la celeridad en la resolución de este tipo de litigios. Por lo tanto, establecer como requisito de procedibilidad el haber acudido de forma previa a la vía judicial a un MASC va en contra de la propia idiosincrasia del carácter sumario de estos procesos. Un MASC es, en esencia, *negociación*, lo que conlleva cesiones por parte del acreedor, de ahí que consideremos que la nueva ley constituye un incentivo más para que el inquilino incumpla y, a su vez, se obstaculice el acceso a los tribunales para los propietarios; medidas que por muy bien intencionadas que puedan ser, no nos engañemos, acaban provocando que la oferta de viviendas en alquiler disminuya y que los precios de éstos aumenten fruto de la inseguridad causada por el legislador. Y, es más, diríamos que, en este tipo de controversias, lo habitual ya era que la primera opción del arrendador –y también de sus abogados– no fuera la de plantear demanda de desahucio de forma expeditiva sin tratar de solucionar el conflicto de forma extrajudicial, sino que, después de varios intentos infructuosos de buena fe, se interponía la demanda.

(5) *Vid*., en particular, artículos 14 a 19 LOEP.
(6) Artículo 250.1.4.º LEC.

La competencia para conocer de estos procesos de desahucio corresponde a las Secciones Civiles o las Civiles y de Instrucción que constituyen una Sección Única del Tribunal de Instancia del lugar en que esté sita la finca (art. 52.1.7.º LEC).

Para que las demandas de desahucio de finca por falta de pago sean admitidas, el arrendador debe indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio (art. 439.3 LEC). Además, si el arrendador pretende evitar la enervación del desahucio deberá aportar con la demanda prueba de haber realizado requerimiento de pago al arrendatario con al menos treinta días de antelación a la presentación de dicha demanda o de que el arrendador ya hizo uso de la facultad de enervación en un procedimiento anterior (art. 22.4 párrafo segundo LEC).

> En relación con los requisitos del requerimiento de pago del arrendador al arrendatario a efectos de impedir la enervación de la acción hubo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Por esta razón, consideramos conveniente citar la jurisprudencia que dictó el Tribunal Supremo para resolver dichas discrepancias:
>
> «1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada.
> 2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente.
> 3. Ha de referirse a rentas impagadas.
> 4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales.
> 5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.
>
> Sin embargo, en dicho precepto no se exige que se comunique al arrendatario:
>
> 1. Que el contrato va a ser resuelto.
> 2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.
>
> El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago» (STS núm. 508/2015, de 22 de septiembre que recoge, a su vez, lo declarado en las SSTS núm. 302/2014, de 28 de mayo, y núm. 335/2014, de 23 de junio).

Una vez admitida a trámite la demanda, el LAJ requerirá al demandado para que en el plazo de diez días desaloje el inmueble y pague al actor,

salvo que pretenda la enervación. En ese caso, deberá pagar lo debido o ponerlo a disposición del arrendatario en el juzgado o a través de depósito notarial. O también podrá formular oposición alegando por qué no debe –todo o en parte– las cantidades reclamadas o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 438.5 párrafo primero LEC).

También se hará constar en dicho requerimiento (art. 438.5 párrafo segundo LEC) si el arrendador hubiera anunciado en la demanda –ya sea por falta de pago como por expiración del plazo– que se compromete a condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, concretando dicha cantidades, a condición de que el arrendatario desaloje voluntariamente el inmueble en el plazo que se indique por el arrendador –que no podrá ser en ningún caso inferior a quince días desde que se notifique la demanda (art. 437.3 LEC)–. Si acepta tal compromiso equivaldrá a un allanamiento (art. 438.5 párrafo segundo LEC).

Igualmente, podrá interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el tribunal a los efectos señalados en el art. 549.3 LEC[7] (art. 437.3 *in fine* LEC).

El requerimiento incluirá, además, el señalamiento de día y hora para que tenga lugar la eventual vista en caso de oposición del demandado –operando ya como citación–, así como el día y la hora exactos para la práctica del lanzamiento en caso de que no hubiera oposición. Además, se hará constar que, si el demandado quiere solicitar asistencia jurídica gratuita, deberá realizar tal solicitud en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento, así como que la falta de oposición al requerimiento supondrá la prestación de su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento que le vincula con el arrendador. Es decir, la falta de oposición al requerimiento o, en su caso, su incomparecencia a la vista provoca una inversión del contradictorio porque se equiparará a un allanamiento –al contrario que la regla general, en que la rebeldía del demandado o la no contestación a la demanda no implica *per se* una reducción o elusión de las cargas probatorias del actor–, pues equivaldrá a su consentimiento para la resolución del contrato de arrendamiento (art. 438.5 y 6 LEC). Así pues, se produce una inversión de la carga de la prueba del pago (art. 444.1 LEC), lo que facilita que no recaiga sobre el arrendador la prueba de un hecho negativo como sería el impago de las rentas establecidas en el contrato de arrendamiento –lo mismo podemos decir en

(7) Artículo que permite que, si en la demanda de desahucio se solicita la ejecución, se pueda ejecutar directamente la sentencia condenatoria de desahucio o el decreto que ponga fin al desahucio si no hubiera oposición al requerimiento, sin necesidad de realizar ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia o en el requerimiento –es decir, no hace falta interponer demanda ejecutiva–.

caso del desahucio por precario, donde el precarista deberá probar justo título para poseer–.

En el requerimiento se apercibirá al demandado de que, si no atiende al requerimiento de pago o no comparece para oponerse o allanarse, el LAJ dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijadas, sin necesidad de notificación posterior.

Si el demandado atendiese al requerimiento desalojando el inmueble sin formular oposición, pero no pagase las rentas reclamadas, el LAJ dictará decreto dando por terminado el procedimiento, dejando sin efecto la diligencia de lanzamiento, a no ser que la parte demandante interese su mantenimiento para que se levante acta sobre el estado en que se encuentre la finca, dando traslado a la parte demandante para que inste el despacho de la ejecución en cuanto a la cantidad reclamada, bastando para ello con la mera solicitud.

En estos supuestos –que son: no atención al requerimiento; no comparecencia para oponerse o allanarse; o atención al requerimiento de desalojo, pero no al de pago–, en el decreto que dé por terminado el juicio de desahucio, se impondrán las costas al demandado e incluirá las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda. En caso de enervación, también se condenará al arrendatario al pago de las costas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador (art. 22.5 LEC).

Una de las modificaciones del juicio verbal operada por la LOEP –y que afecta, por tanto, a los juicios de desahucios aquí tratados– es la introducción de un trámite común de proposición de prueba por escrito de cinco días una vez contestada la demanda –o, en su caso, la reconvención–, mismo plazo de cinco días que puede ser utilizado por la actora para formular alegaciones con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación (art. 438.8 LEC) y, aunque la ley no lo prevea expresamente, también deberá ser posible que plantee las excepciones procesales con respecto a la personación y escrito de contestación de la demanda –podríamos decir que se crea una suerte de *audiencia previa por escrito*–. En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán presentar las alegaciones respecto de la prueba propuesta de contrario –disponiendo el artículo 438.9 que las impugnaciones se limitarán a las previstas en los artículos 280 LEC (denuncia de inexactitud de una copia y efectos), 283 LEC (impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria), 287 LEC (li-

citud de la prueba) y 427 LEC (posición de las partes ante los documentos y dictámenes presentados)–.

El tribunal, al resolver por auto sobre las excepciones procesales planteadas y sobre la admisión de la prueba propuesta, se pronunciará también sobre la pertinencia de la celebración de vista, pudiendo, si no la considerara necesaria, acordar que queden los autos conclusos para dictar sentencia; especifica, además, el propio artículo 438.10 LEC, que si la única prueba admitida es la documental y ésta no fuera impugnada, o en el caso de que se hubieran presentado informes periciales, si no considera pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia sin previa celebración de la vista. Esta misma disposición declara que contra dicho auto cabe recurso de reposición con efecto suspensivo, alterando con ello la regla general del carácter no suspensivo de los recursos de reposición prevista en el artículo 451 LEC.

> Anteriormente, como sabemos, en el ámbito del juicio verbal en sentido amplio, la vista se convocaba de forma preceptiva cuando cualquiera de las partes la hubiese solicitado, lo que provocaba que se celebrasen vistas que no eran necesarias para resolver el litigio, ya que la única prueba a valorar era la documental. No obstante, si lo que se quería abordar era este problema, hubiera sido suficiente permitir al tribunal no acordar la celebración de la vista, aunque una de las partes la solicitase si entendiese que no es necesaria para resolver el litigio.

Si el demandado formula oposición, se celebrará, en principio, la vista en la fecha señalada ya en el requerimiento. Paradójicamente, pues, se dará el caso de que en el requerimiento inicial ya se ha fijado fecha para la celebración de la vista (art. 438.5 párrafo tercero LEC), pero *a posteriori*, al valorar la proposición de prueba de las partes, el tribunal decida que finalmente no es necesaria su celebración.

Este juicio verbal de desahucio por falta de pago tiene limitadas las posibilidades de alegación y prueba al pago o circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 444.1 LEC)[8]. Si bien para el juicio de

(8) *Vid*. STS núm. 196/2022, de 7 de marzo: «En la nueva redacción del artículo 440.3 de la LEC, introducido tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se acude a la técnica monitoria. Y de esta forma, una vez admitida a trámite la demanda, corresponde al letrado de la administración de justicia requerir al demandado, por el plazo de diez días, para que: a) desaloje el inmueble; b) pague al actor; c) ejercite su facultad de enervar la acción y, en tal caso, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; d) comparezca ante el tribunal y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 440.3 LEC). [/] Pues bien, la sumariedad del presente juicio de desahucio por falta de pago de la renta y sin

desahucio por expiración del plazo el objeto del mismo está concretado legalmente –la recuperación de la posesión del inmueble arrendado por extinción del plazo fijado contractual o legalmente (art. 250.1.1.º LEC)– y, por lo tanto, las alegaciones del demandado versarán sobre el mismo (negar la finalización del plazo contractual o legal); a pesar de su naturaleza sumaria (art. 447.2 LEC), no hay limitación legal expresa de las posibilidades de alegación y prueba[9]. En el caso del desahucio por precario, aunque por razón del objeto la defensa del demandado se limitará a la existencia de título justo que le permita la posesión del inmueble controvertido, debido a su naturaleza plenaria, no tiene limitación alguna en cuanto a las posibilidades de alegación y prueba.

En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el mismo requerimiento que de no comparecer a la vista se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista –ya sea presencialmente o a través de sede electrónica–. Asimismo, aunque hubiese oposición, en la resolución por la que se tenga por opuesto al demandado se fijará día y hora exacta para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de treinta días desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no fuese recurrida, se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijados, sin necesidad de notificación posterior. Además, será preceptivo que en todas las resoluciones que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, con independencia de que este se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y hora exacta en que tendrá lugar el mismo (art. 438.6 LEC).

En los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, la sentencia se dictará en los cinco días siguientes –cuando la regla general es de 10 días–, practicándose la notificación de la sentencia en sede judicial, habiendo sido citadas en el propio acto de la vista cuando las partes no estuvieran representadas por procurador o ésta no debiera realizarse por medios telemáticos (art. 447.1 LEC). Se enfatiza, además, la nota de celeridad buscada en la configuración de estos procesos cuando se indica

---

acumulación del importe de las rentas adeudadas, determina, por las razones expuestas, que en su ámbito no puedan discutirse cuestiones que no sean las relativas al pago de la renta o la procedencia de la enervación de la acción, sin que quepa, con carácter general, ampliar los motivos de oposición a otras causas de extinción de las obligaciones previstas en el art. 1.156 del CC, que distingue, por una parte, entre pago, identificado como prestación debida en los términos pactados en la relación obligatoria, en este caso en el contrato de arrendamiento; y compensación, concebida ésta última como una *solutio* sin ejecución de la prestación debida».

(9) De ahí que la doctrina haya criticado que estos procesos se hayan convertido en sumarios y la sentencia dictada en los mismos carezca de efectos de cosa juzgada (Bernardo San José, A., *El juicio verbal de desahucio*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 38 y 39).

que la notificación de la sentencia «tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia». Otra novedad en sede de juicio verbal que podrá aplicarse a los procedimientos objeto de estudio es la posibilidad de que se dicte sentencia de forma oral al finalizar la vista –sin perjuicio de que posteriormente se redacte–(arts. 447.1 y 210.3 LEC). Como es lógico, al tener que motivarse de forma análoga a la escrita, tal vez el incentivo es más bien poco. Sin embargo, con respecto al desahucio por falta de pago y expiración del plazo, cuya motivación no suele ser compleja, sí que puede resultar una materia en la que los tribunales hagan uso de esta facultad; así, ORTEGA ATIENZA comenta que en estos casos podría ser útil para que el demandado conozca el fallo desde el momento en que finaliza la vista y pueda disponer de unos días más para poder organizar la salida del inmueble y la búsqueda de una alternativa habitacional[(10)].

Aun cuando la sentencia sea condenatoria debido a un allanamiento, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a 15 días desde la finalización de dicho periodo voluntario. De igual modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite (art. 447.1 párrafo segundo LEC).

Contra las sentencias dictadas en los procesos de desahucio cabe recurso de apelación. En cualquier caso, en los procesos de desahucio, no se admitirán los recursos de apelación o casación interpuestos por el demandado si, al interponerlos, no manifiesta y acredita por escrito tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas (art. 449.1 LEC). Asimismo, estos recursos se declararán desiertos, con independencia del estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar (art. 449.2 LEC). Se le permite, además, al arrendatario recurrente adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos –los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia y en ningún caso se considerarán novación del contrato–.

Estas exigencias podrán cumplirse a través de aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que,

(10) Ortega Atienza, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva "fase intermedia", el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario La Ley*, núm. 10379, Sección Tribuna, 29 de abril de 2025, p. 13.

a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad debida (art. 449.5 LEC).

En relación con este requisito de procedibilidad o presupuesto de admisibilidad de todo recurso de apelación o casación en los procesos de desahucio debemos comentar la modificación reciente de uno de sus aspectos. El elemento que fue objeto de reforma por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, es el relativo a la subsanación de dicho presupuesto de admisibilidad. El apartado 6 del artículo 449 LEC, anteriormente, rezaba así: «antes de que se rechacen o declaren desiertos los recursos, se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de esta Ley en cuanto a la acreditación documental del cumplimiento de los requisitos exigidos»; mientras que ahora dispone que «se estará a lo dispuesto en el artículo 231 para que puedan ser subsanados los defectos en que hubieran incurrido los actos procesales de las partes». Es decir, si antes se preveía la subsanación de la simple acreditación documental de cumplimiento de tal requisito, la literalidad actual permite subsanar el defecto en sí mismo, lo que conllevaría que podría subsanarse la falta de pago y no tan solo la falta de acreditación del pago. La jurisprudencia hasta el día de hoy era clara: la falta del presupuesto de admisibilidad del recurso no podía ser subsanada mediante un pago o consignación extemporánea y solo era posible la subsanación de la falta de acreditación del pago o consignación[(11)].

El cambio relevante que conlleva el dictado oral de la sentencia afecta a la interposición del recurso (art. 210.4 LEC). Tras el pronunciamiento oral de la sentencia, si las partes manifiestan su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la sentencia. En cambio, si tuvieran intención de recurrir, aunque el plazo para ello empieza a computarse desde el día siguiente a la notificación de la sentencia debidamente redactada, las partes dispondrán de un plazo de cinco días desde la celebración de la vista para presentar *un escrito manifestando su interés en recurrirla, con expresión de los pronunciamientos objeto del mismo*. Es decir, se está introduciendo una suerte de preparación de la apelación como la del artículo 457 del texto primigenio de la LEC, que tenía por rúbrica la «preparación de la apelación», suprimido por la Ley 37/2011.

Empero, el artículo 210.4 LEC no dispone frente a que órgano debe interponerse este escrito de preparación de la apelación, dudas que se acrecientan por la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, que estableció que el recurso de apelación se interpusiera directamente ante la Audiencia Provincial y no el Juzgado de Primera Instancia (ahora Tribunal de Instancia).

(11) Por todos, *vid*. AATS de 23 de marzo de 2010, núm. de recurso 1131/2008 y de 25 de mayo de 2010, núm. de recurso 651/2009.

En el Proyecto inicial de la LOEP, esta preparación de la apelación no se contemplaba en el artículo 210 LEC, sino que se introdujo en el trámite de enmiendas paralelamente a la recuperación para todos los casos del trámite de preparación del recurso de apelación ante el tribunal que hubiera dictado la resolución (art. 457 LEC). Finalmente, se aprobó la enmienda del artículo 210 LEC, pero no la segunda de reintroducción del artículo 457 LEC; de ahí que la interpretación teleológica –y lógica– nos lleve a concluir que, en el caso de sentencia *in voce*, deberá presentarse el escrito manifestando la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que pretendan impugnarse ante la Sección Civil o Sección Única que haya dictado tal resolución[(12)].

1.2 **Las reformas operadas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda**

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en su Disposición final 5.ª, entre otras modificaciones de la LEC, reforma el proceso de desahucio de inquilinos u ocupantes en situación de vulnerabilidad. El propio Preámbulo (apartado III) describe tales reformas como «importantes mejoras»; no obstante, nos vamos a permitir, cuando menos, adelantar nuestro escepticismo en cuanto a su éxito, ya que vaticinamos para algunas, más bien, todo lo contrario.

1.2.1 *La introducción de un requisito de procedibilidad. Conciliación o intermediación previa a la interposición de la demanda*

El nuevo apartado séptimo del artículo 439 LEC introdujo un requisito de procedibilidad para los procesos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 (lo que incluía, por lo que aquí interesa, el procedimiento de desahucio por impago de rentas y cantidades debidas, por expiración del plazo fijado contractual o legalmente y por precario). Éste instauró como presupuesto necesario para poder sustanciar el proceso de desahucio que se hubiera intentado una conciliación o intermediación ya que, de lo contrario, no se admitiría la demanda. No obstante, la vigencia de este requisito de procedibilidad no se extendió a todos los juicios verbales de desahucio referidos, sino, solamente, a aquellos supuestos en los que el

(12) En profundidad, Ortega Atienza, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva "fase intermedia", el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *op. cit.*, p. 13.

arrendador demandante tenía la condición de gran tenedor, el inmueble controvertido constituía vivienda habitual del ocupante y que éste se encontrara en una situación de vulnerabilidad económica.

La finalidad de esta norma no era solo la genuina de cualquier medio autocompositivo de solución de controversias –es decir, que el arrendador y arrendatario o, en el caso del precario, propietario y precarista, solucionen el conflicto de forma amistosa, lo que permitiría mantener el contrato de arrendamiento o que el precarista mantenga la posesión del inmueble, o que voluntariamente el inquilino o precarista abandone el inmueble en cuestión, lo que permitiría, a su vez, evitar la actividad jurisdiccional–, sino que las Administraciones públicas dispusieran de más tiempo (el que dure el procedimiento de conciliación o intermediación previo a la interposición a la demanda) para «dar adecuada atención a las personas y hogares afectados, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda»[13]. Eso sí, como muy bien apuntaba LÓPEZ SIMÓ, a costa del propietario que vería retrasado unos meses el juicio de desahucio[14].

La vigencia de estos requisitos de procedibilidad del artículo 439.6 c) y 7 LEC introducidos por la LDV, previstos para los casos en los que el actor fuera un gran tenedor, ha sido más bien corta. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26/2025, de 29 de enero de 2025, ha declarado que estos requisitos que condicionan el acceso a la jurisdicción son inconstitucionales al constituir trabas excesivas respecto del fin que lícitamente perseguía el legislador –encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad–.

Concretamente, en relación con el artículo 439.6.c (que imponía la carga al actor gran tenedor de acreditar si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica) se declara que constituía un requisito que limitaba el acceso a la jurisdicción de forma desproporcionada, más aún cuando el objetivo buscado podía alcanzarse por otras vías sin menoscabar el derecho de quien pretende acudir a los tribunales. Es más, el propio TC califica como innecesaria la disposición controvertida, porque la suspensión del proceso prevista en el artículo 441.5 LEC[15], una vez ya admitida la demanda, permite a los servicios sociales y administraciones competentes adoptar soluciones habitacionales.

---

(13) Apartado III del Preámbulo de LDV.

(14) López Simó, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario LA LEY*, N.º 10383, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2023, p. 7.

(15) *Vid*. epígrafe 3.1.

Acto seguido, el TC extiende la inconstitucionalidad al artículo 439.7 LEC al tener este como presupuesto de aplicación la regla anterior declarada inconstitucional.

Eso sí, como hemos visto *supra*, el legislador no cesa en su empeño de introducir como requisito de procedibilidad para la generalidad de materias propias del orden jurisdiccional civil el haber acudido previamente a un medio adecuado de solución de controversias. De ahí que, si bien un óbice de constitucionalidad ha evitado la vigencia del requisito de procedibilidad específico para los desahucios creado por la LDV, el genérico introducido por la LOEP sí que es exigible hoy en día para estos procedimientos.

1.2.2 *Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda*

La LDV ha añadido unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda de desahucio de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 para que ésta sea admitida (art. 439.6 LEC).

Así, deberá especificarse:

a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante –la forma más sencilla de acreditar tal circunstancia sería con una certificación del padrón municipal de la persona ocupante de la vivienda, si bien debe apuntarse que tal certificado de empadronamiento solo puede solicitarse por el propio interesado, lo que implica que el propietario demandante no podrá solicitarlo sin su autorización[(16)]–;

b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda (art. 3.k LDV), si no fuera así, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en la que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora;

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, el apartado c) de este artículo 439.6 LEC, que imponía la carga al actor gran tenedor de acreditar si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica, ha sido declarado inconstitucional[(17)].

(16) *Ibidem*, p. 12 y notas 19 y 20.

(17) Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se debía aportar documento acreditativo emitido, con una vigencia no superior a tres meses y previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La concu-

Con vehemencia, pero cargado de razón, criticaba CORTÉS DOMÍNGUEZ la introducción por la LDV de estos requisitos de contenido y de aportación de documentos en la demanda para que esta pueda ser admitida –además de otras modificaciones–:«En realidad, se trata de una ley con una fuerte carga ideológica que, para defender la posesión o la mera tenencia, o incluso la ocupación por determinadas personas de inmuebles dedicados a viviendas, *cercenan innecesariamente el derecho de propiedad de sus titulares hasta extremos de hacer muy difícil, o de entorpecer gravemente, el ejercicio del derecho de propiedad que se contiene y se manifiesta en la presentación de la demanda pidiendo la tutela judicial efectiva de este derecho, que el propietario cree y pretende se ha vulnerado, poniendo trabas, que pueden ser definitivas, al derecho fundamental que consagra el artículo 24 de la Constitución*

Todo esto, en caso de ser superado por el demandante (que lo es, no lo olvidemos, en un proceso sumario que intenta solventar problemas posesorios urgentes y perentorios), bajo nuestra opinión, es un importante empeño del legislador de impedir el normal ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que tiene el propietario o el usufructuario de un inmueble dedicado a vivienda para recuperar su posesión de quien no tiene título legítimo para ello, agravando la situación procesal del demandante con una inusual e irregular, desde el punto de vista constitucional, exoneración de la carga de la prueba que hace quebrar el principio de la igualdad de partes en el proceso y el de la distribución de la carga de la prueba de acuerdo con el elemental principio de la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Pueden existir, pues, serias dudas de la constitucionalidad de la reforma que estamos analizando.... Si a todo ello unimos una muy deficiente calidad legislativa, nuestra opinión no puede ser, en absoluto positiva» (las cursivas son nuestras)[18]. Críticas que han sido, en cierto modo, corroboradas después por el Tribunal Constitucional.

1.2.3 *Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada*

El apartado tercero de la DF 5.ª LDV introdujo un nuevo apartado quinto en el artículo 440 LEC: «5. En todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento

---

rrencia de tal circunstancia también podía acreditarse mediante la declaración responsable emitida por la parte actora de que había acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma; o el documento acreditativo con una vigencia no superior a tres meses de los servicios competentes que indicasen que la persona ocupante no consentía expresamente el estudio de su situación económica.

(18) Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), 12.ª edición, Valencia, 2023, pp. 113 y 114.

del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo»; es decir, se prohíben los desahucios sin fecha y hora predeterminada. Sin embargo, esta novedad, diríamos, que no es tal, ya que el apartado 4 del propio artículo 440 ya establecía anteriormente que «en todos los casos de desahucio.... en la resolución que se dicte...se fijará día y hora exactas para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento». La novedad residiría en que se especifica que el señalamiento del lanzamiento con fecha y hora concreta se hará con *independencia de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad*. Dichos apartados 4 y 5 del artículo 440, tras el Real Decreto-Ley 6/2023 de 19 de diciembre, se ubican sin cambios en el artículo 438.6 LEC. Esta medida era una demanda de plataformas y asociaciones vecinales antidesahucios, ya que algunos órganos judiciales acordaban la diligencia de lanzamiento sin señalar una fecha y hora exactas, tan solo señalaban un plazo, para evitar que estas organizaciones pudieran torpedear el lanzamiento. En estas situaciones, en las que se pueda prever que se intentará dificultar el lanzamiento, será recomendable solicitar que la policía acuda para facilitar el lanzamiento y la seguridad de la comisión judicial y de las demás personas que intervengan[(19)].

Asimismo, la citada DF 5.ª LDV ha modificado el 150.4 LEC, eliminando el consentimiento que se requería para que, al notificar resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se diera traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procedía su actuación.

> Otra de las reformas introducidas por la LDV (apartado cuarto de la Disposición Final 5.ª) en los procesos de desahucio afecta a la suspensión del proceso en situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado que preveía el artículo 441.5 LEC. No obstante, en aras de una mayor claridad expositiva, se tratará en el epígrafe que dedicaremos en exclusiva a la suspensión de los procesos de desahucio motivada por la vulnerabilidad del demandado.

1.3 **Algunas cuestiones problemáticas**

1.3.1 *La acumulación de la acción de reclamación de rentas debidas a la acción de desahucio*

Como sabemos, el juicio verbal de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo legal o contractual tiene naturaleza sumaria (art. 447.2

(19) López Simó, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *op. cit.*, p. 17.

LEC) –así como el resto de juicios verbales sobre la tutela sumaria de la posesión–; de ahí que los motivos de oposición se circunscriban únicamente a «alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación» (art. 444.1 LEC).

A priori, el objeto del proceso de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo del arriendo se limita a la resolución del contrato por dichas causas y a la recuperación de la posesión del inmueble. No obstante, entre las excepciones del artículo 437.4 LEC a la regla general de prohibición de acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales, encontramos que se permite acumular la acción de reclamación de cantidad de las rentas vencidas y no pagadas (con independencia de la cantidad que se reclame) en los juicios de desahucios de finca por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo (art. 437.4.3.ª LEC). En cuanto a la acumulación subjetiva de acciones, no hay limitación alguna siempre y cuando se cumplan los requisitos generales de los artículos 72 y 73.1 (art. 437.3 LEC) (20).

Que el artículo 438.5 –antiguo artículo 440.3 LEC–, cuando se refiere a la oposición, establezca que «[el arrendatario] alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación», significa que el demandado puede formular oposición alegando todos los motivos por los que considera que no se deben las cantidades reclamadas –y proponiendo los medios de prueba que correspondan–.

Así, en la STS Sala 1.ª (Pleno) núm. 1006/2023, de 21 de junio, el TS declara que «[l]a acumulación de la acción de reclamación de cantidad a la acción de desahucio permite alegar y conocer acerca de si se debe o no la cantidad reclamada conforme al contrato, sin que se puedan establecer limitaciones a la cognición de las excepciones al pago invocadas. De esta forma, hay que concluir que el procedimiento pasa a tener la naturaleza plenaria propia de un pleito en el que se reclama el pago de una cantidad, con efectos de cosa juzgada, dada la imposibilidad de escindir los efectos que el conocimiento de la reclamación de rentas puede provocar en el desahucio por impago. En la medida en que la estimación de una excepción al pago puede determinar que la cantidad reclamada no se deba, ello puede dar lugar al fracaso de la acción de desahucio, pues sin impago no hay causa de desahucio» (21). Esto es, no pueden limitarse los motivos de opo-

(20) Artículo 437.4.3.ª *in fine*: «Asimismo, también podrán acumularse las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario previo requerimiento de pago no satisfecho».

(21) *Vid*., también, el comentario que realiza de esta sentencia el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Vela Torres, P., «Los juicios verbales en que se acumulen la acción de desahucio y la acción de reclamación de cantidad no tienen carácter sumario», *Diario LA LEY*, n.º 10379, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2023.

sición en relación con la deuda reclamada aduciendo que son cuestiones complejas que exceden el limitado objeto del juicio verbal de desahucio y remitir al demandado al proceso ordinario plenario que corresponda[22]. Además, ello conlleva que un juicio verbal de desahucio al que se le acumula una acción de reclamación de cantidad por las rentas debidas se convierta en un proceso de naturaleza plenaria. Así pues, la LOEP ha modificado el citado artículo 447 LEC añadiendo un párrafo en el apartado segundo que recoge esta jurisprudencia[23].

> No obstante, al hilo de esta cuestión, queremos precisar el alcance de la cosa juzgada en los juicios de desahucio que sí tienen naturaleza sumaria. Aunque el artículo 447.2 LEC es rotundo[24], la jurisprudencia, desde los tiempos de la LEC de 1881, viene afirmando que aunque el desahucio tenga naturaleza sumaria sí que produce efectos de cosa juzgada en relación con lo que es el propio objeto del juicio de desahucio, por lo efectivamente resuelto en la sentencia que pone fin al proceso, como por aquellas otras cuestiones que pudieron ser discutidas en el marco de dicho proceso, de ahí que las partes no puedan reproducir estas cuestiones en un proceso plenario posterior[25].

---

(22) *Vid*. la SAP de Lugo núm. 387/2016, de 6 de octubre: «el artículo 444.1 debe ser interpretado de forma flexible, en el sentido de que, concurriendo los presupuestos fijados en el artículo 250.1.1.º para acudir a este juicio, cabe dentro de él la alegación o prueba de cualquier circunstancia relativa al cumplimiento o incumplimiento de la obligación de pago, incluida la inexistencia de la obligación de pagar por cualquier motivo, como por ejemplo la falta de realidad del contrato de arrendamiento o su extinción o el previo incumplimiento del arrendador, supuesto en el que habrá de resolverse sobre si las circunstancias por el alegadas justifican la falta de pago de la renta».

(23) «En relación con las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas a la de desahucio producirán efectos de cosa juzgada».

(24) «No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias».

(25) Una sólida crítica realiza Bernardo San José, A., a esta doctrina en *El juicio verbal de desahucio*, *op. cit*., p. 211: «En nuestra opinión, sin embargo, esta postura, completamente contraria a la letra y al espíritu de la LEC, es insostenible. La vigente LEC establece con claridad la ausencia de fuerza de cosa juzgada de las sentencias recaídas en los procesos sumarios y esta particularidad es vinculada expresamente por la misma Ley al carácter sumario de los mismos (art. 447.2 y Exposición de Motivos, epígrafe XII, LEC). Y si las sentencias dictadas en los procesos sumarios carecen de efectos de cosa juzgada, no puede decirse, sin incurrir en una patente contradicción, que dichas sentencias sí producen estos efectos sobre lo efectivamente juzgado (y aquello que pudo serlo), sin que sobre ello quepa volver a debatir en el proceso plenario posterior. ¿Es que acaso la cosa juzgada puede abarcar algo distinto de aquello que fue alegado o que pudo ser efectivamente alegado en el proceso?». En profundidad, *vid*. pp. 207 a 213 de esta monografía.

1.3.2 *Sobre la reconvención*

El juicio verbal es el procedimiento adecuado para ventilar una acción de desahucio, con independencia de si se acumula o no con una acción de reclamación de rentas[26]. Y la regla general en los juicios verbales en relación con la reconvención es que «en ningún caso se admitirá reconvención en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada», admitiéndola para los demás siempre que ello no conlleve «la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal» (438.2 LEC; art. 406.1 y 2 LEC). Si bien, como hemos visto anteriormente, cuando se acumula a la acción de desahucio la acción de reclamación de rentas, el proceso pierde su naturaleza sumaria –y, por lo tanto, su cognición ya no se limita estrictamente al hecho del pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación–, por lo que sí se admite reconvención –claro está, siempre que ésta no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal–.

En el caso particular de la STS núm. 966/2023, de 19 de junio, que versaba sobre el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, se declara que, al igual que en el resto de juicios plenarios[27], no basta su planteamiento como excepción en la contestación a la demanda, sino que requiere que se formule expresamente a través de reconvención.

No obstante, si atendemos al 249.1.6.º LEC, una reconvención de tal naturaleza supondría la improcedencia del juicio verbal, aunque esté claro que la conexión es evidente entre la pretensión de reclamación de rentas y el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pese a ello, el Tribunal Supremo salva este óbice, permitiendo formular reconvención planteando la cláusula *rebus sic stantibus* en un juicio verbal en el que se acumula a la acción de desahucio por falta de pago la acción de reclamación de rentas o cantidades porque «la conexión constituye, en estos casos, el criterio principal para que la reconvención se admita con una doble y fundamental finalidad: por un lado, permitir al demandado una defensa completa; y, por otro lado, concentrar en el juicio verbal de desahucio toda la discusión, evitando la pluralidad de procesos, economizando gastos y esfuerzos, y agilizando lo más posible la resolución definitiva y sin dejar cabos sueltos de la controversia existente entre las partes».

(26) 250.1.1.º, 249.1.6.º y 818.3 LEC.
(27) *Vid*., por ejemplo, SSTS núm. 822/2012, de 18 de enero, y núm. 658/2012, 14 de noviembre.

La no admisión de la reconvención, prosigue el TS, chocaría con los objetivos perseguidos con la reforma de la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en especial con el artículo 440.3 LEC (actual art. 438.5 párrafo primero) que «no establece limitaciones a las razones que puede alegar el arrendatario por entender que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada», dentro de las cuales deben incluirse aquéllas que, como la cláusula *rebus sic stantibus,* deben hacerse valer por vía de reconvención. Y tampoco casaría con la tan ansiada eficiencia, ya que de lo contrario «no le dejaría al demandado más salida que el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* en un juicio declarativo ordinario, lo que no solo contravendría los propósitos de agilización y eficiencia perseguidos por el legislador por antieconómico y retardatario, sino que, al dividir en dos procesos la controversia que se podría resolver en uno solo, resultaría disfuncional y perturbador».

Y en relación con la reconvención, recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia importante, la STS núm. 1070/2024, de 24 de julio. El supuesto de hecho que dio origen a esta sentencia es el de un arrendatario que, después de contestar a la demanda de desahucio, interpone una demanda contra el arrendador en la que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar la suspensión del pago de la renta del contrato de arrendamiento del local, su reducción y su moratoria. Admitida ésta, pide la suspensión del juicio de desahucio por prejudicialidad civil alegando la pendencia de este proceso declarativo ordinario. El Tribunal Supremo a la hora de resolver se refiere a la jurisprudencia constitucional que proscribe cargar al demandado con la obligación de reconvenir en el pleito primario ejercitando todas las acciones posibles relativas al negocio jurídico celebrado con el demandante[28], pero afirma que la situación que se le plantea es distinta. En el procedimiento declarativo que ha iniciado la arrendataria, ésta «no ejercita una pretensión relativa al contrato celebrado por las partes que sea ajena a las pretensiones que se ventilan en el procedimiento de desahucio», sino que «se encuentra en estrecha conexión con el procedimiento de desahucio y con las razones por las que, a su juicio, no debe la renta reclamada, con la consecuencia de que ni procedería el desahucio ni se le podría condenar al pago». Por consiguiente, desestima la petición de suspensión con fundamento en la prejudicialidad civil.

Así pues, con esta sentencia, el Tribunal Supremo está imponiendo al arrendatario demandado la carga de formular reconvención con efectos preclusivos cuando su objeto no sea ajeno a las pretensiones que se ventilan en el procedimiento de desahucio –si no debe en todo o en parte la cantidad reclamada (art. 439.5 LEC)–, porque si esta prosperase, provo-

(28) STC núm. 106/2013, de 6 de mayo.

caría que no pudiera estimarse el desahucio ni la acción de reclamación de rentas debidas. La regla de preclusión que impide que hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un proceso anterior lo sean en uno posterior, conlleva, a su vez, que no impide la formulación de pretensiones en un proceso ulterior si éstas permanecieron imprejuzgadas en el primero; y esto último es lo que el TS declara que en un supuesto de esta naturaleza no opera. CORDÓN MORENO, al analizar esta resolución, saca a colación jurisprudencia relacionada del TS «que había excluido la preclusión de la reconvención cuando la acción en ella ejercitada tenía una finalidad distinta de la acción principal» [(29)]; no obstante, en este supuesto, en la demanda que funda el ulterior proceso operaría la aplicación del principio de preclusión porque sí coincidía la finalidad, que sería la desestimación de la acción de desahucio y de la acción de reclamación de rentas debidas.

1.3.3 *Discrepancias en la cantidad a pagar o consignar para enervar el desahucio*

Como ya hemos comentado, en los procesos de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas, tras el requerimiento, en un plazo de diez días, si el demandado pretende la enervación debe realizar un pago enervador del desahucio. Y aunque el demandante haya afirmado previamente en la demanda que en dicho caso la enervación no ha lugar, la alegación por parte del demandado de cualquier circunstancia relativa a la enervación se ha de realizar en el escrito de oposición (art. 438.5 LEC). Si el demandante se opone a la enervación, se citará a las partes a la vista del artículo 443 LEC y resolverá con sentencia declarando enervada la acción o estimando la pretensión de desahucio (art. 22.4 LEC). Aunque exista discrepancia entre actor y demandado, ello no permite que este último realice con posterioridad el pago enervador, sino que el pago o consignación debe realizarse en el momento inicial del proceso –aunque sea inferior a lo reclamado– y si hubiera disconformidad entre las partes, ya sea porque el demandante considera que no procede la enervación del desahucio o porque las cantidades reclamadas no coincidan con las que el demandado reconoce como debi-

(29) «(…) la racional interpretación del artículo 400 citado exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada; y esta circunstancia es la que ha tenido lugar en el presente pleito» (STS de 16 de mayo de 2007, RJ 2007/3555). Cordón Moreno, F., «De nuevo sobre el juicio de desahucio en el que se acumula la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas», *Gómez-Acebo & Pombo*, 30 de septiembre de 2024, https://ga-p.com/publicaciones/de-nuevo-sobre-el-juicio-de-desahucio-en-el-que-se-acumula-la-accion-de-reclamacion-de-rentas-o-cantidades-debidas/.

das, se celebrará una vista para que el juez decida sobre su procedencia (STS núm. 576/2019 de 5 de noviembre).

Por lo tanto, aunque la literalidad de la ley, artículo 22.4 LEC, disponga que la enervación requiere el pago o la puesta a disposición del actor en el tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, del importe de las *cantidades reclamadas* en la demanda y de las que adeude en el momento de dicho pago enervador, el propio artículo 22.4 LEC, anteriormente, dispone que «el pago de las rentas o cantidades *debidas*» provocarán la terminación del proceso y, también, el artículo 438.5 LEC dispone que el actor «en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que *deba*». Lo lógico es que el criterio relevante para resolver cualquier discrepancia sean las cantidades efectivamente debidas y no el *importe reclamado en la demanda* –lo que coadyuva, también, a evitar que las partes obren al respecto con mala fe– [(30)].

2. DESAHUCIO POR PRECARIO (ART. 250.1.2.º LEC)

La LEC prevé como una modalidad con ciertas especialidades de juicio verbal el proceso de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC: «las [demandas] que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca»). En la LEC del 1881, los procesos de desahucio por precario eran de naturaleza sumaria, no obstante, la LEC del 2000, en el artículo 447, no recoge el desahucio por precario entre los juicios verbales de desahucio de naturaleza sumaria, cuyas sentencias no tienen efectos de cosa juzgada. En el propio Preámbulo de la LEC se explica que «la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad» [(31)]. En consecuencia, y a diferencia de lo previsto para otros juicios de desahucio (art. 444 LEC), no se prevé límite alguno a las posibilidades de alegación y prueba para el proceso de desahucio por precario, lo que significa que en dicho proceso se puede discutir cualquier cuestión que afecte al título ocupacional que

(30) Cordón Moreno, F., «Cantidad que el arrendatario debe pagar o consignar para enervar la acción de desahucio», *Gómez-Acebo & Pombo*, 28 de julio de 2022, https://ga-p.com/publicaciones/cantidad-que-el-arrendatario-debe-pagar-o-consignar-para-enervar-la-accion-de-desahucio/.

(31) Apartado XII.

pueda alegar el demandado para justificar la posesión del inmueble controvertido. Eso sí, en el proceso de juicio verbal de desahucio por precario su objeto se limita al conocimiento, aunque con cognición plena, a una acción posesoria, por lo que el análisis de cualquier derecho real o de carácter personal que justifiquen su validez y eficacia se hará a efectos meramente prejudiciales para resolver única y exclusivamente sobre la posesión del inmueble.

> Las siguientes sentencias son ilustrativas al respecto. La SAP de Girona núm. 423/2017, de 2 de noviembre: «En consecuencia, firmado el carácter plenario del desahucio por precario, cabe discutir en su seno todas aquellas cuestiones que afecten o se refieran al título ocupacional, que pueda esgrimir o alegar el demandado para justificar su situación posesoria, sin que proceda invocar la existencia de complejidad que provoque la desestimación de la demanda». Y la SAP de Sevilla núm. 271/2015, de 3 diciembre, en la que no es que se aplique un límite a las posibilidades de alegación en el seno de un juicio de desahucio por precario, sino que se declara lo inadecuado del procedimiento y se remite al proceso ordinario que corresponda porque la naturaleza de la acción realmente ejercitada no era posesoria, sino reivindicatoria: «Es decir, que no se trata en realidad de una discusión sobre el derecho a poseer, sino sobre la propiedad del semisótano, con lo que se está utilizando el precario para reivindicar una parte de la finca que está siendo poseída de hecho y a título de dueño por la parte demandada desde hace más de treinta años.... Por lo tanto, visto que no se trata de recuperar la posesión perdida, deberá ser en un juicio contradictorio en el que se examinen los títulos invocados por cada uno de los litigantes, y se determine la preferencia de uno sobre otro ya que no es posible establecer si la parte actora adquirió por usucapión la finca puesto que le está vedado formular petición al respecto en este juicio».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el marco del juicio verbal de desahucio por precario, ha utilizado un concepto de precario muy amplio. Así, la STS núm. 134/2017, de 28 de mayo, lo define, recogiendo jurisprudencia consolidada de la Sala 1.ª, como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho». Es decir, el precario no se circunscribe a aquellos supuestos en los que la posesión del inmueble ajeno deriva de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o de aquel que ostenta el derecho a disfrutarla –y, por lo tanto, puede poner fin al precario cuando desee–;

sino que también abarca todos aquellos supuestos en los cuales la posesión es ilegítima o sin título[32].

Los presupuestos necesarios para que prospere la acción de desahucio por precario, atendiendo a la jurisprudencia consolidada[33], son: que el demandante tenga un título en concepto de dueño, usufructuario o cualquier otro título que le dé derecho a disfrutar del inmueble; que el demandado detente la posesión material del inmueble sin título que la justifique –y ello entendido en sentido amplio, cualquier posesión ilegítima sin título como en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez– y, también, en todo caso, sin pagar renta o merced[34]; y, por último, la clara identificación de la finca (para que la recuperación posesoria que se solicite y, en su caso, pueda obtenerse, llegue a hacerse efectiva, sin dificultad alguna).

---

(32) Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia núm. 703/2018, de 25 octubre: «en cuanto al tema del alcance del concepto de precario a la vista de la redacción dada por la LEC de 2000 al artículo 250.1.2.º, ya hemos dicho que cuando el precepto se refiere a finca 'cedida en precario' no está modificando el concepto de precario sino simplemente utilizando un giro gramatical que no afecta a la delimitación de la institución. [/]Pensemos que la única mención legal explícita al 'precario' es la de la ley procesal, pues ni siquiera el Código Civil, al definir la institución utiliza la expresión de precario. [/]Sobre la base del artículo 1.750 del Código Civil, sin embargo, la jurisprudencia ha construido un concepto amplio y claramente definido del precario, que comprende no sólo las situaciones en que se parte del consentimiento del titular de la finca, sino cualquiera otra en que éste se vea privado de su legítima posesión por cualquier causa. [/] En base a ello, la dicción de la ley procesal no altera el concepto material de la expresión 'precario'». Igualmente, esta misma Audiencia, en su sentencia núm. 731/2018, de 17 de diciembre, declara «que el precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia; concepto de creación jurisprudencial a partir de los términos del derogado artículo 1565.3 LEC 1881, que no se reduce a la noción estricta del precario en el Derecho Romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida por liberalidad del titular, como la posesión tolerada (que no tiene su origen en un acto de concesión graciosa) y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido vigencia, teniendo todos estos supuestos en común, la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa, de forma que, lo que se puede discutir y resolver es acerca del derecho a poseer, aunque vía acumulación o reconvención, pueden conocerse otras cuestiones que puedan ser debatidas en un juicio verbal (con los requisitos y garantías del artículo 348 LEC)».

(33) Entre otras, *vid*. SSTS núm. 502/2021, de 7 de julio y núm. 605/2022, de 16 de septiembre; y SSAP de Barcelona núm. 379/2018, de 1 de junio y de Badajoz núm. 381/2020, de 11 de junio.

(34) Recogiendo jurisprudencia de la propia Sala 1.ª del TS, *vid*. la STS núm. 110/2012, de 28 de febrero: «no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler»; «la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que existe una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos»; y «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga...».

Tampoco procederá el desahucio por precario si el demandado posee el inmueble en virtud de comodato (STS núm. 443/2010, de 14 de julio).

Si bien la carga de probar el título de dueño, usufructuario o de cualquier otro derecho que le faculte poseer recaerá sobre el demandante, la prueba de la existencia de un título que ampare la posesión del demandado o que concurre el pago de renta o merced corresponde a la parte demandada[35].

La amplitud que ha validado la jurisprudencia del concepto de precario ha hecho que este juicio verbal de desahucio por precario haya sido una vía válida para hacer frente a los supuestos de ocupación ilegal de viviendas. Cauce que ha seguido siendo utilizado, incluso, tras la aprobación de la Ley 5/2018 que introduce un cauce específico de interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente (art. 250.1.4.º párrafo segundo LEC), conocido popularmente como *desahucio exprés de okupas*. El propio preámbulo de la ley declaraba que el desahucio por precario «plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante». De ahí que fuera razonable pensar que el cauce del 250.1.2.ºLEC se limitase *stricto sensu* a supuestos de vivienda *cedida en precario*[36]. Sin embargo, el devenir no ha sido este, sino que el juicio verbal de desahucio por precario en la práctica forense continúa utilizándose como un procedimiento apto para recuperar la posesión de una vivienda en supuestos de ocupación ilegal[37]. Vía que ha sido validada por la jurisprudencia mayoritaria, que opta por no estimar una excepción de inadecuación de procedimiento en los procesos de desahucio por precario ni establecer la obligatoriedad de acudir al nuevo cauce procedimental[38]. Es más, otra razón por la que el juicio por precario se sigue utilizando para hacer frente a las ocupaciones es que el procedimiento del artículo 250.1.4.º párrafo segundo LEC se limita, objetivamente, a la desocupación de una vivienda y, subjetivamente, la legitimación activa a personas físicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades públicas. Aun así, tal vez, la LOEP ayude a revertir esta tendencia; la exclusión de la aplicabilidad del requisito de procedibilidad a

(35) STS núm. 605/2022, de 16 de septiembre.

(36) De hecho, autores como Villamarín López, M. L., en *El juicio verbal y sus especialidades*, *op. cit.*, p. 145, así lo sostenían.

(37) López Simó, F., «Las reformas introducidas en el procedimiento de "desahucio exprés de okupas" por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 24, 2023, pp. 95 a 96 y nota 9.

(38) *Vid*., entre otras, SSAP de Barcelona núm.1169/2019, de 18 de diciembre; núm. 462/2020, de 9 de junio; núm. 425/2023, 21 de julio; núm. 337/2024, de 22 de enero. También, las SSAP de Madrid núm. 494/2019, de 17 de octubre; de Toledo núm. 694/2022, de 8 de junio; de Valencia núm. 538/2023, de 21 de diciembre.

los procesos del artículo 250.1.4.º LEC y su exigencia para el desahucio por precario podrá suponer un incentivo más para recurrir en estos casos a la vía específica del *desahucio exprés de okupas*.

> Esta controversia ha llegado al Tribunal Supremo, pero éste nunca ha llegado a resolver al respecto porque se planteaba vía recurso de casación, cuando esta cuestión no podía ser objeto del mismo por ser el 250.1.2.º LEC un precepto de naturaleza procesal (por ejemplo, *vid*. ATS núm. 3562/2019, de 9 de septiembre). Una magnífica síntesis de la cuestión, y de la tesis mayoritaria, la expone la SAP de Barcelona núm. 349/2020, de 19 de mayo[(39)]: «Es cierto que, al respecto, pueden surgir nuevas dudas sobre esta materia después de que la Ley 5/2018 de 11 de junio de modificación de la LEC, que crea a favor de las personas físicas un procedimiento interdictal de recuperación inmediata del inmueble, manifieste en su Exposición de Motivos que "El cauce conocido como "desahucio por precario" plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante". [/] Pero el Tribunal Supremo, deslindando el ámbito de la casación civil, ha rechazado reiteradamente entrar a resolver la discrepancia existente entre Audiencias en relación con la idoneidad del artículo 250.1.2 de la L. E. C. para acoger las reclamaciones derivadas de la privación de la posesión sin que previamente haya mediado una cesión del propietario. Señala el Alto Tribunal que no constituye objeto de casación la revisión de normas de contenido procesal, y que dilucidar el sentido de la expresión 'cedida en precario' es cuestión estrictamente procesal. Autos TS 30.1.2019 (recurso 3348/16) y 15.7.2015 (recurso 1193/14). [/] Es decir, esta doctrina nos está indicando claramente que el artículo 250.1.2 de la L. E. C. no es relevante a la hora de definir y determinar el concepto civil de precario, autónomo de la regulación procesal. El concepto sustantivo de precario se define fuera del artículo 250.1.2 de la L. E. C. Y tanto es así que el precepto lo único que dice es que la finca haya sido cedida 'en precario' sin determinar en qué consiste éste, que viene definido por la jurisprudencia. La Audiencia de Barcelona no ha acogido la interpretación limitativa, al entender que no está restringiendo el concepto de precario, que queda indeterminado (o en blanco) en dicho precepto, debiendo integrarse con el concepto civil sustantivo.[/] Lo expuesto nos conduce, pues, a entender que la expresión cedida en precario que utiliza la L. E. C. no va más allá de ser una fórmula gramatical, más o menos precisa y acertada, con la que el legislador procesal designa un tipo de proceso por la materia para el ejercicio de la acción de desahucio por precario (acción cuyo contenido material viene

(39) Sentencia utilizada como referencia, también, al tratar esta cuestión, por Fuentes-Lojo Rius, A. (Coord.), *Desahucios paso a paso. Guía práctica sobre el proceso de desahucio en los diferentes supuestos*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 22 y 23.

> fijado por el Código Civil y la jurisprudencia).[/]Cualquier titular de derecho podrá acudir a cualquiera de las vías procesales que detallábamos al principio de este fundamento de derecho segundo. [/]Por lo tanto, entendemos que cabe el ejercicio de la acción del artículo 250.1.2 de la L. E. C. en cualquier caso de ocupación ilegítima, tenga origen tolerado o no».

Con todo, éste no ha sido el único problema en relación con la adecuación del procedimiento de juicio verbal de desahucio por precario, ya que este proceso se venía utilizando también para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Pleno, núm. 771/2022, de 10 de noviembre)[(40)] ha declarado que, si el adjudicatario de la vivienda en el proceso de ejecución hipotecaria pretende recuperar la posesión, tendrá la obligación de instar el lanzamiento del deudor, como acto propio de ejecución, en el mismo proceso de ejecución. Aunque el párrafo segundo del artículo 675.2 LEC dispone que el adquirente podrá solicitar el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble y, transcurrido dicho plazo, la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda; el Tribunal Supremo clarifica que esta posibilidad solo se «se circunscribe a los ocupantes del inmueble, que no tengan la condición de deudores hipotecarios, ya sean arrendatarios u ocupantes de hecho».

Ciertamente, lo que pretendía el Tribunal Supremo es evitar que se utilizase el proceso de desahucio por precario como medida para sortear la protección de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables establecida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social[(41)].

En cambio, sí que será posible que un tercero ajeno al proceso de ejecución hipotecaria –cuyo título provenga de una transmisión onerosa realizada al margen o extramuros del procedimiento hipotecario– recurra al juicio de desahucio por precario. Ahora bien, el deudor hipotecario podrá seguir ha-

---

(40) Un análisis exhaustivo de esta sentencia nos ofrece Bernardo San José, A., en «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* [Dir. Yzquierdo Tolsada, M.], núm. 14, AEBOE y Dykinson, Madrid, 2022.

Tesis jurisprudencial confirmada por las SSTS núm. 515/2023, de 19 de abril; núm. 999/2023, de 20 de junio; núm. 1217/2023 (Pleno), de 7 de septiembre; y núm. 1518/2023, de 2 de noviembre.

(41) Y recordemos que, una medida que tenía carácter excepcional y temporal, la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables, mediante el Real Decreto Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, que ha entrado en vigor el 15 de mayo de 2024, ha extendido su vigencia hasta mayo de 2028, nada más y nada menos que «quince años desde la entrada en vigor de esta ley».

ciendo valer su derecho a mantener la posesión del inmueble si en el proceso de ejecución se hubiese aprobado la suspensión del lanzamiento en virtud de la Ley 1/2013; si tal incidente estuviese pendiente de resolución, aplicando el juez que conozca del proceso de precario las reglas de prejudicialidad civil del artículo 43 LEC; o, si en el proceso de ejecución no se hubiese promovido tal suspensión, al ser el desahucio por precario un proceso plenario, podrá debatirse y resolverse la aplicación de dicha suspensión como cuestión de fondo.

En cuanto a las especialidades en la tramitación del desahucio por precario, hay poco que decir. Al configurarse como un proceso de naturaleza plenaria, el precarista podrá formular reconvención siempre que «no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal» (art. 438.2 párrafo segundo LEC). Tampoco se prevé especialidad alguna para la celebración de la vista ni para la sentencia –salvo que, por constituirse como un proceso plenario, la sentencia producirá efectos de cosa juzgada–. Y en relación con los recursos, como es obvio, no será necesario acreditar el pago de rentas vencidas y las que se deban pagar por adelantado para que el recurso de apelación o casación sea admitido (art. 449 LEC), ya que, aunque éste sea un proceso que lleva aparejado el lanzamiento, no hay renta alguna a pagar debido a la propia idiosincrasia del precario.

La posibilidad de instar la solicitud de ejecución de lanzamiento en el propio escrito de demanda de desahucio, aún en fase declarativa, para la ejecución directa de la sentencia, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia, se limitaba a los desahucios por falta de pago de la renta o por expiración del plazo. Ahora, tras la modificación realizada por la LDV, dicha posibilidad se extiende a todos los tipos de desahucio y, por ende, al desahucio por precario (art. 549.3 LEC), por lo que se excepciona la regla general del artículo 548 LEC que impone un plazo de veinte días tras la firmeza de la condena para despachar ejecución.

3. SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y/O SOCIAL DEL DEMANDADO

3.1 **La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC**

El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, introdujo un nuevo apartado 5 en el artículo 441 LEC en el que se preveía la comunicación de la existencia del

procedimiento a los servicios sociales y, si éstos determinaran la vulnerabilidad social y/o económica del hogar afectado, debían notificar tal extremo de inmediato al órgano jurisdiccional. En este caso, el LAJ suspendía el procedimiento hasta que se adoptaran las medidas que los servicios sociales estimasen oportunas por un plazo máximo de un mes desde la comunicación de los servicios sociales al juzgado o de tres meses cuando el demandante fuera persona jurídica.

No obstante, este régimen de suspensión ha sido modificado notablemente por la Disposición Final 5.º (apartado cuarto) LDV. Primeramente, la suspensión estaba suscrita a los procesos de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo del arriendo (art. 250.1, núm. 1.º LEC); ahora, se amplía su alcance a los juicios verbales de los núms. 2.º, 4.º, y 7.º del artículo 250.1 LEC –por lo tanto, al que es también objeto de este capítulo, el desahucio por precario–. Como hemos visto, anteriormente, la suspensión era automática, el LAJ suspendía el procedimiento cuando el órgano jurisdiccional recibía la comunicación de los servicios sociales en la que se declaraba la situación de vulnerabilidad. En cambio, actualmente, la suspensión es adoptada por el tribunal a través de auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones públicas competentes y de las alegaciones de las partes, atendiendo a si es necesaria tal suspensión para que se adopten las medidas propuestas por la Administración. Esta decisión, además, se debe fundar en una valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta también una posible situación de vulnerabilidad en la parte demandante[42] [43]. Asimismo, el apartado 7 del artículo 441 recoge unos parámetros objetivos para que el tribunal pueda apreciar la situación de vulnerabilidad económica[44]. No obstante, por razones de urgen-

(42) *Vid*. artículo 441.7 LEC.

(43) Una de las pocas modificaciones de carácter procesal operada por la LDV que consideramos que puede calificarse como un cambio *a mejor*.

(44) El nuevo apartado 7 del artículo 441 LEC, introducido por la Disposición final 5.ª, apartado cuarto, recoge unos parámetros objetivos para apreciar tal vulnerabilidad económica: «...el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).

b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.

d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acredita-

cia, el LAJ, recibida por el tribunal la comunicación de las Administraciones públicas competentes manifestando que el afectado se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tras dar traslado a las partes para que hagan las alegaciones que correspondan, suspenderá la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento «de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas» (art. 441.5 *in fine* LEC).

Por último, los plazos de suspensión del procedimiento se amplían: de uno a dos meses si el demandante es una persona física y de tres a cuatro si es una persona jurídica; aunque deberá alzarse la suspensión de forma automática una vez adoptadas las medidas por las Administraciones públicas competentes.

Recapitulando –y en síntesis–, el incidente de suspensión del artículo 441 LEC opera del modo que relataremos a continuación. En estos procesos, si el inmueble controvertido es la vivienda habitual del demandado, se informará a éste de la posibilidad de acudir a las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Al mismo tiempo, se comunicará de oficio por parte del tribunal de la existencia del procedimiento a dichas Administraciones públicas para que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, si esta concurre, presentar al tribunal una propuesta de vivienda alternativa en alquiler social junto con otras medidas de atención inmediata, incluidas ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada. Si las Administraciones públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, lo notificarán al tribunal inmediatamente y, en todo caso, en un plazo máximo de 10 días. Una vez el tribunal haya recibido la comunicación de la Administración pública o haya trascurrido el plazo para ello, el LAJ dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días realicen las alegaciones que consideren convenientes, suspendiendo la celebración de la vista o el lanzamiento si fuera necesaria tal suspensión debido a su proximidad temporal. Recibidas las alegaciones de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto.

---

damente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo».

Del mismo modo, se dispone que para apreciar vulnerabilidad social el tribunal «podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad».

Ilustrativa es la opinión que vertió el CGPJ en *el Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*: «La Disposición Final Quinta de modificación de la LEC tiene, también, una farragosa regulación, susceptible de no pocos conflictos a decidir en sede jurisdiccional civil. Se "carga" al propietario –que puede ser persona física igualmente vulnerable–, y no a la Administración, con el costo de mantener la ocupación, normalmente arrendaticia sin pago de renta alguna, es decir ahora en precario, durante un largo período. Realmente, la normativa analizada no hace sino generalizar las situaciones y la regulación a que dio lugar la excepcional situación derivada de la pandemia contenida en los Reales Decreto-ley 11/2020 de 31 de mayo y 16/2021 de 3 de agosto que ahora se proyecta sobre todos los procesos verbales del artículo 250.1.1.º, 2.º, 4.º y 7.º susceptibles de ocasionar el lanzamiento de la vivienda habitual del demandado. Es el propietario privado quien soporta el derecho de su incumplidor inquilino al disfrute de una vivienda digna y adecuada, en este caso del derecho a la conservación gratuita del inquilinato, contrato estructuralmente oneroso». Y al referirse a los plazos dispuesto para efectuar las correspondientes comunicaciones a las Administraciones públicas competentes –junto con los plazos de gracia para el lanzamiento–, declara que conllevarán «amplias dilaciones adicionales, tiempos muertos procesales fatalmente derivados de la propia mecánica de funcionamiento de nuestros tribunales, que pueden convertir aquel en un trámite muy costosa, con consiguiente desincentivación de la puesta en el mercado de viviendas de alquiler»[(45)].

3.2 **Suspensión extraordinaria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional**

3.2.1 *En el supuesto de desahucio por falta de pago o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo*

Con ocasión de la pandemia de COVID-19, se declaró el estado de alarma en nuestro país el 14 de marzo de 2020, que fue prorrogado en varias ocasiones y concluyó a las 00:00 del día 9 de mayo de 2021. Además de medidas para afrontar los efectos sanitarios de la pandemia, se adoptaron también una batería de medidas de carácter social y económico cuya vigencia se vinculaba a la crisis sanitaria y al estado de alarma. En lo que aquí nos interesa, el Real Decreto 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, entre otras, aprobó en su artículo 1 una suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos

(45) Pp. 46 y 47.

para hogares vulnerables sin alternativa habitacional, medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, art. 72). En materia de vivienda, llevamos un cúmulo de medidas extraordinarias y temporales[46] que, realmente, se están convirtiendo, más bien, en ordinarias y atemporales; respecto a la suspensión que aquí tratamos, no puedo sino suscribir enteramente la reflexión de CORTÉS DOMÍNGUEZ: «...si sigue prorrogándose, no puede suponer de hecho ni de derecho una especie de enervación especial de la acción de desahucio, pues se eliminaría de forma continuada uno de los derechos que surgen para el arrendador de la relación jurídica arrendaticia, sea aquel persona física o jurídica, por lo que, en su caso, debe contener, cuando menos, para evitar la expropiación de derechos ilegítima, medidas de resarcimiento y de protección, por otras vías, de los derechos esenciales del arrendador, como son el de percibir el canon arrendaticio y el de resolver los contratos que se incumplen por el arrendatario»[47]. Como medida de resarcimiento al arrendador, se ha establecido que los que se vean afectados por esta suspensión extraordinaria podrán solicitar una compensación hasta el 31 de enero de 2026 (Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes).

> En el supuesto del artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2020 tendrán derecho a solicitar una compensación en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna si no se hubieran adoptado tales medidas. En el supuesto del artículo 1 bis tendrán derecho a solicitar una compensación si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento

(46) Así, la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables, introducida por la Ley 1/2013 con carácter extraordinario y temporal, tras múltiples prórrogas, ha extendido su vigencia en la última de éstas hasta los *quince años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013* (*vid. supra* nota 41).

(47) Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 136.

les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble [48].

Así pues, y con independencia de la suspensión del artículo 441 LEC [49], en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o sobre la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la LAU en los que se pretenda recuperar la posesión de la finca, el demandado arrendatario podrá instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

Tal incidente de suspensión se puede instar, aunque no haya fecha de lanzamiento, ya sea porque no hubiese concurrido el plazo de diez días del artículo 438.5 LEC o porque todavía no se ha señalado o celebrado la vista (art. 1.1 párrafo segundo Real Decreto-ley 11/2020).

La vulnerabilidad económica a estos efectos viene determinada por la concurrencia de los requisitos del artículo 5.1 Real Decreto-ley 11/2020:

a) Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:

i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).

ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.

iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

---

(48) *Vid*., además de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 37/2020, sobre el procedimiento para dicha solicitud, el artículo 3 del Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

(49) *Vid*. *supra* epígrafe 3.1.

iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

v. En el caso de que la persona obligada a pagar la renta arrendaticia sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.

b) Que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. A estos efectos, se entenderá por «gastos y suministros básicos» el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario.

> Unidad familiar será aquella compuesta por la persona que adeuda la renta arrendaticia, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda (art. 5.2 Real Decreto-ley 11/2020).

Si concurren las circunstancias que acabamos de transcribir, deberá acreditarse tal vulnerabilidad mediante la aportación de la documentación prevista en el artículo 6.1 Real Decreto-ley 11/2020:

a) En caso de situación legal de desempleo, mediante certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

b) En caso de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado.

c) Número de personas que habitan en la vivienda habitual:

i. Libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho.
ii. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
iii. Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

d) Titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad familiar.
e) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según este real decreto-ley.

Una vez presentada la solicitud de suspensión junto con la documentación que acredita la situación de vulnerabilidad económica, el LAJ dará traslado de la misma al demandante, el cual dispondrá de un plazo máximo de 10 días para acreditar, por los mismos medios, que se halla de igual modo en una situación de vulnerabilidad económica como la descrita en el artículo 5.1.a o, si se adopta la medida de suspensión del lanzamiento, en riesgo de situarse en ella. Tras ello, el LAJ trasladará estos escritos a los servicios sociales a efectos de que informen en el plazo máximo de diez días sobre la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, además de identificar las medidas a aplicar por la administración competente[50].

El tribunal, a la vista de la documentación presentada por el arrendatario o por el arrendador y arrendatario, junto con el informe de los servicios sociales, acordará la suspensión del lanzamiento si se acredita la situación de vulnerabilidad económica del arrendatario –siempre y cuando no deba prevalecer la vulnerabilidad del arrendador–. En el caso de que se acuerde la suspensión, antes de la conclusión del plazo máximo, la administración pública competente deberá adoptar las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad. Tras la aplicación de las mismas, la administración competente deberá comunicarlo de forma inmediata al tribunal, procediendo el LAJ a dictar en el plazo máximo de tres días decreto levantando la suspensión del procedimiento.

(50) Con la mera solicitud de suspensión por razón de vulnerabilidad económica o por la presentación de escrito alegando dicha situación se presume el consentimiento del arrendatario para realizar la comunicación a los servicios sociales prevista en el artículo 150.4 LEC (art.1.5 Real Decreto-Ley 11/2020).

El auto que suspenda el procedimiento en el proceso de desahucio –es decir, en fase declarativa– no constituye una resolución definitiva que ponga fin al proceso, por lo que dicha resolución solo será recurrible en reposición (art. 452.2 LEC), sin que pueda interponerse apelación contra el auto que lo resuelve (art. 454 y 455) (51). En cuanto a la recurribilidad de la resolución que acuerde la suspensión del lanzamiento –es decir, en fase de ejecución–, al igual que con las suspensiones de las ejecuciones hipotecarias al amparo de la Ley 1/2013, tampoco podrá recurrirse en apelación (art. 562 y ss. LEC) (52).

3.2.2 *En el supuesto de desahucio por precario*

Aunque, *ab initio*, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, no contemplaba la suspensión para otros juicios de desahucio, se extendió tal posibilidad a través de un nuevo artículo 1 bis introducido por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, para los supuestos de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC), los juicios verbales de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4 LEC), el juicio verbal de efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC) y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un proceso penal. Asimismo, la última prórroga de la vigencia de esta suspensión es la operada por el Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, que ha extendido, a pesar de su carácter temporal y extraordinario, la vigencia de esta medida hasta el 31 de diciembre de 2025.

Para que puedan operar en estos supuestos la suspensión del artículo 1 a la que nos acabamos de referir, deberá tratarse de viviendas que pertenezcan bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

(51) AAP de la Rioja núm. 104/2023, 21 de diciembre, que recoge también jurisprudencia consolidada de las Audiencias Provinciales de Valencia y Barcelona.

(52) AAP de Barcelona núm. 31/2021, de 29 de enero.

Como vemos, el ámbito de protección para estos procedimientos, en comparación con la suspensión aplicable a los desahucios por impago de rentas o cantidades debidas o por expiración del plazo contractual, es bastante más reducido. Veámoslo. Para que pueda operar la suspensión en estos procesos, la vivienda deberá pertenecer a personas jurídicas o a personas físicas que sean propietarias de más de diez viviendas. No es suficiente que concurra un supuesto de vulnerabilidad económica, sino que, además, debe habitar en la vivienda una persona dependiente, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad[53]. Otra diferencia es que la suspensión para los desahucios por impago de renta o por expiración del plazo puede operar tanto en el proceso declarativo como en el ejecutivo; en cambio, en los demás supuestos (art. 1 bis) no podrá suspenderse la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, la ejecución, esto es, el lanzamiento[54].

Del mismo modo al explicado en el epígrafe anterior, para acreditar la situación de vulnerabilidad, la parte demandada o investigada deberá presentar los documentos especificados en el artículo 6.1. El LAJ trasladará dicha documentación al demandante o denunciante y servicios sociales, pero aquí no se prevé la posibilidad de oponer la vulnerabilidad del propietario –lo que es, cuando menos, criticable–.

La Ley hace hincapié en que, además de las otras circunstancias que procedan, el tribunal a la hora de decidir sobre la procedencia o no de la suspensión, deberá recurrir a la ponderación del caso concreto y a criterios de proporcionalidad para valorar si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de extrema necesidad –valorando en concreto para ello el informe de los servicios sociales– y si los habitantes de la vivienda cooperan con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para obtener una alternativa habitacional. Así

(53) En este sentido, *vid*. SAP de Navarra núm. 694/2024 de 23 mayo: «Las medidas de protección para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal, contempladas en el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo de 2020 (RCL 2020, 524, 574) objeto de sucesivas modificaciones, la última por Real Decreto-ley 8/2023 de 27 de diciembre (RCL 2023, 2293) que prorroga la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento para hogares vulnerables hasta final de este año 2024, *se aprobaron en definitiva para aquellos hogares vulnerables que se enfrenten a procedimientos de desahucio de su vivienda habitual, incluidos aquellos hogares afectados por procedimientos de lanzamiento de su vivienda habitual, que no se deriven de contratos de arrendamiento, cuando existan personas dependientes, víctimas de violencia sobre la mujer o menores de edad a cargo*» (las cursivas son nuestras). Asimismo, entre otras, SSAP de Barcelona núm. 218/2022, de 25 marzo; y de Jaén núm. 1330/2023 de 11 diciembre.

(54) SSAP de Barcelona núm. 218/2022, de 25 marzo; de Barcelona núm. 445/2023, 20 de septiembre; de Jaén núm. 1330/2023, de 11 diciembre.

pues, el tribunal dictará, si procede, auto acordando suspensión hasta el 31 de diciembre de 2025.

En todo caso, no procederá la suspensión si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar (art. 1 bis apartado 7):

a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario.

b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas.

d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

e) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley –esto es, 2 de abril de 2020–.

Asimismo, en el caso de que se acuerde la suspensión, antes de la conclusión del plazo máximo, la Administración pública competente deberá adoptar las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad. Tras la aplicación de las mismas, la Administración competente deberá comunicarlo de forma inmediata al tribunal, procediendo el LAJ a dictar en el plazo máximo de tres días decreto levantando la suspensión del procedimiento y el correspondiente lanzamiento.

3.2.3 *Reanudación de los procedimientos suspendidos en virtud del Real Decreto-ley 11/2020*

Los procedimientos de desahucio y lanzamientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 se reanudarán automáticamente una vez finalice el plazo de suspensión: «el auto que fije la suspensión señalará expresamente que el 31 de diciembre de 2025 se

reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 [ahora art. 438.5] de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso» (art. 1.4 Real Decreto-ley 11/2020). Aunque lo ideal sería que ya se hubiera levantado tal suspensión previamente por haberse adoptado las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad antes de la conclusión del plazo máximo.

Ahora bien, en los casos en los que el demandante sea un gran tenedor de vivienda[55], según lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, solo se reanudarán a petición expresa de la misma, siempre y cuando acredite que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación introducido en el artículo 439.7 LEC a través de la propia LDV (Disposición final 5.ª) –que, recordemos, ha sido declarado inconstitucional– [56]. Este requisito podrá acreditarse en los mismos términos que cuando opera como requisito de procedibilidad (art. 439.7 LEC): con una declaración responsable de la propia parte actora de que ha acudido a los servicios de conciliación o intermediación, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la solicitud de reanudación del trámite o alzamiento de la suspensión, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud –presentando a su vez el justificante acreditativo de la misma–; o mediante la presentación del documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento –documento que no podrá tener una vigencia superior a tres meses– [57].

Realmente, con esta regla se está aplicando retroactivamente una norma procesal (el nuevo requisito de procedibilidad de las demandas de desahucio, art. 439.7 LEC) a procesos iniciados con anterioridad y que fueron suspendidos al amparo del Real Decreto-ley 11/2020. Difícil justifi-

---

(55) La LDV define la condición de gran tenedor como la *persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros*, definición que puede ser más estricta si así se prevé en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, alcanzando para este caso tal condición aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dichos entornos, siempre que lo motive la correspondiente Comunidad Autónoma en la memoria justificativa de dicha declaración (art. 3.k LDV).

(56) O, si el demandante fuera una entidad pública de vivienda, si han actuado los servicios específicos de intermediación de la propia entidad.

(57) Si la empresa arrendadora fuera una entidad pública de vivienda, el requisito se tendrá por cumplido con la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, lo que se acreditará del mismo modo que acabamos de explicar.

cación con base en criterios de proporcionalidad tiene excepcionar la regla general de que las normas procesales civiles nunca serán retroactivas (art. 2 LEC). Compartimos la firmeza con la que LÓPEZ SIMÓ critica esta medida: «no resulta para nada sencillo justificar que alguien, por más que se trate de un gran tenedor (que, no se olvide, en un entorno de mercado residencial tensionado puede ser una persona que sea titular de cinco inmuebles urbanos de uso residencial), que ha visto cómo su procedimiento de desahucio se suspendía *ex lege* hasta el 31 de diciembre de 2023 [ahora 31 de diciembre de 2025] por una causa de fuerza mayor (la pandemia provocada por el COVID-19, la guerra de Ucrania o la actual dinámica inflacionista), ahora, para que se reanude dicho procedimiento, deba acreditar, además, que se ha sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación con el arrendatario u ocupante de su vivienda (un requisito de procedibilidad que no existía en nuestro ordenamiento procesal civil cuando se inició ese procedimiento de desahucio)»[(58)].

Con todo, consideramos que los problemas no terminan aquí. La STC 26/2025, de 29 de enero de 2025, que declaró inconstitucional el artículo 439.7 LEC, no extendió dicha inconstitucionalidad a la Disposición transitoria tercera de la LDV. Lo que nos lleva, en nuestra opinión, a una situación totalmente indeseable: exigir a los grandes tenedores que han visto suspendidos sus procedimientos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 tener que acreditar el haber acudido a un procedimiento de conciliación o intermediación idéntico –y así lo propugna el propio Preámbulo de la LDVD[(59)]– al que ha sido expresamente declarado inconstitucional.

> No obstante, especialmente por la conclusión a la que llegan con respecto de la Disposición transitoria tercera de la LDV, el enfoque planteado por el voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, don César Tolosa Tribiño y don José María Macías Castaño a la STC 26/2025, de 29 de enero, nos parece más acertado.
>
> El voto particular coincide con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 439.6 c) y 7 LEC, pero considera que el juicio de constitucionalidad, antes de valorar la razonabilidad y proporcionalidad de estas condiciones para el acceso a la justicia, debió examinar si estos presupuestos

(58) López Simó, F., *Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico*, *op. cit*., p. 11 y nota 18.

(59) «…[E]n la disposición transitoria tercera, se establece la sujeción de los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 al procedimiento de conciliación o intermediación previsto en la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recoge en la disposición final quinta de la ley»

adolecían de la certeza y previsibilidad que exige cualquier limitación de un derecho fundamental.

Según los magistrados disidentes, aunque el artículo 439.6 c) cumpliría estos cánones, el artículo 439.7 LEC no. Resumidamente porque el exigir como requisito de procedibilidad el haberse sometido previamente *al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efectos establezcan las administraciones públicas*, «sin precisar la naturaleza, caracteres, plazo de duración o los efectos de dichos procedimientos de conciliación o intermediación, sino delegando en las administraciones públicas la concreción de tales elementos, adolece de una indeterminación incompatible con la debida garantía de seguridad jurídica que se ha de predicar de toda regulación legal limitativa del ejercicio de un derecho fundamental». Este distinto *iter* argumental provoca que el voto particular concluya de forma distinta con respecto a la extensión de declaración de inconstitucionalidad, ya que considera que debía haber alcanzado a la Disposición transitoria tercera de la LDV al exigir a los actores grandes tenedores, para la reanudación de los procesos suspendidos, una petición expresa acompañada de la acreditación de haberse sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas. Es decir, se da el sinsentido de que para la reanudación del procedimiento suspendido en virtud del incidente de suspensión extraordinario previsto en los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 se exige el cumplimiento de un presupuesto idéntico al declarado inconstitucional(60).

Es más, puede darse el absurdo de que un gran tenedor que haya iniciado un procedimiento de desahucio con la LOEP en vigor (3 de abril de 2025) se vea compelido a acudir a un MASC en dos ocasiones en un mismo procedimiento. Primero para cumplir con el requisito de procedibilidad de la LOEP y, segundo, en caso de que se suspenda su procedimiento en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, una vez cumplido el plazo máximo de suspensión, tenga que volver a acudir a un MASC para que se reanude el procedimiento –esta vez de acuerdo con las particularidades previstas en la Disposición transitoria tercera de LDV–(61).

El legislador debería cuidar de no excederse –si no lo ha hecho ya– con este cúmulo de posibilidades de suspensión, algunas de ellas, teóricamente excepcionales y temporales, que van perpetuándose en el tiempo debido a sus sucesivas prórrogas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso sobre ocupaciones ilegales declaró que la demora prolongada de las autoridades públicas en la ejecución del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, incluso cuando el motivo de tal retraso fuera garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad por no haber podido la Administración dar una solución habitacional alternativa a los

(60) Y también declarado inconstitucional en sede de ejecución, artículos 655.2 bis y 685.2 LEC.
(61) Situación que será muy probable si se vuelve a prorrogar esta suspensión.

ocupantes, vulnera el derecho del propietario a un proceso equitativo del artículo 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el derecho de propiedad proclamado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH (STEDH de 13 de diciembre de 2018, asunto *Casa di Cura Valle FIorita S.r.l. c. Italia*, demanda núm. 67944/13).

BIBLIOGRAFÍA

Bernardo San José, A., *El juicio verbal de desahucio*, Civitas, Navarra, 2010,

— «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* [Dir. Yzquierdo Tolsada, M.], núm. 14, AEBOE y Dykinson, Madrid, 2022.

Cordón Moreno, F., «De nuevo sobre el juicio de desahucio en el que se acumula la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas», *Gómez-Acebo & Pombo*, 30 de septiembre de 2024, https://ga-p.com/publicaciones/de-nuevo-sobre-el-juicio-de-desahucio-en-el-que-se-acumula-la-accion-de-reclamacion-de-rentas-o-cantidades-debidas/.

— «Cantidad que el arrendatario debe pagar o consignar para enervar la acción de desahucio», *Gómez-Acebo & Pombo*, 28 de julio de 2022, https://ga-p.com/publicaciones/cantidad-que-el-arrendatario-debe-pagar-o-consignar-para-enervar-la-accion-de-desahucio/.

Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), 12.ª edición, Valencia, 2023.

Fuentes-Lojo Rius, A. (Coord.), *Desahucios paso a paso. Guía práctica sobre el proceso de desahucio en los diferentes supuestos*, Colex, A Coruña, 2024,

López Simó, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario LA LEY*, N.º 10383, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2023.

— «Las reformas introducidas en el procedimiento de "desahucio exprés de okupas" por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 24, 2023, pp. 89-119.

Ortega Atienza, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva "fase intermedia", el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario La Ley*, núm. 10379, Sección Tribuna, 29 de abril de 2025.

Vela Torres, P., «Los juicios verbales en que se acumulen la acción de desahucio y la acción de reclamación de cantidad no tienen carácter sumario», *Diario LA LEY*, n.º 10379, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2023.

Villamarín López, M. L., *El juicio verbal y sus especialidades*, Editorial La Ley, Madrid, 2019.

B. El problema de la ocupación ilegal en España *

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuena@telefonica.net

Resumen: *El presente capítulo introduce el problema de la ocupación ilegal de inmuebles, fenómeno que ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años. Se analizan las posibles causas del fenómeno y se exponen las vías actualmente existentes para su solución y sobre todo sus carencias que están actuando como incentivo legal a la okupación de inmuebles.*

Abstract: *This chapter introduces the problem of the squatting of real estate, a phenomenon that has experienced a remarkable growth in recent*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) y del que soy investigadora principal.

years. The possible causes of the phenomenon are analyzed and the currently existing ways to solve it are presented, as well as the shortcomings that are acting as a legal incentive to squatting.

Palabras clave: *Ocupación ilegal, propiedad privada, allanamiento de morada, usurpación de inmuebles, vivienda.*

Keywords: *Squatting, private property, housebreaking, usurpation of real estate, housing.*

Sumario: 1. El incremento de casos de ocupación ilegal de inmuebles. 2. Posibles causas del fenómeno de la ocupación ilegal. 2.1 La crisis de vivienda asequible. 2.2 Vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la ocupación ilegal: vías penal, civil y administrativa: ¿Incentivos regulatorios a la ocupación ilegal? 3. La vía de hecho como remedio a la ocupación ilegal. Bibliografía.

1. EL INCREMENTO DE CASOS DE OCUPACIÓN ILEGAL DE INMUEBLES

Casi a diario la prensa informa de casos de ocupación ilegal de inmuebles[(1)]. Se ha vuelto un tema cotidiano del que ya prácticamente no se sorprende el lector y esto es lo que es especialmente dramático. De hecho, se ha convertido en una de las preocupaciones más importantes de los ciudadanos españoles. Según un estudio[(2)], un 77 % de los españoles considera que la okupación es un problema social y el 24 % de estos creen que hay una probabilidad media o alta de que puedan okupar su vivienda. Además, el 31 % de los encuestados dice conocer a alguien que ha sufrido okupación de algún tipo.

Técnicamente okupa es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario o poseedor legítimo, frecuentemente adquirida con violencia. No tiene tal consideración el

(1) https://www.20minutos.es/television/okupa-casa-una-anciana-que-esta-visitando-su-hija-canada-conozco-las-leyes-sin-una-denuncia-no-me-pueden-echar-5237146/ (Consultado el 17 de junio de 2024).

(2) Barómetro llevado a cabo por la compañía Línea Directa aseguradora, *Los españoles ante la okupación de la vivienda en España. Opinión, preocupaciones y propuestas*, https://www.lineadirectaaseguradora.com/sala-de-prensa/-/linea-directa-aseguradora-estudio-okupacion-ilegal (Consultado el 16 de junio 2024).

inquilino que se niega a abandonar el inmueble cuando expira su contrato o el que deja de pagar la renta. Tampoco lo es aquel que posee el inmueble con el consentimiento del titular (comodato o precario) que no ha ejercitado acción alguna para su recuperación. El precarista (posesión tolerada) no necesariamente es un okupa (posesión ilegítima). En estos casos nos encontramos con personas que fueron autorizadas por el propietario a través de un título legitimador para poseer el inmueble que posteriormente decae. Los dos supuestos son distintos por más que en ambos el derecho del propietario padezca en la misma medida: se ve privado del uso y disfrute de su inmueble, está obligado a atender todos los gastos derivados de la propiedad del mismo e incluso puede verse obligado a responder civilmente de los daños causados a terceros por el ocupante de la vivienda (art. 1902 y 1910 CC) [3] y todo sin obtener compensación alguna por parte del poseedor del inmueble.

Esta distinción inicialmente fue tenida en cuenta por el legislador no solo al establecer las acciones que se deben ejercitar en uno y otro caso por el poseedor legítimo (acción de desahucio por precario prevista en art. 250.2.º LEC o acción posesoria de recobrar frente al despojo prevista en artículo 250.1.4.º LEC) [4], sino también, como veremos, cuando estableció normas que limitaban los desalojos cuando estos se producían por consecuencia de una reclamación por deuda hipotecaria o por impago del alquiler. Sin embargo, la regulación posterior y particularmente la Ley 12/2023 ha borrado esta distinción proporcionando un régimen común a ambas situaciones cuando de limitar el desalojo se trata.

Lo cierto es que ya sea por un genuino okupa, como por un inquilino que no paga, el fenómeno sigue siendo muy grave desde el punto de vista de la posición jurídica del propietario. De hecho, cabría incluso afirmar que la ocupación ilegal se está convirtiendo en otra vía empleada por el legislador para garantizar el derecho a la vivienda. Esta afirmación puede sorprender, pero, aunque suponga adelantar conclusiones, el incremento de casos de ocupación ilegal encuentra su justificación en unos fallos regulatorios que no solo no se subsanan, sino que lo que es peor, se acrecientan con el tiempo.

Efectivamente, si analizamos las medidas aprobadas sobre todo tras la pandemia por COVID-19, puede parecer que protegen al ocupante ilegal vulnerable con objeto de garantizar su acceso a una vivienda a costa de determinado tipo de propietarios. El proceso culmina con las

(3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de diciembre de 2019.

(4) Esta acción recuperatoria de la posesión frente al despojo ilegal es la que fue afectada por la Ley 2018/15, de 11 de junio de reforma de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas a la que posteriormente me referiré.

lamentables limitaciones que introduce la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda a las que se hará mención en otras partes del presente tratado[5].

La primera dificultad que nos encontramos a la hora de evaluar los datos de okupación de inmuebles en España es la ausencia de estadísticas oficiales. Es común además que no haya denuncia del delito en cuestión y que se resuelva por vía extrajudicial a través de agencias dedicadas a desalojar al okupa por medios muchas veces poco ortodoxos**. Que suceda esto no es sino una muestra fracaso del propio sistema jurídico del que el propietario desconfía por considerarlo lento e ineficiente.

El problema se ha politizado y hay una premeditada desinformación al respecto. Los partidos de izquierdas minimizan el problema llegando a decir que es una estrategia comercial de las empresas de seguridad y los de derechas lo resaltan[6]. Lo cierto es que no me parece relevante el número de casos, sino la posición jurídica en la que se encuentra el propietario que se ve afectado por este problema. Con todo y con eso, lo cierto es que, según datos del Ministerio del Interior, las denuncias por ocupación de inmuebles han crecido un 62,67 % en cinco años.

No creo que se deba valorar la entidad del problema de la ocupación ilegal comparando el número de ocupaciones respecto del número total de viviendas[7] para concluir que no es un problema importante. También –afortunadamente– el porcentaje es bajo si comparamos homicidas con el número de ciudadanos. Ello no es determinante de la magnitud del problema.

Si tenemos en cuenta los datos publicados por el Ministerio del interior respecto de condenas penales por allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, comprobamos que sí ha habido un incremento ostensible de ocupaciones ilegales en los últimos años:

---

(5) Recientemente ha analizado este tema López Simó, F. «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», Diario La Ley, núm. 10383, 2023.

(6) https://www.libremercado.com/2020-09-19/okupas-delitos-vecinos-y-estadisticas-o-la-distancia-que-hay-de-detroit-a-pezuela-6661185/.

(7) Es frecuente este enfoque en los medios comunicación: Con un parque de viviendas de 26 millones de inmuebles, si se tiene en cuenta el número de denuncias presentadas por presuntas okupaciones ilegales de viviendas en España en 2022 (16.726) apenas equivale al 0,06 % del parque de inmuebles, mientras que los juicios verbales posesorios ingresados por esta causa (2.785) representan el 0,01 % del total. https://www.newtral.es/okupacion-viviendas-espana/20230506/# Minimiza el problema desde este discutible enfoque, Viader, C., «La ocupación como problema legal y social». https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/ (Consultado el 3 de julio de 2023).

Ocupaciones inmuebles (incluye allanamiento de morada)

OCUPACIONES INMUEBLES (INCLUYE ALLANAMIENTO DE MORADA)	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
	2702	3849	6233	7739	10.084	10.376	9998	10.619	12.214	14.621	14.675	17.274	16.765	15.289	16.426

Fuente: Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Sistema estadístico de criminalidad.

De los datos se infiere que ha habido un aumento de casos bastante ostensible y no cabe hablar de «bulo» cuando se trata de ocupación ilegal, ni de sobredimensionamiento.

El Ministerio del Interior informa de denuncias presentadas por ocupación ilegal, sin distinguir entre allanamiento y usurpación de inmuebles, dado que dicha delimitación solo la puede realizar la correspondiente sentencia judicial.

Según datos del Consejo General del Poder Judicial se observa un descenso de casos ingresados en los tribunales de demanda civiles frente a ocupaciones ilegales, demandas interpuestas por personas físicas, entidades sin ánimo de lucro o bien, entidades públicas poseedoras de vivienda social, que posteriormente desembocan en los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas.

Es Cataluña la comunidad autónoma con más casos de toda España, con más de 4.100 demandas en cinco años, lo que supone prácticamente una cuarta parte del total (23,9 %).

La ocupación ilegal es un problema real que no tiene la misma magnitud en todo el territorio nacional. Como he adelantado, no hay datos fiables que reflejen con exactitud el número de viviendas ocupadas. Algunos estudios han tratado de acercarse a una cifra de personas ocupando viviendas ajenas. Unas 87.500 familias ocupan alrededor de 85.000 y 90.000 viviendas, cifra equivalente a 262.500 personas[8].

Como he señalado, al margen de las cifras lo especialmente relevante y lo que merece ser destacado es la posición jurídica en la que se encuentra el propietario ante una ocupación ilegal, la situación de indefensión y el

(8) Institut Cerdà, «La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución», 2017. El Institut Cerdà es una fundación privada independiente que se dedica a asesorar y acompañar a los agentes y organizaciones públicas y privadas en la toma de decisiones estratégicas.

largo proceso al que se enfrenta. Aunque solo fueran 10 los propietarios afectados, no es tolerable que tengan que seguir haciéndose cargo de los costes del inmueble (que oscila entre 3.500 y 30.000 euros), asumir una pérdida de valor entre el 40 y el 60 %, responder civilmente de los daños que cause la falta de reparación de la vivienda que como propietario le corresponde. A ello hay que sumar los daños colaterales que se genera a las comunidades de propietarios. Los okupas no son muy respetuosos con los elementos comunes de los edificios ni tienen por costumbre respetar el reglamento de régimen interno[9]. Molestan y ponen en peligro la seguridad del inmueble mediante conexiones fraudulentas a fuentes de suministros.

Que haya ocupaciones ilegales no debería ser noticia. Tampoco lo es que se cometan otro tipo de delitos. Lo que es noticia es que el propietario tarde más de 12 meses en recuperar la posesión de su inmueble[10], que tenga que abonar los gastos de suministro del okupa, ya que si no lo hace es condenado por coacciones (art. 172 Código penal)[11]. Es noticia que un policía sea condenado por allanamiento de morada cuando trata de expulsar a un okupa que ha entrado en el inmueble de forma ilegal porque lo ha convertido en morada, amparándose en el artículo 18 de la Constitución que protege la inviolabilidad del domicilio. Es noticia que cuando por fin el propietario logra una resolución que ordena el desalojo, éste se vea interrumpido porque el okupa está en situación de vulnerabilidad económica y se produce la suspensión del mismo. Estos efectos son demenciales y evidencian unos fallos regulatorios de primer nivel. Lo grave no es que existan, sino que se perpetúen en el tiempo y se incrementen. Y lo que es peor, que se normalice esta situación injusta.

Desde luego no se puede juzgar una regulación sin tener en cuenta el contexto económico y social en el que nos encontramos. Y es que la ocupación es ilegal al margen de que la lleven a cabo familias en riesgo de exclusión social o venga favorecida por mafias que tienen un claro ánimo

---

(9) Se hace eco de estos efectos colaterales, Simón Moreno, H., «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 786, p. 2164.

(10) Consejo General del Poder Judicial, Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch. Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2021&territorio=España&proc=Verbales%20posesorios%20por%20ocupación%20ilegal%20de%20viviendas (Consultado el 3 de junio de 2024). Pero a esos tiempos hay que añadir lo que tardan las apelaciones de sentencias en las Audiencias Provinciales en procedimientos civiles, que en 2022 registraron una media de 9,6 meses**.**

(11) Así lo relata la propietaria de un piso alquilado cuyo inquilino no abona la renta y amenaza con demandar a la propietaria si no le paga los suministros. De hecho, la propietaria fue sancionada por no hacerlo a pesar de carecer de capacidad económica para abonar el gasto. https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/06/12/817582-tengo-una-inkiokupa-en-casa-una-deuda-de-16-000-euros-y-un-decreto-le-hacen-la-vida.

de lucro. Ambas son ocupaciones ilegales pero el legislador parece estar legitimando las primeras a costa de algunos tipos de propietarios.

2. POSIBLES CAUSAS DEL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL

2.1 **La crisis de vivienda asequible**

El fenómeno de la ocupación ilegal es complejo de abordar porque en su concurrencia inciden varios factores. Uno indudable es el problema de vivienda que asola nuestro país y otro problema grave es de regulación que aunque parezca increíble, el propio legislador con normas ineficientes está favoreciendo la ocupación ilegal.

El problema social más grave a mi juicio al que se enfrenta cualquier gobierno de España, al margen de su color político, es el problema de la vivienda. La situación de crisis de vivienda asequible que vivimos en la actualidad no es casual, sino fruto de una errática política de vivienda que han llevado a cabo todos los gobiernos con independencia de su color político.

La crisis financiera de 2008 fue fruto de una política de vivienda orientada a facilitar la adquisición de la propiedad vía sobreendeudamiento de los particulares. De hecho, España es un «país de propietarios»[(12)] tanto ricos como pobres, todos lograron acceder a un préstamo hipotecario gracias a un mercado de crédito generoso alimentado por importantes incentivos fiscales. El préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual era un gasto deducible en el impuesto sobre la renta de personas físicas (IRPF), no siéndolo la renta que se abonaba en concepto de alquiler. Estaba claro que los gobiernos de turno querían favorecer que la vivienda se adquiriera en propiedad. Sin embargo, lo que realmente se favoreció fue la especulación con un bien de primera necesidad.

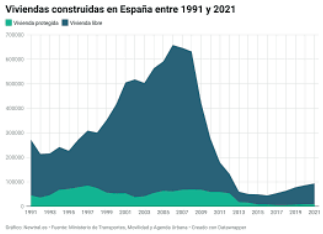
Nada que objetar a facilitar que los particulares fueran dueños de sus viviendas. El problema es cuando para ello se violentan reglas elementales en materia de evaluación de la solvencia y se utiliza el dinero de los depositantes para prestar alegremente incluso a quien carecía de capacidad de pago, transfiriendo el riesgo a terceros a través del mercado secundario. Es el famoso «originar para distribuir» que se practicó a nivel mundial provocando una crisis financiera también mundial. Y todo ello vino acompañado

(12) España es uno de los países de la UE con un porcentaje más alto de propietarios: un 76 %. El dato contrasta con el de Alemania o Noruega que no llegan al 50 % de propietarios de vivienda. Cfr. EUROSTAT «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023.

por una escasa inversión en vivienda social, es decir aquella que se vende o alquila a precios que no son de mercado, asignada de acuerdo con normas específicas en función de la capacidad económica del inquilino o adquirente, listas de espera[13]. Los casi siete millones de Viviendas de Protección Oficial (VPO) construidas en más de medio siglo, no se han transformado en viviendas sociales, lo han hecho en viviendas libres[14].

En resumidas cuentas, hemos asistido al fenómeno denominado «financiarización de la vivienda», que se produce cuando la vivienda es tratada

(13) Definición tomada del informe de la OECD «Brick by brick. Building better housing policies», 31/05/2021, https://doi.org/10.1787/b453b043-en (Consultado el 3 de febrero de 2024) Los datos proporcionados por Eurostat y por el Observatorio Housing Europe, corroboran que el parque de vivienda social en España se encuentra a más de 6 puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la Unión europea, cuyo parque de vivienda social se sitúa en el entorno del 9% con respecto a las viviendas principales, frente al 2,5% de España. Datos obtenidos del informe sobre Observatorio de vivienda y suelo. Boletín especial de vivienda social 2020. Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana. 2020 https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072 (Consultado el 4 de febrero de 2024).



Y no parece que en el futuro próximo la inversión en vivienda pública vaya a incrementarse.

Distribución del gasto público en vivienda: Peso sobre PIB, según el Programa de Estabilidad de 2023.

Funciones	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Servicios públicos generales	5.9%	5.8%	5.7%	5.7%	5.7%	5.7%
Defensa	1%	1.1%	1.2%	1.2%	1.3%	1.3%
Orden público y seguridad	2%	1.9%	1.9%	1.9%	1.8%	1.8%
Asuntos económicos	6.3%	5.5%	5.5%	4.7%	4.6%	4.5%
Protección al medio ambiente	1%	1%	1%	1%	0.9%	0.9%
Vivienda y servicios comunitarios	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%
Sanidad	7.3%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%
Actividades recreativas, cultura y religión	1.2%	1.2%	1.2%	1.1%	1%	1%
Educación	4.6%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%
Protección social	20.6%	18.9%	19%	19%	19%	19.1%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública https://www.idealista.com/news/finanzas/inversion/2023/05/03/805726-el-gobierno-congela-la-inversion-publica-en-vivienda-sobre-pib-hasta-2026.

(14) Defensor del Pueblo. «La vivienda protegida y alquiler social en España», Madrid 2019 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf, p. 21.

como una mercancía y una fuente de riqueza e inversión, en lugar de como un bien social[15].

Como respuesta a dicha crisis se aprobó en el ámbito de la UE una regulación que incentivaba una política de préstamo responsable que pretendía que se financiara la adquisición de la propiedad de la vivienda a aquellos que pueden permitírselo. Medida elemental y lógica que conllevaba una restricción de acceso al crédito inmobiliario por aquellos que carecían de capacidad de reembolso. El problema de la escasez de vivienda emergía de nuevo con fuerza, sin que la vía del sobreendeudamiento fuera ya una opción para su solución. La demanda se ha trasladado al mercado del alquiler que ha sufrido un auténtico colapso que no parece se vaya a solucionar a corto plazo porque, como veremos, muchas de las medidas legales recientemente aprobadas van en la dirección equivocada restringiendo más si cabe la oferta. El resultado es que tenemos un mercado de alquiler caro inasumible por muchas familias. Y la reciente Ley por el derecho a la vivienda no ha hecho más que agravar el problema por cuanto se ha reducido la oferta de vivienda lo que ha incrementado el precio del alquiler. De hecho, este se incrementó un 4,7 % durante los últimos tres meses. A cierre del mes de marzo de 2024, arrendar una vivienda en nuestro país tenía un coste de 12,7 euros por metro cuadrado[16].

Como en tantos otros países España tiene un problema grave de vivienda, con escasa vivienda pública y un mercado arrendaticio tremendamente caro que está provocando que muchas familias carezcan de recursos para procurarse un bien de primera necesidad como es la vivienda. No en vano el gasto en vivienda es el que absorbe el mayor porcentaje de renta de las familias[17]. Pero nada de esto es casual: es fruto de una política de vivienda equivocada cuyas consecuencias ahora se pretenden que las soporten los propietarios privados. Y esto se está haciendo mediante un mecanismo perverso: la «legalización» de la okupación cuando afecta a determinados propietarios, los grandes tenedores.

Efectivamente, mientras colectivos vulnerables carecen de recursos para acceder a una vivienda, muchos inmuebles eran acumulados por personas jurídicas, bancos que se quedaron con los inmuebles adjudicados en subastas desiertas como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, gracias a una legislación procesal que les permitía quedarse el inmueble a un valor

(15) Naciones Unidas, «Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada» https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing (Consultado el 9 de enero de 2024).

(16) Informe sobre precios elaborado por el portal inmobiliario Idealista.com https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/

(17) Por término medio en la UE en 2022, el 19,6 % de la renta disponible se dedicó a gastos de vivienda. Esto difiere entre los Estados miembros, con los porcentajes más altos en Grecia (34,2 %), Dinamarca (25,4 %) y Alemania (24,5 %).

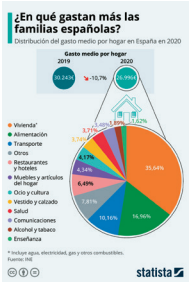
muy inferior al de mercado[18]. Inmuebles muchos de ellos que pasaron a propiedad de la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria) para que las entidades financieras con problemas de solvencia sanearan sus balances y obtuvieran liquidez. Nació siendo una entidad privada y acabó siendo pública, sumando como deuda pública el dinero público invertido en dicha entidad. La realidad actual es que muchos inmuebles están en manos de bancos y de la SAREB.

Pero es que además desde 2011 los fondos de inversión especularon con activos inmobiliarios invirtiendo en un momento en el que la vivienda bajaba de precio. De nuevo la vivienda se convierte en un producto especulativo. Nada hay que objetar, a mi juicio, a unas empresas que invirtieron en un negocio provechoso al igual que lo hicieron muchos particulares en plena burbuja. Otra cosa es que vivienda pública se cediera a los fondos lo cual me parece un despropósito[19]. Lo cierto es que los principales

---

En cuanto a las personas con una renta disponible inferior al 60 % de la renta media nacional, es decir, las personas que podrían considerarse en riesgo de pobreza, la proporción de la vivienda en la renta disponible fue del 37,9 % por término medio en la UE. En cambio, para las personas con una renta disponible superior al 60 % de la renta mediana, el porcentaje era del 16,0 %.

En el caso de España para rentas disponibles superiores al 60 % de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda es de un 12,6 %. Por el contrario, para rentas disponibles inferiores al 60 % de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda asciende al 38,3 % de su renta disponible. EUROSTAT «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023 (Consultado el 20 de febrero de 2024).



(18) La normativa procesal, de nuevo, se erige en instrumento favorable para la especulación gracias a reglas como las contenidas en los artículos 682 y 670 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Analizo este tema en mi trabajo «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario» Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año núm. 93, núm. 764, 2017, pp. 2871-2924 https://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA. RCDI.pdf También en el post publicado en el blog de la Fundación Hay Derecho «Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva «burbuja inmobiliaria» https://www.hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/.

(19) El IVIMA (instituto regional de la vivienda) concedió a muchos ciudadanos una vivienda pública en régimen de alquiler con opción a compra junto con ayudas económicas como la reducción de la renta. Sin embargo, años después, junto a otras casi 3.000 viviendas de protección oficial, se vendieron dichos inmuebles al fondo de inversión Encasa Cibeles, que suprimió los beneficios que le había otorgado la Administración. Debido a ello, muchos ciudadanos no pudieron hacer frente al pago del alquiler. https://www.elconfidencial.com/espana/2021-11-02/venta-pisos-publicos-fondo-buite-botella-juicio_3316308/.

propietarios en España son fondos como Blackstone y Lazora[20]. Solo teniendo en cuenta esta realidad se comprenderá el régimen especial que actualmente ostentan los propietarios «grandes tenedores».

En suma, el problema de la vivienda estuvo detrás de la crisis financiera de 2008 y se ha visto agravado tras las medidas adoptadas para salir de ella y por la subida de los tipos de interés. Adquirir una vivienda en propiedad está al alcance de unos pocos lo que ha provocado un exceso de demanda en el mercado de alquiler. Nos encontramos en una tremenda crisis de vivienda asequible y la crisis financiera ha modificado el marco en el que operan los sistemas nacionales de vivienda que se entiende que no se puede dejar exclusivamente en manos del funcionamiento del mercado. Cobra ahora especial protagonismo la vivienda social, pero adelanto ya, una vivienda social que debe ser proporcionada por el Estado, no por los propietarios privados. No son desdeñables las externalidades a todos los niveles que produce la falta de vivienda asequible, como son la reducción del poder adquisitivo y la disminución del crecimiento económico, debido a la disminución de los ingresos disponibles de los hogares; la limitación de la movilidad laboral, debido a la falta de opciones de vivienda asequible en los lugares donde hay puestos de trabajo (mejor pagados), y el aumento de las desigualdades y la exclusión social, como resultado de la creciente división de la riqueza (de activos)[21].

En este marco de escasez de vivienda asequible debemos encuadrar el fenómeno –especialmente grave en nuestro país– de la ocupación ilegal que es otra externalidad negativa de una crisis de vivienda asequible. Lo raro es que hubiera pasado tras una crisis financiera con muchos hogares sin ingresos, poca vivienda social y mucha vivienda vacía. Contestando a la pregunta que da título a este epígrafe, estamos ante una crisis grave de vivienda y el incremento de casos obedecer a esta situación de necesidad grave que estamos viviendo, pero ello no significa que dicha necesidad sirva como causa de justificación de la ocupación ilegal. Hay, por tanto, una necesidad que hace que muchas familias tengan que recurrir a la ocupación ilegal. Pero lo más importante es que hay un marco

(20) En las grandes ciudades es donde se concentra la gran mayoría de propiedades en manos de personas jurídicas: Madrid el 62 %, Zaragoza el 54 %, Málaga 56 %, Barcelona (52 %) (ATLAS Data Real State analytics. «Estado y tendencias del build to rent en España». Análisis de oferta y demanda. 2019 https://atlas-reanalytics.com/wp-content/uploads/Estado-y-tendencias-del-BTR-by-Atlas.pdf (consultado el 3 de febrero de 2024).

(21) Informe elaborado por Khalid Elfayoumy *et al.*, Khalid ElFayoumi; Izabela Karpowicz; Jenny Lee; Marina Marinkov; Aiko Mineshima; Jorge Salas; Andreas Tudyka; Andrea Schaechter «Affordable Rental Housing: Making It Part of Europe's Recovery», Fondo Monetario Internacional-Mayo 2021 Departmental Paper No 2021/013, p. 27 https://www.imf.org/en/Publications/Publications-By-Author?author=Khalid+ElFayoumi&name=Khalid%20ElFayoumi (Consultado el 10 de junio de 2024).

regulatorio –y esto es lo más grave– que incentiva la ocupación ilegal como medio para cubrir la necesidad de vivienda legalizándose ataques a la propiedad privada.

La dificultad de este tema radica en que nos enfrentamos a las consecuencias de un doble fracaso. Ha fallado el Estado social para satisfacer la necesidad de vivienda de quienes se han visto expulsados del circuito económico. Pero también ha fracasado el Estado de Derecho que se ha visto violentado por la tolerancia a una violación del derecho de propiedad. Y la suma de esos dos fracasos da como resultado lo que estamos viendo, una espiral de ilegalidades que se encadenan y retroalimentan entre sí[(22)].

2.2 **Vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la ocupación ilegal: vías penal, civil y administrativa ¿Incentivos regulatorios a la ocupación ilegal?**

Resulta difícil de explicar a un propietario que el okupa pueda tener derecho a mantenerse en la posesión de un inmueble hasta que, probablemente uno o dos años después de la okupación, el propietario logre echarle por orden judicial. Y si el propietario trata de expulsar al okupa por la fuerza, verá cómo el propio okupa pone al propietario en la calle. La tutela civil de la posesión trata de preservar la paz social y por ello, el artículo 446 del Código Civil dice que «*todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*». Parece razonable que no podamos utilizar la violencia para defender nuestro legítimo derecho de propiedad, pero también lo es que el procedimiento para expulsar judicialmente al okupa sea rápido. De lo contrario, la normativa procesal actuará como «efecto llamada» a la okupación. Esto es lo que está pasando, tal y como se explicará en las páginas de esta obra dedicadas a este tema.

Ante una ocupación ilegal el propietario tiene básicamente dos vías para lograr el desalojo del ocupante, la vía penal y la civil.

Respecto a la vía penal, la conducta del ocupante ilegal puede ser constitutiva del delito de allanamiento de morada cuando el inmueble ocupado es residencia del titular (ya sea primera o segunda residencia), y

(22) En este sentido, Lafuente Torralba, A. J., «El *Laberynthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia», *Revista de Derecho aragonés.* núm. 26-27, 2020-2021, p. 116.

se regula en el artículo 202 CP. El artículo 203 CP contempla el supuesto de inmueble titularidad de persona jurídica y que constituya domicilio, despacho profesional u oficina o establecimiento abierto al público.

Si el inmueble que se ocupa no es morada nos encontramos ante el delito de usurpación de inmuebles tipificado en el artículo 245.2 del Código Penal (CP), según el cual «*El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 6 meses*».

El bien jurídico protegido es «*la posesión del titular dominical como derecho exclusivo a ejercer sobre el inmueble, si bien la posesión*[23] entendida como el *ius possidendi,* el derecho a poseer derivada de un título que lo legitima. La mera tenencia (art. 446 CC) o *ius possessionis* concede tutela civil (antiguos interdictos, artículo 250.17 LEC), pero no penal[24]. Se trata de un delito leve.

El artículo 245.1 CP regula el tipo agravado cuando el ocupante actúa con violencia o intimidación: «*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado».*

Al margen del tipo penal, insisto en que el verdadero interés del propietario reside en lograr un efectivo y rápido desalojo del ocupante ¿Qué dificultades hay para lograr el desalojo cuando el propietario inicia la vía penal? Lo razonable es que la restitución de la posesión se produzca como consecuencia de una medida cautelar, sin que el denunciante deba esperar a la condena penal que puede tardar unos 8 meses[25]. Si no se acuerda una medida cautelar, el ocupante disfruta de la posesión del inmueble hasta la sentencia. Si es absolutoria, entonces el propietario debe iniciar la vía civil para desalojar al ocupante, sumando unos 18 meses más la espera. Por ello, es más recomendable en este caso ir por la vía civil. Sin embargo, como veremos en esa vía la posibilidad del ocupante de evitar el desalojo cuando el propietario es gran tenedor es mucho mayor. Este es el fallo regulatorio que incentiva la okupación. La larga espera para conseguir el desalojo, que es aprovechada impunemente por el ocupante.

---

(23) Auto Núm. 83/2020, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 2.ª).

(24) Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 6.ª), núm. 234/2020, de 9 de abril.

(25) Magro Servet., V., «¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?» Diario La Ley, núm. 9680, 23 de julio de 2020.

En caso de usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP) al tener la consideración de delito leve, no es posible la adopción de medidas cautelares penales, sino la del señalamiento del juicio leve como establece el artículo 963 Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM). Por esta razón, el juez de instrucción puede no acordar el desalojo de los ocupantes como medida cautelar de justicia restaurativa antes del juicio a través del artículo 13 LECRIM (diligencias de prevención). El delito de ocupación sin violencia tiene una pena de multa de tres a seis meses. Contrasta con la regulación en otros países como Italia en los que la pena de dos años de prisión y multa (26).

Este fallo ha sido en parte paliado por la reciente reforma procesal operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que permitirá que los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de inmueble se tramiten como juicio rápido. Se pretende agilizar el trámite de la celebración del juicio oral tras la presentación de la denuncia y la elaboración del atestado policial para que se remita este a la autoridad judicial y se proceda al inmediato señalamiento de juicio. Se ha reformado el art. 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque la aceleración de la celebración del juicio es un avance, al propietario le interesa el desalojo inmediato del ocupante ilegal al margen de la reprochabilidad penal de la conducta. Por ello lo razonable si se quiere de verdad resolver el problema de la ocupación ilegal es establecer medidas cautelares eficientes que permitan el desalojo en un plazo máximo de 72 horas.

Esta materia será tratada de forma más pormenorizada en otros apartados de esta obra.

En lo que se refiere a la vía civil teóricamente hay que distinguir entre la situación creada por el genuino «okupa», es decir, el poseedor ilegítimo que carece de título para poseer de la del que se mantiene en el inmueble cuando ha cesado la relación jurídica que le autorizaba a poseer como puede ser el inquilino o usufructuario temporal. Estos últimos supuestos se resuelven por la vía de la acción de juicio verbal por «desahucio por precario» prevista en el artículo 250.1-2.º LEC dirigida a recuperar la posesión «cedida en precario». Este proceso tiene naturaleza plenaria y no sumaria, por lo que la sentencia que se dicte pone fin al proceso y genera plenos efectos de cosa juzgada. No hay limitación de alegación y prueba y admite la discusión de cuestiones complejas que puedan surgir en el pro-

(26) El 31 de diciembre de 2022 entró en vigor en Italia la Ley núm. 199, de 30 de diciembre de 2022, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley núm. 162, de 31 de octubre de 2022, relativo, entre otros asuntos varios, a un aumento de las sanciones penales contra los ocupantes ilegales.

cedimiento. No obstante, no han faltado resoluciones judiciales que han permitido que se acuda a este procedimiento en el caso de los okupas.

Sí que vale para expulsar al okupa la acción prevista en el artículo 250.1.4.º LEC que regula la acción posesoria de recobrar la posesión (antiguamente denominado interdicto de recobrar). Protege a quien ha sido despojado de la posesión y se trata de una acción sumaria que se centra en el hecho posesorio que no produce efectos de cosa juzgada. Ello significa que no hay obstáculo a que se discuta el fondo del asunto en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia que en aquellos se dicte no tiene efectos de cosa juzgada material. La acción se sustancia por los trámites del juicio verbal y el plazo para ejercitar la acción es de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC).

También hay que tener en cuenta la acción recogida en el artículo 250.1.7 LEC y 41 LC. El titular de un derecho real inscrito demanda la efectividad de su derecho y le basta con aportar la certificación del Registro de la Propiedad frente a quien se oponga a su ejercicio sin título inscrito. El demandado tiene limitadas causas de oposición (art. 444 LEC).

Esta pluralidad de procesos tiene un problema común que es la duración del procedimiento de la cual se aprovecha el okupa que, conociendo la ilegalidad de su tenencia, se mantiene en el uso de la vivienda hasta que el propietario o poseedor legítimo obtenga una resolución judicial favorable. Durante ese tiempo vive gratis en el inmueble. La lentitud de la justicia y su colapso favorece la vulneración de derechos. No hay medidas cautelares en el marco del proceso de tutela de la posesión que permitan desalojar al okupa con carácter previo.

El legislador fue consciente de este problema y aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. En su preámbulo reconoce «*ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso,* se demora temporalmente de forma extraordinaria**,** *con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar*». Se introdujo un párrafo al artículo 250.1.4.º LEC, relativo a la acción posesoria de recobrar la posesión diseñando un sistema para recuperar inmediatamente la posesión sin necesidad de esperar a que concluya el proceso posesorio. El demandante que demuestre su derecho a poseer puede solicitar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través de un trámite incidental que permite el rápido desalojo del ocupante. Solicitado por el demandante, en el decreto de admisión de

la demanda se requiere a los ocupantes para que aporten en el plazo de cinco días «título que justifique su situación posesoria».

Si el okupa no lo aporta, entonces el tribunal mediante auto ordena la entrega de la posesión al demandante. Contra este auto no cabe recurso. El sistema está bien pensado y ataca la causa del problema: permite el rápido desalojo para que no haya incentivos a la okupación aprovechando la dilación del procedimiento.

Pero como se tratará en otros apartados de la presente obra, tal cambio legal no fue eficiente dado su estricto ámbito de aplicación que deja fuera a los propietarios personas jurídicas. Otro problema que se plantea con esta nueva regulación es que el okupa debe aportar «título que justifique su situación posesoria». Basta con que el okupa aporte un título «con apariencia de validez» para que se bloquee este incidente rápido de desalojo. Si el juez tiene dudas sobre la validez del título desestimará el incidente de desalojo y continuará con el procedimiento, dado que en el trámite incidental no hay vista oral ni contradicción. El objetivo del okupa de mantenerse en el uso del inmueble durante todo el periodo que dure el procedimiento, de nuevo, se ha conseguido. El hecho de que el auto que decreta el desalojo sea irrecurrible, hace que, a la más mínima duda, el juez desestime el desalojo. Como se puede comprobar, «hecha la ley, hecha la trampa».

De ahí que yo haya defendido[27] que es pertinente la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 37) en relación con la forma del contrato de arrendamiento. La libertad de forma permite que sea fácil falsificar un título y bloquear la medida cautelar.

A mi juicio, el contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una «formalidad administrativa»: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía).

Es necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 y extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda y que se habilite trámite o vista dentro del incidente de desalojo para evaluar la veracidad del título de forma que no se bloquee la medida con la simple presentación de un documento.

(27) Cuena Casas, M., «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma», https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/ (Consultado el 20 de junio de 2024).

Por último, cabe mencionar una suerte de tutela administrativa más formal que otra cosa porque su eficacia práctica es limitada. El artículo 37.3 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LSC) tipifica como infracción administrativa de carácter leve la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos; o la permanencia en ellos en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Se sanciona con multa de100 a 600 euros (art. 39.1 LSC). Así mismo se sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada. Como señala la Instrucción 6/2020, se trata de ocupaciones ocasionales o esporádicas de inmuebles que no constituyan morada permanente o estacional, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo delictivo (por ejemplo, jóvenes que se introducen en un edificio deshabitado o en ruinas para pasar la tarde, claramente se observa la no voluntad de permanencia).

Resulta llamativo que después de reducir la pena de la usurpación de inmuebles, dificultando la adopción de medidas cautelares, se pretenda justificar la lucha contra la *ocupación ilegal* con esta «tutela administrativa» que apenas aporta soluciones al propietario y tiene un incentivo negativo mínimo a la okupación con esa birriosa sanción. Se produce una administrativización de ilícitos civiles[(28)] con difícil conexión con la seguridad pública[(29)]. Con todo, entiendo que esta regulación es compatible con todos los remedios civiles para obtener el desalojo del ocupante.

Pero es que, además, es norma de difícil interpretación por cuanto se refiere a conductas no constitutivas de infracción penal, reduciéndose mucho su ámbito de aplicación a supuestos residuales. Así, por ejemplo, no

(28) Pizarro Nevado, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana». *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018), p. 5. Esta discutible regulación ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Cataluña por entenderse que las infracciones administrativas están integradas por conductas que son lesivas para los bienes jurídicos de titularidad colectiva, no para bienes jurídicos estrictamente privados como la propiedad, para los cuales el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el goce pacífico de los derechos del titular. A juicio del recurrente, no queda expresado en el propio tenor del párrafo primero de forma suficientemente nítida cuál es el bien jurídico de naturaleza colectiva protegido por el artículo 37.7 LSC, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana, dado que no señala la lesión o riesgo en que consiste la infracción, falta de claridad y certeza que vulnera los principios de tipicidad y seguridad jurídica […]. Por todo ello entiende que el art 37.7 LOPSC es contrario a los artículos 25.1 y 9.3 CE. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en sentencia (Pleno) 13/2021, de 28 enero 2021.

(29) Bilbao Ubillos, J. M., «La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 36, 2015, p. 254.

podrá ser objeto de sanción administrativa si se ocupa un inmueble habitado que constituye morada, porque entraría en el terreno del allanamiento de morada. Si hay denuncia penal, no podrá dictarse resolución administrativa hasta que haya resolución judicial en la jurisdicción penal.

En relación con el desalojo por parte de las FSE, la Instrucción 6/2020 no prevé intervención de las FSE en caso de infracción administrativa.

Como se puede apreciar de esta somera exposición que será desarrollada en otros apartados de esta obra, la ineficacia de la regulación vigente está suponiendo un incentivo a la ocupación ilegal de inmuebles. El problema es sustantivo, pero, sobre todo, procesal. La lentitud de los procedimientos y los nuevos trámites a los que la Ley por el derecho a la vivienda somete al propietario agravan todavía más el problema. El desalojo del ocupante ilegal se ha convertido prácticamente en tarea imposible, algo que saben los ocupantes y las mafias que los organizan. Por eso cabe hablar de una cuarta vía para desalojar al ocupante ilegal, la vía de hecho que se está demostrando altamente efectiva.

3. LA VÍA DE HECHO COMO REMEDIO A LA OCUPACIÓN ILEGAL

Por las razones apuntadas, la realidad es que la ocupación ilegal ha generado un «mercado» paralelo nada desdeñable. No solo se ha incrementado el negocio de las empresas de alarmas (en un 35 % en los últimos cinco años) [30] y de seguridad y de las compañías de seguros que han introducido esta cobertura en sus contratos [31], sino que, como ya he adelantado han proliferado las empresas dedicadas a las «desokupación» [32], es decir, a expulsar al ocupante de la vivienda evitando los cauces legales ordinarios. El afectado se «autotutela» ante el fracaso de los mecanismos legales. El servicio que ofrecen es formalmente la mediación entre el propietario y el ocupante. Destaca la «presión» que ejercen estas empresas al okupa mediante el control de accesos impidiendo la entrada a cualquier individuo que abandone el domicilio [33], con la idea de que el ocupante ilegal

(30) https://www.escudodigital.com/vigilancia/crece-demanda-alarmas-en-hogares-mas-35-en-ultimos-5-anos_50747_102.html.

(31) https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12347859/06/23/panico-a-la-okupacion-el-negocio-de-seguros-y-alarmas-se-dispara-tras-la-ley-de-vivienda.html.

(32) Sin ánimo de hacer publicidad, es llamativa la proliferación de este tipo de empresas. Una simple búsqueda en internet arroja multitud de resultados: *Bastiondesokupacion, Desokupaexpres, «Fuera okupas», desokupa…*

(33) El control de acceso está previsto en el artículo 32.be de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada. Tal precepto faculta a los vigilantes de seguridad privada a «*efectuar controles de identidad,*

no estará muy interesado en llamar a la policía para denunciar estas presiones. Nada que reprochar si su tarea fuera meramente mediadora sin coacción ni intimidación ni amenazas[34]. Sus tarifas rondan los 2.500-3.000 euros y si han emergido es precisamente por los fallos regulatorios.

A día de hoy no existe ninguna sentencia que condene la actividad de estas empresas, pues es lícito el establecimiento de controles de accesos a petición del que es verdadero propietario del inmueble. De ahí que se haya considerado que tanto las empresas de seguridad como las dedicadas a la mediación y desalojo de los ocupantes ilegales están amparadas en principio por el artículo 20.7 del Código Penal que establece que están exentos de responsabilidad criminal»[35].

Pero lo peor no es que esta actuación ilegal y la impunidad con la que actúan sus autores ha sido el caldo de cultivo de auténticas «*mafias de la okupación*»[36], se trata de una «okupación profesional» configurada como negocio lucrativo, dotada de una logística compleja y encuadrada en el ámbito de la delincuencia organizada[37]. Personas que buscan en el Registro de la propiedad los activos de bancos o fondos de inversión y cuando los localizan, la ofertan a terceros a quienes cobran por abrirles la puerta. Una vez dentro la responsabilidad es del okupa. Es decir, han proliferado las mafias que buscan casas para okupar y lo hacen a cambio de un precio. El negocio es tan apetitoso que los propios okupas utilizaban a menores para declararse vulnerables evitando el desalojo y luego alquilando a terceros esa vivienda okupada[38] y ofreciendo luego sus servicios al propietario para desalojar a los okupas que previamente ellos habían introducido.

Otra opción de negocio son las empresas que facilitan a los titulares de inmuebles el contacto con un tercero que se compromete a ocupar la vivienda para así evitar que sea ocupada. Estos terceros se denominan *guardianes* y lejos de pagar algo por vivir y habitar en el inmueble se li-

(34) Llamativo el título del reportaje realizado por RTVE sobre este tema: «O pagas o cobras» emitido el 11 de noviembre de 2016. Barja de Quiroga López, J., *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión,* Colex, La Coruña, 2020, p. 103, reconoce que estas compañías no son ilegales pero rozan la ilegalidad pues el control de accesos debe hacerse por personas autorizadas para ello y además en esa forma de intimidar de advertir o amenazar a los okupas con que si salen de la vivienda ya no pueden volver a entrar podría considerarse un delito de amenazas o coacciones.

(35) Mozas Pillado, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 353.

(36) https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Desarticulado-un-grupo-criminal-que-gestionaba-la-ocupacion-mafiosa-de-una-urbanizacion-en-Madrid/ (Consultado el 10 de julio de 2023).

(37) Término utilizado por Lafuente Torralba, A., *op. cit.,* p. 117.

(38) https://www.hispanidad.com/sociedad/mafias-okupacion-cobran-miles-euros-fondos-por-desalojar-viviendas-ellos-mismos-okupan_12040280_102.html (Consultado el 10 de julio de 2023).

mitan a cubrir los gastos que el inmueble genera y que varían en función de las circunstancias. Se introduce así incluso un modo de vida y acceso a la vivienda que beneficia dice a empresas y particulares[39]. El propietario contrata un ocupante que aparente ser okupa y evite una okupación real. Impresionante…

Y todo esto aderezado por un «manual de instrucciones para la okupación[40]» que circula por internet, que incorpora tutoriales donde se recogen todos los consejos que necesitan los okupas para escaparse por los resquicios de la ley y quedar impunes.

En suma, nos encontramos ante un problema complejo que requiere intervención urgente porque se está imponiendo la «ley de la selva». Minimizarlo supone admitir una flagrante e injustificada lesión al derecho de propiedad, un insulto al propio Estado de derecho que puede tener efectos económicos colaterales indeseables. Poca inversión puede atraer un país cuyo sistema jurídico tolera ataques de esta naturaleza. Y por la importancia y transcendencia del ataque, la clave no es el número de casos, sino que se produzcan casos y se vea un propietario expropiado del uso sin justiprecio. Pero lo malo no es solo que haya ocupaciones ilegales, sino que sea la propia legislación la que las incentive y las estimule.

BIBLIOGRAFÍA

Barja de Quiroga López, J., *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión,* Colex, La Coruña, 2020.

Bilbao Ubillos, J. M.: «La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 36, 2015.

Cuena Casas, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario» Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año núm. 93, núm. 764, 2017, pp. 2871-2924.

— «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma», https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/.

---

de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección».

(39) Ejemplo de ello es la empresa «Ideal Guardian» https://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-ideal-guardian-aspira-dar-hogar-5000-personas-primer-ano-espana-20210224170944.html.

(40) https://www.desokupaexpres.com/noticias-okupas/el-manual-de-okupacion-la-guia-para-okupar/.

Defensor del Pueblo. «La vivienda protegida y alquiler social en España», Madrid 2019 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf.

Eurostat, «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023 (Consultado el 20 de febrero de 2024).

Institut Cerdà, «La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución», 2017.

Khalid Elfayoumi, *et al.*, «Affordable Rental Housing: Making It Part of Europe's Recovery», Fondo Monetario InternacionalMayo 2021 Departmental Paper No 2021/013, p. 27 https://www.imf.org/en/Publications/Publications-By-Author?author=Khalid+ElFayoumi&name=Khalid%20ElFayoumi.

Lafuente Torralba, A. J., «El *Laberynthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia», *Revista de Derecho aragonés.* Núm. 26-27, 2020-2021.

López Simó, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario La Ley*, núm. 10383, 2023.

Magro Servet., V., *«¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?»* Diario La Ley, núm. 9680, 23 de julio de 2020.

Mozas Pillado, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021.

Naciones Unidas, «Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada» https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing.

OECD «Brick by brick. Building better housing policies», 31/05/2021, https://doi.org/10.1787/b453b043-en.

Pizarro Nevado, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana». *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018).

Simón Moreno, H., «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 786, p. 2164.

Viader, C., «La ocupación como problema legal y social». https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/.

C. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (I): El juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas* *

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

Resumen: *En el presente capítulo se analiza críticamente uno de los instrumentos procesales que proporciona la LEC para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles: el juicio verbal para el desahucio exprés de los okupas de viviendas, incorporado a aquélla por la Ley 5/2018, de 11 de junio. Tras una visión general de los aspectos fundamentales de este juicio verbal previsto en el artículo 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC (marcado carácter sumario, limitación del objeto y de los sujetos legitimados activamente, especialidades de tramitación más importantes, etc.), se identifican y exponen los principales problemas que plantea su regulación actual y se apuntan posibles medidas y propuestas de lege ferenda para tratar de solucionarlos, a fin de que tales problemas no persistan y sigan actuando como*

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2021-124953NB-I00) y del que es investigadora principal la Dra. Matilde Cuena Casas.

incentivos a la ocupación ilegal de inmuebles. Se han incorporado a este trabajo las modificaciones que ha experimentado recientemente el desahucio exprés de okupas como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2025 de eficiencia de la Justicia y, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025 acerca de la Ley por el derecho a la vivienda.

Palabras clave: *Vivienda, ocupación ilegal, procedimiento de desahucio exprés, regulación actual, identificación de problemas y propuestas para solucionarlos.*

Abstract: *This chapter critically analyses one of the procedural instruments provided by the LEC to deal with the illegal occupation of real estate: the verbal trial for the express eviction of squatters from dwellings, incorporated into it by Law 5/2018, of 11 June. After an overview of the fundamental aspects of this verbal trial provided for in artículo 250.1.4.º, para. 2 and concordant articles of the LEC (markedly summary nature, limitation of the object and of the parties with active standing, most important specialities of processing, etc.), the main problems posed by its current regulation are identified and set out, and possible measures and lege ferenda proposals are pointed out to try to solve them, so that these problems do not persist and continue to act as incentives for the illegal occupation of real estate. The modifications that have recently been made to the express eviction of squatters as a result of Organic Law 1/2025 on the efficiency of justice and, above all, Constitutional Court Ruling 26/2025 on the Law on the Right to Housing, have been incorporated into this work.*

Keywords: *Housing, squatting, express eviction procedure, current regulation, identification of problems and proposals to solve them.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El juicio verbal introducido en la LEC por la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: visión general. 2.1 Consideraciones previas sobre el procedimiento de *desahucio exprés de okupas*. 2.2 Juicio verbal con especialidades y de marcado carácter sumario. 2.3 Competencia territorial imperativa y postulación obligatoria. 2.4 Restricciones en cuanto a la pretensión que puede ejercitarse y a los sujetos legitimados activamente. 2.5 Tramitación: especialidades más importantes. 2.6 No obligatoriedad de acudir a este procedimiento en caso de ocupación ilegal de una vivienda. 3. Principales problemas que plantea la regulación actual de este juicio verbal. Algunas propuestas *de lege ferenda* para tratar de solucionarlos. 3.1 Limitación del objeto (sólo cierta clase de inmuebles). 3.2 Limitación de la legitimación activa (sólo ciertas clases de poseedores de viviendas). 3.3 Reformas operadas por la Ley de vivienda de 2023 en los procedimientos de desahucio, que complican y retrasan la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados. 3.3.1 Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda. 3.3.2 Extensión a todos los desahucios (incluido el *exprés de okupas*) de la posible suspensión del proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, e incremento de los plazos de suspensión. 3.3.3 Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como muy bien se ha explicado en el capítulo anterior de esta obra –y, por tanto, aquí no hace falta insistir más en ello– la ocupación ilegal de inmuebles se ha convertido en España, en los últimos años, en un problema social grave (o, al menos, esta es la percepción general de los españoles), cuya causa primordial se halla en la escasez de viviendas en alquiler a precios asequibles. En nuestro ordenamiento jurídico se contemplan diferentes vías para afrontar este problema: la vía civil, la penal y la administrativa; al margen de estas tres vías está la actuación – muchas veces al filo de la legalidad– de las denominadas «empresas desokupas», muy extendida últimamente (lo que es un síntoma clarísimo de que la solución jurisdiccional de los conflictos en materia de ocupación ilegal de inmuebles no está funcionando correctamente) [(1)].

Pues bien, en el presente capítulo se analizará críticamente uno de los remedios que, dentro de la vía civil, proporciona la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles: el juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas,* incorporado a aquélla por la llamada «Ley anti-okupas» de 2018. Tras una visión general de los aspectos fundamentales de este juicio verbal previsto en el artículo 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC (marcado carácter sumario, limitación del objeto y de los sujetos legitimados activamente, especialidades de tramitación más importantes, etc.), se identificarán y expondrán los principales problemas que plantea su regulación actual y se apuntarán posibles medidas y propuestas *de lege ferenda* para tratar de solucionarlos, a fin de que tales problemas no persistan y sigan actuando como incentivos a la ocupación ilegal de inmuebles.

> Como se verá a lo largo de las páginas siguientes, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* lo configuró la citada Ley de 2018 como una modalidad de tutela jurisdiccional sumaria y particularmente expeditiva, a fin de que pudiera sustanciarse con suma rapidez. En la práctica, sin embargo, con frecuencia ello no ha sido posible, a causa de la sobrecarga de trabajo que padecen nuestros órganos jurisdiccionales: un procedimiento que, en teoría, debería durar unos pocos meses, tiene en realidad una duración media próxima al año (sólo en la primera instancia). Este problema se agravó con la entrada en vigor de la Ley de vivienda de 2023, al introducir esta Ley, en todos los procesos de desahucio –incluido, pues, el *exprés de okupas*–, una serie de medidas dirigidas a proteger a las personas y familias vulnerables que, a la vez, representaban para los propietarios de viviendas

(1) Véase, sobre todo esto, el anterior capítulo de este Tratado: Cuena Casas, M., *El problema de la ocupación ilegal en España*, passim.

ocupadas verdaderos obstáculos procesales al desalojo[2]. No obstante, algunas de estas medidas han quedado sin efecto recientemente, por obra de la Ley Orgánica 1/2025 de eficiencia de la Justicia y, sobre todo, de la Sentencia 26/2025 del Tribunal Constitucional, que ha declarado la inconstitucionalidad parcial de la Ley de vivienda.

2. EL JUICIO VERBAL INTRODUCIDO EN LA LEC POR LA LEY 5/2018, DE 11 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS: VISIÓN GENERAL

2.1 **Consideraciones previas sobre el procedimiento de desahucio exprés de okupas**

A mediados de 2018, ante la extensión del fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles –esto es, no consentida ni tolerada por sus legítimos propietarios o poseedores– que se estaba produciendo en nuestro país, especialmente en los núcleos urbanos[3], y la inexistencia en la legislación vigente entonces de un procedimiento civil idóneo (rápido) para afrontar este fenómeno eficazmente, las Cortes Generales aprobaron la *Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, conocida popularmente como «Ley anti-okupas» (en adelante, Ley 5/2018)[4], que introdujo en

(2) Además, las reformas operadas en este tema por la Ley de vivienda de 2023 se hicieron –como señalaron los Jueces de Primera Instancia de Barcelona– a través de normas de escasísima calidad técnica, que a menudo contienen párrafos farragosos, oscuros y reiterativos; como consecuencia de ello, la normativa procesal civil en materia de vivienda resultante de dicha Ley, desgraciadamente, adolece de una gravísima falta de rigor, hasta el punto que «se hace difícil llevar a cabo el ejercicio de interpretar la voluntad del legislador y aplicar correctamente la ley (función básica y esencial del Poder Judicial), cuando la misma resulta confusa y en algunos casos hasta contradictoria»: Así, *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,* Barcelona, 29 de junio de 2023, p. 1; documento en formato pdf accesible en línea (a través de la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona):

https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/La-CRAJ-informa-Criterios-Orientadores-de-los-Juzgados-de-Primera-Instancia-de-Barcelona-sobre-la-aplicacion-de-la-nueva-ley-de-vivienda/

(3) Según datos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Fomento, el número de ocupaciones ilegales denunciadas en 2018 ascendió a 12.214 (un promedio de 33 casos diarios). La cifra había ido en aumento en los últimos años, pues en 2013 –primer año con datos oficiales disponibles– las denuncias recibidas fueron 7.739, lo que revelaba un incremento cercano al 58% desde entonces (fuente: diario *El Mundo,* «La ocupación ilegal de viviendas crece un 58% en cinco años», artículo publicado el 24 de noviembre de 2018, edición digital:

https://www.elmundo.es/espana/2019/11/24/5dd97350fc6c83f63c8b45b1.html).

(4) Como aclara Cuena Casas, M., «técnicamente, *okupa* es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario. No lo es el inquilino que deja de pagar la renta, ya que éste entró a poseer el inmueble con el consentimiento del legítimo titular»: ID.,

nuestra legislación procesal civil una novedosa modalidad del interdicto de recobrar la posesión de una cosa por quien haya sido despojado de ella.

En efecto, con la finalidad de que una vivienda ocupada ilegalmente pudiera ser recuperada con mayor rapidez por su propietario o poseedor legítimo por otro título, lo que hizo la citada Ley 5/2018 fue, básicamente, adecuar o actualizar el tradicional interdicto de recobrar previsto en el núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC o, en otras palabras, crear una modalidad singular, sumamente expeditiva, de este interdicto mediante la reforma de dicho precepto de la LEC (nuevo párrafo 2.º) y el procedimiento desarrollado para este caso en los también reformados artículos 437 (nuevo ap. 3 bis), 441 (nuevo ap. 1 bis) y 444 (nuevo ap. 1 bis) de la propia LEC, todos ellos relativos al juicio verbal. Se introdujo así en la LEC un nuevo juicio verbal con abundantes especialidades, llamado «procedimiento para la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente», que popularmente –y también entre los juristas– se conoce como procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (en adelante, emplearé generalmente esta denominación, por su brevedad y expresividad; y lo haré, por supuesto, sin ánimo peyorativo alguno) (5).

El procedimiento para recuperar inmediatamente la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente instaurado en 2018 supuso, en teoría, un gran avance con vistas a combatir eficazmente, en la vía civil, el problema de la ocupación ilegal en España, al proporcionar a los propietarios o poseedores legítimos de viviendas un instrumento procesal específico y mucho más ágil a tal fin que los que había hasta ese momento. En la práctica, sin embargo, la experiencia de más seis años de aplicación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas* revela que, en general, este procedimiento no es una solución plenamente satisfactoria para hacer frente a ese problema, debido a ciertas limitaciones impuestas por su propia normativa reguladora (luego las veremos) y a que, además, el dictado de la resolución judicial ordenando el desalojo de los ocupantes suele demorarse excesivamente, a causa del elevado número de asuntos que tienen que

---

¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (*A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda),* en el blog «Hay Derecho», 10 de julio de 2023:

https://www.hayderecho.com/2023/07/10/la-okupacion-de-inmuebles-como-instrumento-para-garantizar-el-derecho-a-la-vivienda-a-proposito-de-la-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/

Por ello, no será objeto de este capítulo la llamada *inquiokupación,* dado que, aunque es indudable que el derecho de propiedad se ve comprometido por personas que disfrutan ilegítimamente de un bien inmueble tanto en el caso de la *okupación* como en el de la *inquiokupación,* no son situaciones iguales (sobre la *inquiokupación* y los remedios civiles frente a ella, *vid.* el capítulo A de este bloque XI de la presente obra).

(5) *Vid.*, entre los primeros estudios publicados sobre este procedimiento, el excelente trabajo de Schumann Barragán, G., *El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas,* en Diario La Ley, núm. 9264, 21 de septiembre de 2018.

atender la mayoría de tribunales: según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ)[6], la duración media de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas, sólo en la primera instancia, fue en el año 2023 de 12,0 meses; y si alguna de las partes interpuso recurso de apelación, hay que sumar otros 11,2 meses, que fue la duración media en el año 2023 de las apelaciones de sentencias de juicios verbales. Estos datos, horribles (para desalojar a un *okupa* pueden hacer falta, en total, casi 2 años), demuestran, una vez más, que de poco o nada sirve en la práctica que el legislador cree un procedimiento, por muy rápido que sea sobre el papel, si la Administración de Justicia carece de los medios necesarios –sobre todo, personales: más jueces– para poder sustanciarlo en el tiempo legalmente previsto[7].

La *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*[8] (en adelante, Ley 12/2023 o LDV), mediante su extensa disposición final quinta («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»), introdujo reformas muy relevantes en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (también en los demás procedimientos del artículo 250.1 LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de un inmueble) que iban dirigidas, fundamentalmente, a proteger a los ocupantes de viviendas que se encontraran en situación de vulnerabili-

(6) *Vid.* web del CGPJ:
https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Verbales%20posesorios%20por%20ocupaci%C3%B3n%20ilegal%20de%20viviendas

(7) Así se señaló, al poco de publicarse la Ley 5/2018, por –entre otros– Torres, A. *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los okupas en España?,* en blog Sepín, Arrendamientos Urbanos, 14 de junio de 2018: «el poder legislativo aprueba una reforma de marcado calado político, más efectista que efectiva, (…) que, con casi toda seguridad, no va a tener el resultado esperado. El legislador, como casi siempre, olvida que el problema no es tanto de carácter procedimental como endémico, derivado del deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, consecuencia fundamentalmente de la falta de medios de los que dispone. (…)».

(8) Publicada en el BOE núm. 124, de 25/05/2023. Esta Ley, según su DF. 9.ª, entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (esto es, el 26 de mayo de 2023), excepto lo previsto en la DF. 2.ª (incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda), cuya vigencia se pospuso al 1 de enero de 2024.

No hay duda de que a los procesos iniciados a partir del 26 de mayo de 2023 se les aplican en todo caso las nuevas normas procesales derivadas de la LDV, ya que, como regla, los asuntos atribuidos a los tribunales civiles se sustancian siempre con arreglo a las normas procesales vigentes en el momento de comenzar las actuaciones (art. 2 LEC). Ahora bien, qué sucede con los procesos pendientes, iniciados antes del 26 de mayo de 2023, ¿se les aplican también, con carácter retroactivo, las nuevas normas procesales de la LDV? A mi juicio, con base en la aludida regla general del artículo 2 de la LEC, está claro que no; aplicar a los procesos pendientes esta normativa procesal nueva, incorporada a la LEC por la DF. 5.ª de la LDV, supondría una excepción a la regla del artículo 2 LEC que, como tal, debería haberse establecido por la LDV en una disposición de Derecho transitorio (art. 2 *in limine* LEC). No obstante, *vid.* en contra *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,* cit., p. 2.

dad, a base de establecer unos nuevos requisitos que en determinadas circunstancias debían cumplir los propietarios o legítimos poseedores demandantes, tanto antes de interponer la demanda (nuevo requisito o presupuesto de procedibilidad consistente en someterse a un procedimiento de intermediación o conciliación) como al presentar la demanda (nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para que ésta se admita a trámite). Con tales reformas, inevitablemente, lo que hizo el legislador de la LDV fue retrasar aún más la restauración de la legalidad que se produce con el desalojo de los *okupas* por orden judicial, al poner más obstáculos a la acción de recuperación inmediata de la plena posesión ejercitada por el propietario o poseedor legítimo de la vivienda[9].

> Prueba –una más– de que el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* creado en 2018 no está funcionando en la práctica todo lo bien que se esperaba, dada su excesiva duración (problema que podía ir a peor con las modificaciones introducidas en mayo 2023 por la LDV), es que los principales partidos políticos, conscientes de ello, durante la campaña de las últimas elecciones generales –las celebradas el 23 de julio de 2023– se comprometieron por escrito, en sus respectivos programas electorales, a reformar de nuevo la LEC para dotar de mayor agilidad al desalojo de inmuebles ocupados[10].

2.2 **Juicio verbal con especialidades y de marcado carácter sumario**

Conviene señalar, aunque sea brevemente, que el *desahucio exprés de okupas* es un juicio verbal con numerosas especialidades de tramitación (luego se expondrán las principales), en función de la pretensión que puede ejercitarse en él (recuperar inmediatamente la plena posesión de una vivienda ocupada sin el consentimiento de su propietario o poseedor legítimo: art. 250.1.4.º, párr. 2.º LEC), y, como todos los procesos relativos a la posesión o interdictales, de carácter sumario en sentido técnico, por-

(9) Como veremos, buena parte de esos obstáculos procesales al desalojo de *okupas* –y de otros ocupantes de inmuebles– que creó la LDV, han sido declarados inconstitucionales por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero (los aspectos de esta sentencia que interesan a los fines de este trabajo se expondrán más adelante: *vid.* ap. 2.5, § 2).

(10) *Vid.* Programa Electoral del PP, *Un proyecto al servicio de un gran país. 23 J–Elecciones Generales,* «Paquete de medidas anti-okupación», pp. 80-81. Y Programa electoral del PSOE, *Adelante. Elecciones Generales 23 Julio 2023*, p. 244, donde se afirmaba que «La ocupación ilegal de viviendas es un hecho grave y debe combatirse, especialmente la acción de las mafias. Por eso, para el Gobierno de España ha sido una prioridad dar respuesta y certidumbre a todas aquellas personas que en algún momento se han podido ver inquietadas en el pacífico disfrute de su vivienda o de sus propiedades. En ese sentido: • Seguiremos mejorando la eficiencia de los procedimientos judiciales. En particular, se impulsará la reforma Legislativa normativa para garantizar el desalojo de los ocupas ilegales en un plazo máximo de 48 horas. (…) • Defenderemos la propiedad privada ante estas ocupaciones conflictivas e ilegales».

que, en consonancia con el objetivo que persigue –agilizar al máximo la resolución de litigios que afectan a esta concreta materia–, están restringidas las posibilidades de alegación y prueba (limitadas a discutir si el actor tiene o no la posesión y a confrontar los títulos posesorios de las partes: art. 444.1 bis LEC) y, además, la decisión judicial que le pone fin no tiene fuerza de cosa juzgada material (artículo 447.2 LEC), por lo que cualquier interesado podrá iniciar otro proceso posterior –ya plenario– relativo al conflicto posesorio planteado en el anterior proceso sumario.

Básicamente por esto –el marcado carácter sumario del procedimiento instaurado por la Ley 5/2018, de 11 de junio– dicha Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, aduciendo –en lo que ahora interesa– la violación por aquélla de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, de defensa y a un proceso con todas las garantías; recurso que fue totalmente desestimado por la *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 32/2019, de 28 de febrero de 2019*. En dicha Sentencia el TC, tras poner de poner de relieve que las soluciones procesales dadas hasta ese momento al problema de la ocupación ilegal no habían sido suficientemente satisfactorias y que con la novedosa modalidad del interdicto de recobrar incorporada a la LEC por la Ley 5/2018 se tutelaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE), consideró que, a pesar de tratarse de un proceso acentuadamente sumario, ello no impide que el demandado pueda defenderse en el extremo nuclear del asunto que se ventila, aportando título que justifique de un modo suficiente su situación posesoria, por lo que no existe indefensión material, resultando, pues, constitucionales las modificaciones operadas en este aspecto por aquella Ley para hacer frente a la ocupación ilegal de viviendas de forma más rápida.

2.3 **Competencia territorial imperativa y postulación obligatoria**

Quien se ve privado sin su consentimiento de la posesión de un bien o derecho (en este caso, de una vivienda) y solicita del tribunal que aquélla le sea devuelta, ejercita, claro está, una acción real. Y según el artículo 52.1.1.º LEC, en los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles el tribunal competente es el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa (la vivienda, en este caso); cuando la acción real se ejercite sobre varios bienes inmuebles o sobre uno solo que esté situado en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante. Se trata de una norma de competencia

territorial imperativa, de modo que en los asuntos que deban decidirse por medio del juicio verbal que nos ocupa no será válida la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de otro lugar (artículo 54.1 LEC).

Para los asuntos que se tramitan por el juicio verbal por razón de la materia (artículo 250.1 LEC), entre los que se encuentra la modalidad del interdicto de recobrar prevista en el párr. 2.º del núm. 4.º del citado artículo 250.1 de la LEC, la postulación es legalmente preceptiva, de modo que las partes deben comparecer ante el tribunal competente para conocer de este asunto representadas por procurador y defendidas por abogado (arts. 23.1 y 31.1 LEC). Lo habitual será que el *okupa* demandado carezca de recursos propios suficientes para afrontar los costes económicos del proceso, de manera que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita y, por tanto, se le habrá de designar abogado y procurador de oficio con arreglo a lo establecido en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (arts. 12 y ss. de dicha Ley). La presentación por el *okupa* de la solicitud de reconocimiento de este derecho (que tendrá que hacerla con anterioridad a la contestación a la demanda) producirá, de oficio o a instancia de parte, la suspensión del proceso, a fin de evitar la indefensión del demandado mientras se tramita y decide su solicitud o se le designa provisionalmente abogado y procurador (artículo 16.1 de la citada Ley); la sustanciación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas,* en consecuencia, se alargará a causa de esto.

2.4 **Restricciones en cuanto a la pretensión que puede ejercitarse y a los sujetos legitimados activamente**

La posibilidad de utilizar el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* está sometida por la ley a dos restricciones o límites, uno objetivo y otro subjetivo. Por lo que se refiere al primero de ellos, este procedimiento sólo puede tener por objeto la recuperación inmediata de la plena posesión de determinados bienes inmuebles, concretamente de *«una vivienda o parte de ella»* (artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC), ya se trate de vivienda habitual o de segunda vivienda. Quedan excluidos, pues, de su objeto los inmuebles dedicados a otros fines: locales de negocio, garajes, naves industriales, solares, etc. Para recuperar la posesión de estos otros inmuebles en el caso de que hayan sido ocupados ilegalmente, los afectados deberán acudir a otros cauces procesales (entre ellos, el previsto en el párr. 1.º del mismo artículo 250.1.4.º LEC, esto es, la tutela sumaria de la posesión, pero sin posibilidad de obtener la entrega inmediata de esos bienes).

En lo que respecta al otro límite aludido, el de carácter subjetivo, el propio artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC establece que esta modalidad particularmente

expeditiva del interdicto de recobrar sólo puede utilizarse por ciertos poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente, en concreto por *«la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social».* Así pues, únicamente estos sujetos están legitimados activamente para ejercitar la acción de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda o parte de ella; los demás (entidades con ánimo de lucro, por ejemplo) no tienen a su disposición esta clase de tutela jurisdiccional, debiendo acudir, por tanto, a otros instrumentos procesales cuando se vean privados de la posesión de una vivienda sin su consentimiento (la tutela jurisdiccional de los derechos reales inscritos que prevé el artículo 250.1.7.º LEC, por ejemplo).

2.5 **Tramitación: especialidades más importantes**

§ 1. No me detendré aquí en la explicación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas,* con todos sus pormenores[11]. A los fines de este trabajo, bastará con destacar sus especialidades de tramitación más importantes, empezando por las que ya estaban previstas **con anterioridad** a la reforma operada en este procedimiento por la **Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023**:

– La demanda se ha de interponer en el plazo –de caducidad– de un año, a contar desde que se produjo la privación de la plena posesión de la vivienda (art. 439.1 LEC); y necesariamente debe acompañarse a ella el título en que el actor funda su derecho a poseer la vivienda en cuestión (art. 437.3 bis LEC), que habitualmente consistirá en la escritura de propiedad de esa vivienda (adviértase que antes de la modificación de la LEC por la LDV, estos dos eran los únicos requisitos que se contemplaban para la admisión a trámite de la demanda que da pie al *desahucio exprés de okupas*).

Dado que en una vivienda ocupada ilegalmente no siempre están las mismas personas, la demanda podrá dirigirse genéricamente contra *«los desconocidos ocupantes de la misma»*[12], siendo válida la notificación

(11) Para una completa explicación del procedimiento de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, *vid.*, entre otros, Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), Valencia, 2023, pp. 112-115; Vegas Torres, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía* (Memento Práctico F. Lefebvre), Madrid, 2020, pp. 362-363. Y con mayor amplitud, *vid.* Codón Alameda, A., *Ocupaciones ilegales: Soluciones penales y civiles,* Barcelona, 2023, pp. 145 y ss.; Garberí Llobregat, J., *Los procesos civiles de desahucio*, Barcelona, 2023, pp. 51 y ss.

(12) La ya citada *STC 32/2019, de 28 de febrero,* también declaró constitucional esta posibilidad de dirigir la demanda de forma genérica contra los ignorados ocupantes de la vivienda.

realizada a éstos o a quienes en concreto se encuentren en la vivienda en ese momento. A fin de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien lleve a cabo dicha notificación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad (medida que resulta totalmente adecuada, dadas las circunstancias en que se efectúa tal acto de comunicación); y cuando esta identificación haya sido posible y los interesados lo consientan, se dará traslado a los servicios sociales por si procediera su actuación (arts. 437.3 bis y 441.1 bis LEC).

– En la misma demanda puede y, lógicamente, debe pedirse por el actor (pues de lo contrario el procedimiento se sustanciará como un juicio verbal más sobre tutela sumaria de la posesión, con sus correspondientes trámites y plazos) la «*inmediata entrega de la posesión de la vivienda»,* en cuyo caso en el decreto de admisión a trámite de la demanda se requerirá a los ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquélla, un título que justifique suficientemente su situación posesoria. Si no se produce dicha justificación en ese breve plazo (esto es, los demandados no aportan en cinco días título alguno o se considera insuficiente el que han aportado) y el actor, por su parte, acreditó con la demanda suficientemente su título, el juez ordenará mediante auto el desalojo de las personas que se hallen en ese momento en la vivienda y la inmediata entrega de la posesión de ésta al actor, sin que quepa recurso alguno contra tal resolución. El desalojo de los ocupantes se comunicará, si éstos lo consienten, a los servicios sociales para que, en su caso, puedan adoptar medidas de protección en el plazo de siete días (art. 441.1 bis LEC).

Como se ha señalado [13], esta es, sin duda, la principal especialidad del procedimiento *desahucio exprés de okupas:* la posibilidad de que el actor solicite, al presentar su demanda, esa medida (la recuperación inmediata de una vivienda ocupada ilegalmente), que el tribunal puede acordar mediante auto irrecurrible tras la sustanciación de un breve incidente, sin necesidad de esperar a la finalización del proceso.

– Cuando en la demanda no se haya solicitado la entrega inmediata de la posesión de la vivienda o, habiéndose solicitado, el juez haya denegado esta medida (por considerar que título aportado por el demandado es bastante, a primera vista, para justificar su situación posesoria), el demandado dispondrá de diez días para contestar a la demanda, sin posibilidad de reconvenir (art. 438, aps. 1 y 2 LEC); es decir, el procedimiento

---

Como subrayó A. TORRES, esta fue una de las novedades más positivas de la reforma operada en la LEC por la Ley 5/2018, dado que, aunque anteriormente la mayoría de Juzgados ya venían admitiendo que el actor dirigiera su demanda contra los ignorados ocupantes de un inmueble, algunos todavía se mostraban contrarios a ello, por lo que la reforma resultaba necesaria en este punto (ID., *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España?,* cit.).

(13) Vegas Torres, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía, cit.,* p. 362.

seguirá su tramitación como cualquier otro juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión (contestación a la demanda, celebración de vista, en su caso, y sentencia), con las especialidades propias de este juicio.

Si el demandado o demandados no contestan a la demanda en el plazo previsto, se dictará sentencia inmediatamente (art. 444.1 bis LEC). Si, por el contrario, aquéllos contestan a la demanda y se oponen a la misma, esta oposición únicamente se podrá fundar, por tratarse de un proceso sumario, en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda (por ejemplo, un contrato de arrendamiento) o en la falta de título por parte de éste (artículo 444.1 bis LEC).

Celebrada, en su caso, la vista, cuando la sentencia que se dicte sea estimatoria de la pretensión del actor, previa solicitud de éste, se ejecutará inmediatamente, esto es, se llevará a cabo el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda sin necesidad de cumplir el plazo de espera (veinte días) legalmente previsto con carácter general (artículo 444.1 bis LEC).

– En las situaciones de «vulnerabilidad económica sin alternativa habitacional» (situaciones descritas en el artículo 5.1.a del *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19)*, con carácter extraordinario y temporal se podrá suspender el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda en los supuestos, entre otros, del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, siempre que concurran los distintos requisitos establecidos para ello (artículo 1 bis de dicho RDL 11/2020) [14].

§ 2. La Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda (DF. 5.ª), como ya hemos apuntado, introdujo importantes modificaciones en la regulación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (también en la de los procedimientos de los núms. 1.º, 2.º y 7.º del art. 250.1 LEC), a fin de proteger a los ocupantes de viviendas que se hallaran en situación de vulnerabilidad económica o social. Estas modificaciones introducidas por la LDV consistieron, en esencia (luego se expondrán con detalle):

(14) Esta suspensión extraordinaria y temporal del procedimiento de desahucio y del lanzamiento para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en el caso, entre otros, del artículo 250.1.4.º LEC, se instauró a través de la modificación del citado RDL 11/2020 por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre y estaba previsto que durase hasta la finalización del estado de alarma (8 de mayo de 2021), pero fue sucesivamente prorrogada, siendo la última prórroga decretada con anterioridad a la LDV la establecida por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que extendió la suspensión hasta el 30 de junio de 2023.

Nótese que, además de la vulnerabilidad económica, esta medida requiere que la persona que ocupa la vivienda sea dependiente (de conformidad con lo dispuesto en el ap. 2 del art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre), víctima de violencia sobre la mujer o que tenga a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad (ap. 3, párr. 1.º del art. 1 bis del RDL 11/2020, modificado por el RDL 20/2022).

– En el establecimiento de unos nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda en que se solicite la entrega de una vivienda ocupada ilegalmente, de modo que ésta no se admitirá si no se especifican y acreditan determinadas circunstancias, a saber: si se trata de la vivienda habitual del demandado, si el demandante es un gran tenedor de viviendas y, en caso afirmativo, si aquél se encuentra en una situación de vulnerabilidad (nuevo ap. 6 del art. 439 LEC). Este último requisito (hacer constar en la demanda, cuando el demandante sea un gran tenedor, la situación de vulnerabilidad del demandado), previsto en la letra c) de dicho artículo 439.6 de la LEC, ha sido declarado inconstitucional por la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 26/2025, de 29 de enero de 2025* (15).

El TC considera que el requisito de admisibilidad de la demanda establecido en el artículo 439.6 c) de la LEC para los juicios verbales de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la misma Ley, «al suponer trasladar a la parte actora una carga acreditativa desmesurada por ser la circunstancia a acreditar susceptible de conocerse también a través de medios igual o más asequibles, constituye una barrera desproporcionada para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva», en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, «resultando, por ello, inconstitucional y nulo por vulnerar el artículo 24.1 CE».

> El TC llega a esta conclusión con base en los siguientes argumentos: «Si conforme a nuestra doctrina son contrarios a este derecho [sic: el derecho a la tutela judicial efectiva] los requisitos que condicionen el acceso a la jurisdicción (…), cuando dichos requisitos se erigen en trabas excesivas respecto del fin que lícitamente puede perseguir el legislador, en el presente caso la exigencia de acreditación de la situación de vulnerabilidad se presenta como excesiva, por no resultar comprensible a la luz de una ponderación proporcionada con la finalidad pretendida –encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica–, en la medida en que dicho objetivo puede alcanzarse por otras vías sin menoscabo del derecho de quien pretende accionar la justicia o proseguir el correspondiente proceso. [/] Es más, la previsión del artículo 439.6 c) LEC puede considerarse incluso innecesaria para conseguir la finalidad pretendida a la luz de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición final quinta de la propia Ley 12/2023. La misma acomete una reforma del artículo 441.5 LEC y prevé que por los poderes públicos se adopten las oportunas medidas para hacer

(15) Publicada en el BOE núm. 51 del viernes 28 de febrero de 2025, Sec. TC, p. 28392 y ss. (ECLI: ES: TC:2025:26). Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la LDV de 2023, entre ellos y en lo que aquí interesa la DF 5.ª-2 de la citada Ley, a través de la cual se añadieron nuevos aps. 6 y 7 en el artículo 439 de la LEC.

frente a las eventuales situaciones de desprotección residencial que pudiesen tener lugar con ocasión de la vulnerabilidad económica en que pudieran encontrarse los ocupantes de las viviendas objeto de controversia en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 LEC (los mismos a que remite el art. 439.6 LEC), una vez admitida la respectiva demanda y, por tanto, de forma compatible y respetuosa con el derecho de acceso al proceso de quien postula la recuperación de la posesión de la vivienda en cuestión. [/] A estos efectos, el referido artículo 441.5 LEC prevé que en los aludidos casos del artículo 250.1 LEC, siendo el inmueble vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, se prevé que el juzgado de forma inmediata y de oficio comunicará a dichas administraciones públicas la existencia del procedimiento a fin de que puedan verificar dicha situación de vulnerabilidad y, de existir esta, "presentar al juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada". [/] La no exigencia del requisito de admisibilidad de la demanda consistente en que la parte actora acredite la referida situación de vulnerabilidad económica no daría lugar, pues, a que quedara desatendida la finalidad legítima perseguida por el legislador. Anticipar su protección condicionando la admisión de la acción resulta, por ello, desproporcionado» (ap. C.c. de los Fundamentos Jurídicos de la *STC 26/2025, de 29 de enero*).

– En el establecimiento, asimismo, de un nuevo trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda en el juicio verbal del núm. 4 del artículo 250.1 de la LEC (también en los casos de los núms. 1.º, 2.º y 7.º de dicho artículo), que operaba como un requisito o presupuesto de procedibilidad cuando concurrieran las tres circunstancias antes mencionadas: que la parte actora tuviese la condición de gran tenedora, que el inmueble objeto de demanda constituyera la vivienda habitual de la persona ocupante y que la misma se encontrase en situación de vulnerabilidad (nuevo ap. 7 del artículo 439 LEC)[16]. Esta

(16) Adviértase que la redacción dada por la Ley 12/2023 a los preceptos de la LEC en los que se establecen los requisitos de procedibilidad o de admisibilidad de las demandas de recuperación de la posesión (nuevos aps. 6 y 7 del art. 439 LEC), en el caso del *desahucio exprés de okupas* obliga al demandante, propietario o poseedor legítimo de la vivienda ocupada, a identificar a los *okupas* demandados, de modo que la posibilidad –facilidad procesal para el actor– de dirigir la demanda en ese caso contra «los desconocidos ocupantes» de la vivienda, que hemos visto que dispuso la Ley 5/2018, desaparecería

exigencia también ha sido declarada inconstitucional por la referida *STC 26/2025, de 29 de enero*, por las mismas razones que hemos visto que llevan al TC a apreciar la inconstitucionalidad del ap. 6.c) del propio artículo 439 de la LEC: el trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda de desahucio por un gran tenedor de viviendas, incorporado a la LEC por la DF. 5.ª-2 de la LDV, tampoco cumple las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción, desde un canon de proporcionalidad (17).

Además, la reciente *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia,* tras establecer como requisito imprescindible para poder acudir a los tribunales, con carácter general, el haber intentado sin éxito una solución negociada mediante alguno de los llamados «medios adecuados de solución de controversias» (abreviadamente, MASC), prevé, no obstante, que no se exigirá esa actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad para la iniciación de determinados procesos, entre los que menciona expresamente los que versen sobre «la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute» (ap. 2.e del art. 5 de la Ley Orgánica 1/2025). Así pues, por lo que se refiere a los juicios verbales del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, aunque la *STC 26/2025, de 29 de enero,* no hubiera declarado la inconstitucionalidad de lo previsto en el ap. 7 del artículo 439 de la LEC, en virtud del citado precepto de la Ley Orgánica 1/2025 el resultado sería el mismo en ese supuesto: para poder interponer una demanda de retener o recobrar la posesión y, en el caso concreto que nos interesa aquí, de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, no es preciso que el propietario o poseedor legítimo de la misma intente antes llegar a una solución pactada con el *okupa.* El legislador viene a reconocer así que hay conflictos jurídicos en los que no tiene sentido alguno, puesto que no serviría sino para demorar todavía más la resolución de los mismos, establecer como requisito de procedibilidad la obligación de someterse las partes enfrentadas a cualquier tipo de actividad negociadora reconocida legalmente (a un MASC) antes de acudir a la Administración de Justicia.

---

de facto en tales circunstancias o, al menos, se vería muy dificultada. Sobre esta cuestión, *vid.* García Paz, D. *La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba,* junio de 2023, documento en formato pdf accesible en línea: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=GARC%C3%8DA+PAZ%2C+D.+La+viabilidad+de+la+acci%C3%B3n+civil+de+desahucio+frente+a+ignorados+ocupantes%3A+una+inversi%C3%B3n%2C+de+hecho%2C+de+la+carga+de+la+prueba%2C+

(17) « … debe declararse también inconstitucional y nulo lo dispuesto en el artículo 439.7 LEC, añadido por la disposición final quinta de la Ley 12/2023. Ello porque lo previsto en este apartado se vincula inescindiblemente, entre otras cosas, a la constatación de la situación de vulnerabilidad económica de la parte demandada conforme a lo previsto en el apartado [6 del mismo artículo de la LEC] que acaba de declararse inconstitucional» (ap. C.d. de los Fundamentos Jurídicos de la *STC 26/2025, de 29 de enero*).

– Y en la extensión a todos los desahucios (casos del art. 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC), incluido ahora, pues, el *desahucio exprés de okupas*, de la posibilidad de suspender el proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, previa valoración del caso concreto, incrementándose, además, los plazos de suspensión (artículo 441, aps. 5, 6 y 7 LEC, el ap. 5 modificado y los aps. 6 y 7 añadidos por la LDV).

Por lo que se refiere a la suspensión extraordinaria y temporal del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, prevista en el RDL 11/2020, la LDV, en un principio (texto original de su disposición transitoria 3.ª), mantuvo para esta suspensión la misma prórroga que se había establecido mediante la modificación de dicho Real Decreto-ley por el RDL 20/2022: hasta el 30 de junio de 2023, como hemos visto (nota núm. 14). Ahora bien, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que –entre otras cosas– se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a ciertas situaciones de vulnerabilidad, modificó, a través de su disposición adicional 5.ª, esa referencia temporal de la LDV en el sentido de que «se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2023» (véase asimismo el artículo 168 del citado RDL 5/2023) [18].

2.6 **No obligatoriedad de acudir a este procedimiento en caso de ocupación ilegal de una vivienda**

Como se ha señalado [19], la afirmación realizada por el legislador de la Ley 5/2018, en el Preámbulo de la misma, sobre el desahucio por precario, en el sentido de que en los supuestos de ocupación ilegal de inmuebles no existe precario [20], hizo que rápidamente surgiera entre los profesionales del

(18) Téngase en cuenta que con posterioridad el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, volvió a modificar el RDL 11/2020 y a prorrogar otra vez, en esta ocasión hasta el 31 de diciembre de 2024, la suspensión extraordinaria de los desahucios y lanzamientos en el supuesto –entre otros– del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, para personas que estuvieran en la referida situación de vulnerabilidad económica sin alternativa habitacional (art. 87.2 de dicho RDL 8/2023); y que el reciente Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes para –entre otras finalidades– hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, ha extendido esa suspensión extraordinaria del lanzamiento hasta el 31 de diciembre de 2025, de modo que la referencia temporal efectuada en la disposición transitoria 3.ª de la LDV debe entenderse hecha ahora mismo a esta última fecha (arts. 72.2 y 73 de dicho RDL 1/2025).

(19) López-Dávila Agüeros, F. *¿Inadecuación de procedimiento por no acudir al proceso especial del artículo 250.1.4 LEC en caso de ocupación ilegal de una vivienda?,* en blog Sepín, Inmobiliario, 22 de octubre de 2020.

(20) «El cauce conocido como *desahucio por precario* plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el

Derecho la duda de si, siempre y cuando se diesen los requisitos legalmente establecidos en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, era obligatorio acudir al nuevo procedimiento de *desahucio exprés de okupas* o si, por el contrario, el propietario afectado por esta ocupación tenía la libertad de elegir el cauce procesal que considerase más oportuno, ya fuese ese nuevo procedimiento u otro de los ya existentes con anterioridad, como podía ser el mencionado juicio de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC) o el procedimiento para la efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC).

Cuando comenzó a aplicarse la Ley 5/2018, muchos de los abogados que defendían a *okupas*, con base en esa afirmación del Preámbulo de la citada Ley, optaron por la primera solución (esto es, que en el supuesto de ocupación ilegal de una vivienda o parte de ella era obligatorio acudir al procedimiento del art. 250.1.4.º, párr. 2.º LEC, siempre se dieran los requisitos establecidos en este precepto), de modo que cuando se iniciaba contra sus clientes un juicio desahucio por precario oponían, al contestar a la demanda, la excepción de inadecuación del procedimiento. Las Audiencias Provinciales, sin embargo, se inclinaron desde el principio por la segunda solución, es decir, consideraron que, aunque se trate de un caso de ocupación ilegal de una vivienda y concurran los demás requisitos previstos en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, esto no implica la obligatoriedad para el actor de seguir este cauce procesal, siendo perfectamente válido el ejercicio de la acción de desahucio por precario o de cualquier otra que permita la recuperación de la vivienda ocupada y, en consecuencia, sin que sea admisible en tal caso la referida excepción cuando el actor acuda a uno de esos otros instrumentos procesales[21].

> Eso explica que, ante los diversos inconvenientes que ya hemos apuntado que tiene el procedimiento de *desahucio exprés de okupas,* los propietarios de viviendas ocupadas ilegalmente prefieran a menudo seguir el cauce del juicio –también verbal, pero plenario– de desahucio por precario (art. 250.1, núm. 2.º LEC), que de este modo es –ha seguido siendo en los últimos años, pese a existir desde 2018 un cauce específico para ello– el proceso civil más utilizado en la práctica para recuperar la posesión de inmuebles, como señala la doctrina[22].

---

propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante» (párr. 11.º del Preámbulo de la Ley 5/2018).

(21) Así, por ejemplo, la *SAP Tarragona (Sec. 3.ª) 254/2019, de 23 de julio,* declaró en ese sentido que «El hecho de que estemos ante una ocupación por la vía de hecho, tras la reforma [por la Ley 5/2018] del artículo 250.1.4 LEC, no implica la obligatoriedad de acudir a dicho proceso, sin que exista inadecuación de procedimiento por ejercitar el desahucio por precario». *Vid.* en el mismo sentido y entre otras, *SAP Madrid, Sec. 10.ª, 494/2019, de 17 de octubre; SAP Barcelona, Sec. 4.ª, 1169/2019, de 18 de diciembre; y SAP Barcelona, Sec. 4.ª, 462/2020, de 9 de junio.* Esta jurisprudencia, que sepamos, se ha mantenido por las AAPP a lo largo de los años posteriores.

(22) *Vid.* así, por todos, Codón Alameda, A., *Ocupaciones ilegales…,* cit., p. 127, entre otras en este sentido.

3. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGULACIÓN ACTUAL DE ESTE JUICIO VERBAL. ALGUNAS PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* PARA TRATAR DE SOLUCIONARLOS

3.1 **Limitación del objeto (sólo cierta clase de inmuebles)**

Como se apuntó anteriormente, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* sólo puede tener por objeto la recuperación inmediata de la plena posesión de cierta clase de bienes inmuebles: *viviendas o partes de ellas* (art. 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC). Todas las demás clases de inmuebles (locales comerciales, naves industriales, solares…), quedan, por tanto, excluidos del ámbito objetivo de aplicación de este procedimiento; en consecuencia, los propietarios o poseedores legítimos por otro título (arrendamiento, usufructo…) de estos otros inmuebles, en el caso de que los mismos sean ocupados ilegalmente, se verán abocados a acudir a otros cauces procesales, menos expeditivos, para recuperar la posesión (entre ellos y particularmente, el proceso para la tutela sumaria de la posesión del párr. 1.º del mismo art. 250.1.4.º LEC o el proceso sobre protección de derechos reales inscritos del art. 250.1.7.º LEC).

¿A qué obedece la exclusión de estos otros inmuebles, distintos a viviendas o partes de ellas, del ámbito objetivo del *desahucio exprés de okupas*? El legislador de la Ley 5/2018 no da, en el Preámbulo de la misma, ninguna respuesta este interrogante; simplemente, parece dar por sentado que el problema de la ocupación ilegal en España se circunscribe a las viviendas, cuando, en realidad no es así. Porque, aunque ciertamente son mucho más numerosos los casos de ocupaciones ilegales de viviendas, no es infrecuente leer en la prensa noticias de *okupaciones* de locales comerciales o naves industriales[23]; y los perjuicios que la prolongación en el tiempo de estas ocupaciones ilegales de locales o naves pueden ocasionar a sus titulares legítimos –pérdida de ingresos, daños causados en el interior y exterior del inmueble que exigirán costosas reparaciones, etc.– son tan graves como los que sufren los legítimos poseedores de viviendas (piénsese, por ejemplo, en el caso del dueño o arrendador de un local comercial que no pueda explotar su negocio durante uno o dos años, a causa de la *okupación* de ese local, lo que afectará significativamente a su situación financiera). Además, las mismas razones que aduce el legislador, en el Preámbulo de la Ley 5/2018, para

(23) Sirva como botón de muestra esta noticia, publicada recientemente en el Periódico de Barcelona: «La Marina del Port sufre la continua ocupación de locales vacíos». Accesible online: https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20180930/marina-port-sufre-continua-okupacion-locales-vacios-7060488

sustentar la necesidad de poner a disposición de los propietarios o poseedores legítimos de viviendas ocupadas ilegalmente un instrumento procesal ágil que posibilite su recuperación inmediata (básicamente, que tanto el desahucio por precario *ex* art. 250.1.2.º LEC como la tutela sumaria de la posesión *ex* art. 250.1.4.º, párr. 1.º LEC y la tutela de los derechos reales inscritos *ex* art. 250.1.7.º LEC son mecanismos legales que presentan limitaciones o ineficiencias como respuesta al fenómeno de la ocupación ilegal), sirven perfectamente también para el supuesto de la *okupación* de locales comerciales o naves industriales.

Por todo ello, creo que sería muy conveniente, de *lege ferenda,* reformar cuanto antes la LEC –la redacción del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC– para incluir en ella los casos, al menos, de locales comerciales y naves industriales ocupados ilegalmente. Y, en este sentido, considero un desacierto que no se aproveche la ocasión que brinda la *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios (124/000003),* que se está tramitando en las Cortes Generales[24], para acabar con esta injustificada limitación que tiene actualmente el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* en lo relativo a su objeto o ámbito objetivo de aplicación[25].

En cambio, la reciente *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles (122/000150),* que el Pleno del Congreso de los Diputados tomó en con-

---

(24) Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 64-1, de 23/02/2024.

El texto íntegro de dicha Proposición de Ley del Senado (concretamente, del Grupo Parlamentario Popular de la Cámara Alta), que en este momento se halla en la Comisión de Justicia del Congreso (en plazo para enmiendas, que ha sido objeto de numerosas ampliaciones, la última por ahora hasta el 21/05/2025) puede consultarse online:

https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-15-B-64-1. CODI.)

(25) El artículo 5.2 de dicha Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado mantiene la redacción en este punto del artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, …».

No obstante, respecto de los locales ubicados en comunidades de propietarios que estén ocupados ilegalmente y cuyos *okupas* desarrollen en ellos o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos (siempre que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas), esta Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal prevé, a fin de preservar la convivencia vecinal, la posibilidad de que el Presidente de la comunidad, previa autorización de la Junta de propietarios, pueda entablar contra el *okupa* u *okupas* del local que persistan en la realización de actividades prohibidas una acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por ella, se sustanciará a través del juicio ordinario regulado en los artículos 399 y ss. de la LEC, y que, de terminar con una sentencia estimatoria, se dispondrá en ella el lanzamiento inmediato de los *okupas* y la indemnización de daños y perjuicios que proceda (véase, en este sentido, el artículo 6 de la referida Proposición de Ley Orgánica, precepto titulado «Respeto al régimen interior de la comunidad de propietarios y normas de convivencia vecinal» y a través del cual se modifican varios artículos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).

sideración el 18 de marzo de 2025[26], prevé en su artículo 4.1 la modificación del artículo 250.1.4.º de la LEC, cuyo párrafo segundo quedaría redactado de la siguiente manera por lo que se refiere al objeto de este juicio verbal: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de un bien inmueble, …»; se sustituye, pues, la expresión actual *vivienda o parte de ella* por la de *bien inmueble,* lo que es, en mi opinión, un gran acierto por las razones antes expuestas.

3.2 **Limitación de la legitimación activa (sólo ciertas clases de poseedores de viviendas)**

En el *desahucio exprés de okupas,* la legitimación activa o condición de «parte legítima» en el lado activo del proceso (quién debe pedir esta concreta tutela jurisdiccional) solamente se reconoce por la ley, como también se apuntó, a ciertas clases de poseedores de viviendas que se hayan visto privados de ellas sin su consentimiento: la acción para su inmediata recuperación, en efecto, deberá ejercitarse por el propietario o poseedor legítimo que sea, bien una *persona física,* bien una *persona jurídica sin ánimo de lucro* o bien una *entidad pública que gestiona viviendas sociales* (art. 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC). Así pues, todos los demás poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente que no estén comprendidos en las categorías anteriores (especialmente, las personas jurídicas con ánimo de lucro, que a menudo son grandes tenedoras de viviendas: bancos, inmobiliarias, fondos de inversión, etc.[27]) quedan excluidos, por lo que no podrán acogerse a esta modalidad de tutela jurisdiccional sumaria y particularmente expeditiva que incorporó a la LEC la Ley 5/2018, debiendo acudir a otros instrumentos procesales menos ágiles para recuperar la plena posesión (especialmente, al proceso

(26) Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 173-1, de 31/01/2025.

Dicha Proposición de Ley, de la que es autor el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya del Congreso, superó el debate de toma en consideración con un amplísimo apoyo de la Cámara Baja (300 votos a favor y sólo 44 en contra), de modo que es previsible que logre culminar con éxito su tramitación parlamentaria (a diferencia de la Proposición de Ley contra la ocupación ilegal del Grupo Parlamentario Popular, que desde mediados de marzo de 2024 está varada en la Comisión de Justicia del Congreso, por falta del apoyo necesario para continuar su tramitación).

(27) No se olvide que los bancos y los fondos de inversión suelen ser titulares de una gran cantidad de viviendas y que es frecuente que buena parte de ellas pasen muchos meses deshabitadas y sin uso aparente, a la espera de ser vendidas o alquiladas, por lo que estas entidades se ven afectadas seriamente por el problema de la ocupación ilegal. *Vid.*, en este sentido, la noticia publicada el 6 de febrero de 2023 en el periódico El País:

https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-06/fondos-de-inversion-pagan-ayudas-de-miles-de-euros-a-ocupas-para-que-abandonen-las-viviendas.html

sobre protección de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad previsto en el art. 250.1.7.º LEC).

De nuevo, el legislador de la Ley 5/2018, en el Preámbulo de la misma, no nos ofrece la menor explicación sobre este punto, limitándose a señalar que «conviene articular mecanismos legales ágiles en la vía civil que permitan la defensa de los derechos de titulares legítimos que se ven privados ilegalmente y sin su consentimiento de la posesión de su vivienda, cuando se trata de personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social». Pero ¿por qué únicamente en estos casos, tratándose de estas concretas personas y entidades? ¿Acaso para las demás titulares legítimas de viviendas es sencillo en la vía civil recuperarlas con agilidad cuando están ocupadas ilegalmente? Ninguna explicación, repito, acerca de cuál es la *ratio legis* de la referida limitación de la legitimación activa que existe en este proceso.

Como se ha dicho –y estoy completamente de acuerdo–, supone una discriminación injustificable que el procedimiento que nos ocupa se circunscriba, desde el punto de vista subjetivo, a las personas y entidades mencionadas en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º de la LEC. «No tiene sentido que las personas jurídicas [sic. con ánimo de lucro], por el mero hecho de serlo, carezcan de las ventajas procedimentales que se conceden [sic. en el citado precepto], como si todas aquellas tuvieran que ser bancos o los mal llamados *fondos buitre,* que, en cualquier caso, ni los primeros ni los segundos tienen por qué verse privados» de tales ventajas. Además, es muy peligroso y, en consecuencia, «resulta totalmente censurable el efecto llamada que esta regulación puede provocar, máxime en los *movimientos okupas*, perfectamente organizados, que no dudan en consultar previamente la titularidad registral de los inmuebles» [28]. Una ocupación es ilegal con independencia de quién sea el propietario de la vivienda, por lo que la respuesta legal frente a ella debería ser la misma para todos los afectados; pero, incomprensiblemente, el legislador parece estar propiciando las ocupaciones de viviendas que sufren algunos tipos de propietarios (bancos y fondos de inversión, sobre todo), al obligarles a acudir para recuperarlas a cauces procesales más lentos e ineficientes.

Con buen criterio, la ya citada *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal*, de 23 de febrero de 2024, pone fin a esta injustificable discriminación que impide ahora a las entidades con ánimo de lucro ejercitar la acción de *desahucio exprés de okupas*. En efecto, el artículo 5 («Medidas procesales de mejora de la

(28) Así, Torres, A. *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España?,* cit.

protección»), ap. 2 de dicha Proposición de Ley Orgánica modifica el artículo 250.1.4.º de la LEC, de modo que el párrafo 2.º de este precepto pasará a tener la siguiente redacción: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de la misma sin su consentimiento, las *personas físicas o jurídicas que sean propietarias o poseedoras legítimas por otro título» (*las cursivas son mías)[29]. Así pues, de prosperar esta modificación, todas las personas jurídicas, sin distinción alguna (incluidas las entidades privadas que son grandes tenedoras de viviendas, al margen de que conciten más o menos simpatías), estarán activamente legitimadas para pedir, a través del cauce procesal del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, la recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente; una reforma legal que, a mi juicio, sin duda resultaría muy positiva por los motivos aducidos por la propia Proposición de Ley Orgánica de 23 de febrero de 2024[30].

3.3 **Reformas operadas por la Ley de vivienda de 2023 en los procedimientos de desahucio, que complican y retrasan la recuperación de la posesión de viviendas ocupadas**

Aunque en teoría el juicio verbal del artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC se configura, como hemos visto, como una tutela sumaria (rápida) y, además, particularmente expeditiva (este procedimiento puede finalizar con un auto del tribunal que ordena la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, dictado tras la sustanciación de un breve incidente), lo cierto es que en la práctica, como también hemos visto, la duración media de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas es muy grande (10,9 meses en el año 2022 y 12,0 meses en el año 2023, sólo en la

(29) La Exposición de Motivos, ap. II, párr. 2.º de esta Proposición de Ley Orgánica justifica así la referida modificación del artículo 250.1.4.º LEC: «Estas mejoras (sic. en la protección jurídica frente a la ocupación ilegal de viviendas) se complementan con la extensión de legitimación en el artículo 250.1.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a las personas físicas y todas las personas jurídicas, pues la limitación actual no permite la misma protección de derechos idénticos y, además, ello contribuye a abrir espacios de impunidad que la delincuencia organizada está aprovechando con consecuencias graves para la convivencia en las comunidades de propietarios, además de la privación del disfrute del derecho a su legítimo titular, sin que pueda justificarse ese tratamiento diferenciado».

(30) La antes mencionada *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles,* de 31 de enero de 2025, por el contrario, mantiene la limitación actual de la legitimación activa para pedir la recuperación inmediata de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente. Sorprende que esta Proposición de Ley, que contiene diversas propuestas de mejora de los procedimientos regulados en el artículo 250.1.4.º LEC (a mi juicio, todas ellas muy atinadas), no incluya entre tales propuestas la extensión de la legitimación para el ejercicio de la modalidad del interdicto de recobrar prevista en el párr. 2.º de este artículo de la LEC.

primera instancia), de manera que el desalojo de los *okupas* por orden judicial se demora excesivamente en el ámbito civil. Pues bien, la LDV de 2023 introdujo en este procedimiento –y en los otros que pueden conllevar también el lanzamiento del demandado del inmueble que ocupa– algunas medidas en favor de las personas vulnerables, que hemos apuntado ya, que agravaban el problema, esto es, que *de facto* terminaban de eliminar la celeridad que debería caracterizarlo, al constituir tales medidas importantes obstáculos procesales al desalojo de los *okupas*. A continuación, vamos a exponerlas con el detenimiento que merecen, obviando lógicamente aquellas que la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 26/2025, de 29 de enero de 2025,* ya citada, ha declarado inconstitucionales, al representar impedimentos desproporcionados y, por tanto, inaceptables para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción[31].

3.3.1 *Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda*

§ 1. El ap. 6 del artículo 439 de la LEC, añadido por la DF. 5.ª-2 de la LDV, establece unos nuevos requisitos, tanto de contendido como de aportación de documentos, para la admisión a trámite de las demandas de *desahucio* (en sentido amplio) en los casos del artículo 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º de la LEC[32], quedando comprendidas, por tanto, las demandas de juicio verbal para el *desahucio exprés de okupas*. Concretamente, el mencionado precepto dispone en la actualidad (tras declararse su inconstitucionalidad parcial por la tan citada *STC 26/2025, de 29 de enero*) que en tales casos no se admitirán las demandas que pretendan la recupera-

(31) Recuérdese que, en lo que aquí interesa, la citada *STC 26/2025, de 29 de enero,* declara inconstitucionales y nulos, por vulnerar el artículo 24.1 CE, de un lado, el requisito de admisibilidad de la demanda consistente en especificar en la misma si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica (siempre y cuando el inmueble objeto de la demanda constituyera la vivienda habitual de la persona ocupante y la parte demandante tuviese la condición de gran tenedora), que preveía la letra c) del ap. 6 del artículo 439 LEC, y de otro, el trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda de desahucio por un gran tenedor (siempre y cuando el inmueble objeto de la demanda constituyera la vivienda habitual del demandado y éste se encontrase en situación de vulnerabilidad económica), que preveía el ap. 7 del artículo 439 LEC, ambos preceptos añadidos a la LEC por la DF 5.ª de la LDV (*vid. supra,* ap. 2.5, §2 de este capítulo).

(32) Es decir, exigencias que deberá cumplir la demanda en los juicios verbales en los que se pretenda la recuperación de la posesión de una finca por impago de rentas u otras cantidades debidas o por terminación del período del arrendamiento (núm. 1.º del artículo 250.1 LEC), por precario (núm. 2.º del artículo 250.1 LEC), por perturbación o despojo no consentido ni tolerado (núm. 4.º del artículo 250.1 LEC) o por oposición a la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad sin disponer de título para ello (núm. 7.º del artículo 250.1 LEC), de manera que a estos efectos se tratan exactamente igual todas las situaciones de ilegítima tenencia de un inmueble, ya existiera o no un título jurídico previo (un contrato de arrendamiento, por ejemplo), lo que no me parece lógico.

ción de la posesión de una finca en las que no se especifiquen y acrediten, por todo propietario o poseedor legítimo por otro título que quiera desahuciar o desalojar a un ocupante, las dos circunstancias siguientes:

a) Si el inmueble objeto de la demanda constituye o no la «vivienda habitual» de la persona ocupante, o lo que es lo mismo, el domicilio permanente de esta persona (artículo 3.i LDV[33]). Nótese que es el propietario demandante quien ha de alegar y probar esto, en vez del ocupante demandado para defenderse de la reclamación de aquél, que sería lo más lógico (y conforme con las reglas generales sobre distribución entre las partes de la carga de la prueba del artículo 217 LEC).

A priori, esta circunstancia podría acreditarse por la actora con relativa facilidad: bastaría que aportase con la demanda de desahucio, entre los documentos relativos al fondo del asunto (artículo 265.1 LEC), una certificación –original o copia fehaciente– del padrón municipal de la persona ocupante de la vivienda en cuestión[34]. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, en general, un certificado de empadronamiento sólo puede pedirlo –ya sea de forma presencial o electrónica– el propio interesado, por lo que si por cualquier razón quien lo pide es un tercero (en este caso, el propietario del inmueble objeto de la demanda), éste deberá haber sido autorizado para ello, es decir, mostrar una carta de autorización firmada por el ocupante del inmueble y una copia de su DNI[35]. Pero, como es evidente, un *okupa* –que muy probablemente no tiene relación alguna con el propietario, y de tenerla no será precisamente buena– nunca le facilitará dicha documentación al actor que quiere echarle de la vivienda, por lo que a éste no le resultará fácil probar esta circunstancia. Así pues, creo que en este caso al actor le debería ser suficiente justificar en la demanda que ha intentado obtener la documentación en cuestión (carta de autorización firmada por el ocupante y copia de su DNI) y que ha habido una negativa del demandado a facilitársela, con un suplico al juzgado para

(33) Efectivamente, según el citado precepto de la LDV y a los efectos de lo establecido en ella, residencia o *vivienda habitual* es «la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en Derecho».

(34) Los datos del Padrón Municipal (el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio) constituyen prueba de la residencia de una persona en el municipio y del domicilio habitual en el mismo; las certificaciones que se expidan de dichos datos tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos (art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

(35) Así se indica, por ejemplo, en la página web de mi municipio (Calviá, Mallorca, Islas Baleares): https://seuelectronica.calvia.com/opensiac/action/tramitesinfo?method=enter&id=362. También, en la web de Fotocasa, uno de los principales portales inmobiliarios de España: https://www.fotocasa.es/fotocasa-life/hogar/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-el-certificado-de-empadronamiento/

que –en el transcurso del proceso– requiera al Ayuntamiento que aporte la correspondiente certificación del padrón.

> Por lo demás, este requisito de admisibilidad de la demanda previsto en la letra a) del artículo 439.6 de la LEC tiene una estrecha relación con lo que establece el ap. 5 del artículo 441 de la propia LEC (modificado por la DF. 5.ª-4 de la LDV). En efecto, prevé este último precepto que en los casos de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC, siendo el inmueble objeto del litigio la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a ésta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a efectos de que puedan apreciar su posible situación de vulnerabilidad. Asimismo, prevé el referido precepto que, sin perjuicio de lo anterior, el tribunal, de forma inmediata y de oficio, comunicará a tales administraciones públicas la existencia del procedimiento a fin de que puedan verificar dicha situación de vulnerabilidad y, de existir ésta, presentar al tribunal propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social y propuesta de medidas de atención inmediata, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaría la parte demandada.

b) Si concurre o no en la parte demandante la condición de «gran tenedora» de viviendas, en los términos que establece el artículo 3.k) de la LDV, donde se viene a decir que, con carácter general, gran tenedora es la persona que es titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o de una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial[36].

En el caso de que la actora indique que no es gran tenedora, deberá adjuntar a la demanda de desahucio, a efectos de corroborar tal extremo, una certificación del Registro de la Propiedad en la que consten todas las propiedades a su nombre (esta certificación, que tiene la consideración y el valor probatorio de un documento público, se denomina «Certificación de localización de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda» y puede solicitarse online en la Sede Electrónica de los Registradores de España[37]). Se ha criticado, con razón, el planteamiento que hace la LDV de

(36) Lo que establece exactamente el citado precepto de la LDV es que, a los efectos de lo previsto en esta ley, *gran tenedor* es «la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa».

(37) Más información sobre esta Certificación y el acceso a la solicitud en:
https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/registro-de-la-propiedad/publicidad/certificaciones/certificacion-ley-derecho-vivienda

esta cuestión: «Hay una suerte de presunción de que el demandante es un gran tenedor, teniendo la carga de la prueba de que no lo es aportando certificación del Registro de la Propiedad en la que consten los bienes de los que es titular. Por lo tanto, el propietario usurpado tiene que incurrir en costes para acreditar que no es un gran tenedor»[38].

> A mi modo de ver, este requisito de admisibilidad de la demanda previsto en la letra b) del artículo 439.6 de la LEC, tras la anulación por el TC, en su reciente Sentencia de 29 de enero de 2025, del que se preveía en la letra c) del mismo artículo (y que exigía que, siendo el inmueble objeto de la controversia la vivienda habitual del demandado y teniendo el demandante la condición de gran tenedor de viviendas, éste especificara en su demanda, además, si el demandado se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica), no tiene ahora trascendencia alguna, por lo que su mantenimiento carece de sentido: ¿Qué efectos legales produce que la actora reconozca tener la referida condición de gran tenedora? Salvo error u omisión por mi parte, ninguno actualmente, porque, aunque la actora admita tal cosa, ya no tendrá que acreditar la situación de vulnerabilidad económica de la demandada, al haber sido declarada inconstitucional esta última exigencia.

§ 2. La aludida *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles,* de 31 de enero de 2025, partiendo de la base de que es preciso diferenciar el régimen jurídico-procesal de los procedimientos dirigidos a recuperar la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente, previstos en el artículo 250.1.4.º de la LEC, del aplicable al resto de procedimientos de recuperación de la posesión, plantea la necesidad de eliminar en aquellos procedimientos –los juicios verbales de recobrar la posesión– los requisitos de admisibilidad de la demanda establecidos en el ap. 6 del artículo 439 de la LEC, que actualmente imponen a la parte actora condiciones adicionales que complican la interposición de su demanda para recurar la posesión de inmuebles ocupados sin título legítimo[39]. Estoy completamente de acuerdo con este planteamiento; como he apuntado antes, en la misma línea que la referida Proposición de Ley, creo que no es lógico tratar exactamente igual, a efectos procesales, todas las situaciones de ilegítima tenencia de un inmueble, esto es, con independencia de que exista o no un título jurídico previo: cuando una ocupación es ilegal, sin título alguno que la legitime, como sucede en el caso del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º de la LEC, la

(38) Así, Cuena Casas, M., *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, cit.

(39) *Vid.*, en ese sentido, la Exposición de Motivos (párr. 12 y ss.) y el artículo 4.2 de dicha Proposición de Ley Orgánica de 31 de enero de 2025, de la que es autor el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya.

no exigencia de las condiciones de admisibilidad expresadas en las letras a) y b) del artículo 439.6 de la LEC sería lo más razonable.

3.3.2 *Extensión a todos los desahucios (incluido el exprés de okupas) de la posible suspensión del proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, e incremento de los plazos de suspensión*

§ 1. Hasta su modificación por la LDV (DF. 5.ª-4), el ap. 5 del artículo 441 LEC preveía que en los supuestos del artículo 250.1, núm. 1.º LEC –esto es, juicios verbales de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo del arriendo fijado contractual o legalmente–, admitida la demanda, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de que autorice la cesión de sus datos a éstos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad; y a los mismos efectos (valorar si el demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad) se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. «En el caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado [por el desahucio arrendaticio] se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica –añadía dicho ap. 5 del artículo 441 LEC, antes de su reforma por la LDV–, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, *el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso [de desahucio arrendaticio] hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica.* Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo, se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano» (las cursivas son mías).

Así pues, la suspensión del proceso que preveía anteriormente el artículo 441.5 LEC era automática y por resolución (decreto) del Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ): éste suspendía el procedimiento de desahucio arrendaticio en cuanto el tribunal recibía la comunicación de los servicios sociales confirmando, tras la evaluación correspondiente, que la persona o familia afectada por el posible desahucio se encontraba en situación de vulnerabilidad social y/o económica. Y esta suspensión del proceso, además, se producía por el plazo máximo de 1

mes si el demandante era una persona física, o de 3 meses si el demandante era una persona jurídica; plazo durante el cual los servicios sociales podían adoptar las medidas que estimaran oportunas en favor de la persona o personas ocupantes de la finca objeto de la demanda.

§ 2. Ahora, con la modificación realizada en el ap. 5 del artículo 441 y la adición a este artículo de la LEC de dos apartados –los nuevos aps. 6 y 7– por la DF. 5.ª-4 de la LDV, la situación ha cambiado de forma muy notable, en varios puntos. En efecto:

a) Ante todo, se ha ampliado sustancialmente el ámbito de aplicación del incidente de suspensión ordinaria del desahucio por situación de vulnerabilidad económica del demandado, en el sentido de que este incidente se extiende ahora a todos los juicios verbales del artículo 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º de la LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de su vivienda habitual, incluido, pues, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* previsto en el párr. 2.º del núm. 4.º de dicho artículo de la LEC (véase el modificado ap. 5 del artículo 441 LEC).

b) En segundo lugar, la suspensión del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad ahora se acuerda por el Juez mediante auto (no por el LAJ mediante decreto[40]), a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes; además, esta suspensión no es automática, sino que el Juez tomará la decisión de suspender o no el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones Públicas previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (véase el nuevo ap. 7 del art. 441 LEC, que añade que a estos efectos el Juez podrá tener en cuenta, en particular, los concretos parámetros de vulnerabilidad económica y social, fijados a partir de criterios objetivos, que se establecen en el párr. 2.º y ss. del mismo precepto[41]).

---

(40) Con una salvedad: recibida por el tribunal la comunicación de la Administración Pública competente confirmando que la persona o familia afectada por el desahucio se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, «el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas» (último párrafo del modificado ap. 5 del art. 441 LEC). Es decir, en caso de urgencia, por la proximidad de fecha señalada para la vista del juicio desahucio o para el lanzamiento, el LAJ suspenderá el proceso provisionalmente, a la espera de que el Juez resuelva la cuestión de forma definitiva.

(41) Los parámetros de vulnerabilidad económica contenidos en el artículo 441.7, párr. 2.º LEC están pensados para un juicio de desahucio por falta de pago; no sirven, pues, para un desahucio exprés de *okupas* (y lo normal es que los *okupas* sean personas vulnerables), por lo que entiendo en este caso el Juez tendrá que recurrir a otros parámetros, como, por ejemplo, los que prevé la

c) Finalmente, se incrementan considerablemente los plazos de suspensión del procedimiento de desahucio cuando exista vulnerabilidad, a fin de que las Administraciones Públicas competentes dispongan de más tiempo para adoptar las medidas propuestas (vivienda alternativa en alquiler social, ayudas económicas y subvenciones, etc.), pasando de 1 a 2 meses si la parte demandante es persona física, y de 3 a 4 meses si es persona jurídica (véase el nuevo ap. 6 del artículo 441 LEC)[42].

Recordemos, una vez más, que, aparte de esta suspensión ordinaria del procedimiento de desahucio en los supuestos de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC por encontrarse el demandado en una situación de vulnerabilidad, prevista en el artículo 441 LEC, existe también la suspensión extraordinaria y temporal de este procedimiento y del lanzamiento, en los mismos supuestos, para las personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, contemplada en el RDL 11/2020 y que, en principio, estaba previsto que durase hasta la finalización del estado de alarma por la pandemia de COVID-19 (8 de mayo de 2021), pero que ha sido objeto de varias prórrogas, extendiéndose la última –establecida por el reciente RDL 1/2025– hasta el 31 de diciembre de 2025[43].

En mi opinión, esta suspensión extraordinaria de los lanzamientos debería suprimirse en el caso de la ocupación ilegal de inmuebles, porque «la aplicación indiscriminada de esta medida en procedimientos de recuperación de la posesión sin título –como bien señala la Proposición de Ley Orgánica de 31

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 3.1, para que pueda reconocerse a una persona física el derecho a esta asistencia (con carácter general, que sus ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos, no superen dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples, cuando se trate de persona no integrada en ninguna unidad familiar).

(42) En la tan citada *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles,* de 31 de enero de 2025, se plantea de nuevo y por los mismos motivos antes expuestos en relación con los requisitos de admisibilidad de la demanda establecidos en el artículo 439.6 LEC (esto es, que los supuestos de ocupaciones ilegales de inmuebles dispongan de un régimen procesal diferenciado del resto de procedimientos para recuperar la posesión, más adecuado y justo), la necesidad de suprimir el trámite incidental de vulnerabilidad económica previsto en los aps. 5, 6 y 7 del artículo 441 LEC en los juicios verbales a los que se refiere el núm. 4.º del artículo 250.1 LEC (*vid.*, en este sentido, el párr. 12 y ss. de la Exposición de Motivos, así como el artículo 4.4 de dicha Proposición de Ley Orgánica).

(43) Adviértase que esta suspensión extraordinaria de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual para personas y familias vulnerables y sus repetidas prórrogas (parte importante del llamado «escudo social» que el Gobierno puso en marcha en 2020), si sigue prorrogándose, podría llegar a ser contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre ocupaciones ilegales: efectivamente, en la *Sentencia TEDH de 13 de diciembre de 2018 (asunto Casa di Cura Valle Fiorita S. R. L. c. Italia*; demanda núm. 67944/13) el Tribunal de Estrasburgo concluye afirmando que la demora prolongada en la ejecución de una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose las autoridades italianas en consideraciones sociales (la imposibilidad de encontrar alojamiento alternativo para los ocupantes debido a la falta de recursos) y en temores a perturbaciones del orden público, viola el derecho del titular legítimo del inmueble a un proceso justo (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-CEDH), así como su derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH).

de enero de 2025– se ha convertido en una herramienta que puede ser utilizada para dilatar injustificadamente los procesos. La protección a colectivos vulnerables que ocupen sin título se producirá con la notificación de estos procesos a las Administraciones públicas, *ex* artículo 150.4 LEC (…)»[44].

3.3.3 *Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas*

§ 1. La LDV (DF. 5.ª-3) añadió al artículo 440 LEC un ap. 5, en el que se prescribía que en todos los decretos del LAJ o resoluciones del Juez dictadas en todos los procedimientos de desahucio –incluido, pues, el *desahucio exprés de okupas*– que tuvieran por objeto «el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Este precepto es ahora, por obra del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, el párr. 2.º del nuevo ap. 6 del artículo 438.6 LEC, que tiene la misma redacción que tenía el ap. 5 del artículo 440 LEC[45].

Se prohíben, por tanto, los desahucios sin fecha y hora predeterminada para llevar a cabo el lanzamiento, algo que antes el tribunal omitía en ocasiones para evitar las movilizaciones que se producían con la finalidad de impedirlos (y que derivaban, en algunos casos, en disturbios en el inmueble en cuestión y sus alrededores). Está claro que la referida medida constituye un guiño del legislador de la LDV a las asociaciones y movimientos sociales antidesahucios. El asunto no tiene mayor trascendencia, aunque –eso sí– obligará a reforzar la seguridad de la comisión judicial y de las demás personas que intervengan en el acto del lanzamiento (el demandante o su procurador y un cerrajero), cuando el tribunal y/o el propietario sospechen que podrá haber problemas de orden público a la hora de proceder al mismo, solicitando que en tal caso también acuda la policía.

§ 2. Por lo demás, este precepto de la LEC ha de ponerse en relación con otro de la propia LEC que también ha sido modificado por la LDV, con-

(44) Así se subraya en la Exposición de Motivos, penúltimo párrafo, de dicha *Proposición de Ley Orgánica de 31 de enero de 2025, de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles;* y, en ese sentido, el art, 2.1 de la misma elimina la referencia al núm. 4.º del artículo 250.1 LEC que se hace en la redacción actual del artículo 1bis del RDL 11/2020.

(45) Esta exigencia de que en todos los señalamientos de lanzamientos se exprese el día y la hora exacta en la que tendrán lugar, la LDV la estableció también para los lanzamientos que se lleven a cabo en el marco de las ejecuciones dinerarias (*vid.* artículo 675 LEC, modificado por la DF. 5.ª-7 LDV) y no dinerarias (*vid.* ap. 2 del artículo 704 LEC, modificado por la DF. 5.ª-9 LDV). Los citados preceptos de la LEC no fueron reformados por el RDL 6/2023.

cretamente por su DF. 5.ª-1: me refiero al ap. 4 del artículo 150 de la LEC (añadido por la Ley 5/2018), que, con respecto a la notificación de resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, elimina la necesidad del consentimiento de éstos en el traslado a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social para comprobar su situación de vulnerabilidad en los procedimientos de desahucio, por si procediera la actuación de dichas Administraciones (el Preámbulo de la LDV, ap. III, incluye esta medida entre los aspectos más destacables de la reforma que lleva a cabo en el procedimiento de desahucio que pueda afectar a personas vulnerables).

> Acerca de esta y todas las demás comunicaciones a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social previstas legalmente, conviene recordar, de paso, lo que ya advirtió el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LDV: los numerosos plazos que se regulan para efectuar tales comunicaciones a las Administraciones Públicas, en todos los casos en que el desahucio pueda afectar a personas o familias vulnerables, determinarán, sin duda, amplias «dilaciones adicionales, tiempos muertos procesales fatalmente derivados de la propia mecánica de funcionamiento de nuestros tribunales, que pueden convertir aquel en un trámite muy lento y costoso…»[(46)].

BIBLIOGRAFÍA

Codón Alameda, A., *Ocupaciones ilegales: Soluciones penales y civiles,* Barcelona, 2023.

Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda,* de 27 de enero de 2022 (documento en formato pdf accesible en línea).

Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), Valencia, 2023.

Cuena Casas, M., *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda),* en blog «Hay Derecho», 10 de julio de 2023.

Del Saz Domínguez, L., *Los arrendamientos en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,* en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 5 de junio de 2023.

— ID. *¿Son válidas las cláusulas pactadas en los contratos de arrendamiento para prevenir la inquiokupación?,* en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 19 de julio de 2023.

(46) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda,* cit., ap. VII: Conclusiones.

Garberí Llobregat, J., *Los procesos civiles de desahucio. Tras la reforma operada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, Barcelona, 2023.

García Paz, D., *La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba,* junio de 2023 (documento en formato pdf accesible en línea).

Jueces de Primera Instancia de Barcelona, *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,* Barcelona, 29 de junio de 2023 (documento en formato pdf accesible en línea).

López-Dávila Agüeros, F., *¿Inadecuación de procedimiento por no acudir al proceso especial del artículo 250.1.4 LEC en caso de ocupación ilegal de una vivienda?,* en blog «Sepín», Inmobiliario, 22 de octubre de 2020.

Sánchez-Rivera, P., *Algunas cuestiones del juicio de desahucio a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,* en «La eficiencia de la Justicia a debate» (dir. Jiménez Conde, F. y López Simó, F.), Valencia, 2024, Capítulo XX.

Schumann Barragán, G., *El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas,* en Diario La Ley, núm. 9264, 21 de septiembre de 2018.

Torres, A., *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los okupas en España?,* en blog «Sepín», Arrendamientos Urbanos, 14 de junio de 2018.

Vegas Torres, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía* (Memento Práctico F. Lefebvre), Madrid, 2020, parágrafo 2999.

D. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (II): El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos *

Jaime Vegas Torres
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Rey Juan Carlos
jaime.vegas@urjc.es

Resumen: *El presente trabajo estudia la utilización del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos previsto en el artículo 250.1.7.º de la LEC como cauce procesal para reclamar la recuperación de viviendas ocupadas en casos de ocupación ilegal. Se justifica, con apoyo en la jurisprudencia, la idoneidad de este procedimiento para dichas reclamaciones y se analizan las características mas destacadas de este procedimiento (limitación de alegaciones, carencia de efectos de cosa juzgada, particularidades en materia de legitimación del demandante y de identificación de los demandados y exigencia de caución al demandado), poniéndolas en*

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

relación con las particularidades que presentan las situaciones de ocupación ilegal de viviendas. Se analizan, finalmente, las previsiones legales sobre protección de personas en situación de vulnerabilidad económica o social que son aplicables en estos juicios verbales.

Palabras clave: *juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, ocupación ilegal de viviendas.*

Abstract: *The present work examines the use of verbal proceedings for enforcing registered property rights as outlined in Article 250.1.7 of the Spanish Civil Procedure Law (LEC), as a procedural avenue for reclaiming occupied housing in cases of illegal occupation. With support from case law, the suitability of this procedure for such claims is justified, and the main characteristics of this procedure are analyzed (limitations on arguments, lack of res judicata effects, specific requirements for plaintiff standing and defendant identification, and the requirement for security from the defendant), relating them to the particularities of illegal housing occupation situations. Finally, the legal provisions regarding the protection of individuals in economically or socially vulnerable situations, which apply in these verbal proceedings, are analyzed.*

Keywords: *verbal proceedings for enforcing registered property rights, illegal property occupation.*

Sumario: 1. Idoneidad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos para reclamar la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal de viviendas. 2. Sumariedad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos: objeto limitado y carencia de cosa juzgada. 3. Legitimación activa del titular registral. 4. Identificación de los demandados: los ignorados ocupantes. 5. La exigencia de caución al demandado. 6. Aplicación de las previsiones legales para los casos de vulnerabilidad económica o social. Bibliografía.

1. IDONEIDAD DEL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS PARA RECLAMAR LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS

Hasta la Ley 5/2018, de 11 de junio, no existía en España ningún cauce procesal específicamente diseñado para dar respuesta a las necesidades de

tutela jurisdiccional de los sujetos perjudicados por la ocupación ilegal de viviendas. Antes de esta reforma legal la recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente podía conseguirse, en vía jurisdiccional, a través del proceso penal por delitos de allanamiento de morada o de usurpación de inmuebles, o por medio del proceso civil. Las vías más utilizadas para reclamar ante los tribunales civiles eran el juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC), el juicio verbal de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión (art. 250.1.4.º LEC) y el juicio verbal para demandar la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). Cuando se pretendía la recuperación de la vivienda por quien la había adquirido en una ejecución (hipotecaria u ordinaria), el desalojo de los ocupantes ilegales podía reclamarse también dentro del propio proceso de ejecución, conforme a lo establecido en los artículos 661 y 675 de la LEC.

La Ley 5/2018 seleccionó uno de los tres procedimientos más utilizados en vía civil, el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión del ordinal 4.º del artículo 250.1 de la LEC, e introdujo en la regulación de este procedimiento algunas especialidades que se aplican en los casos en que lo que se reclame sea la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por quienes se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, siempre que el reclamante sea la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, una entidad sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o una entidad pública propietaria o poseedora legítima de vivienda social.

La reforma legal de 2018 no pretendía que el juicio verbal del artículo 250.1.4.º de la LEC, con las especialidades que la propia reforma introducía, se convirtiera en el único cauce procesal adecuado para las pretensiones de recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente, de manera que, a partir de entonces, el ejercicio de acciones con dicha finalidad en juicio de desahucio por precario o en juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos quedara excluido por inadecuación de procedimiento. La finalidad de la Ley 5/2018 no era esa, sino, exclusivamente, facilitar y agilizar la tutela jurisdiccional frente a las situaciones de ocupación ilegal de viviendas a determinados propietarios o poseedores legítimos: personas físicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades públicas propietarias o poseedoras de vivienda social[1]. Cuando el propietario o

(1) Como pone de manifiesto Schumann Barragán, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley*, núm. 9264, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2018, la regulación de la Ley 5/2018 «ha limitado el acceso a este nuevo proceso a ciertas personas cuyo derecho a poseer es considerado por el legislador merecedor de una especial protección jurisdiccional.»; Adan Domènech, F., «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», en *Justicia*, año 2019, núm. 1, p. 142-143 considera que también pueden utilizar la vía especial del segundo párrafo del artículo 250.1.4.º LEC las comunidades de propiedad horizontal.

poseedor legítimo de la vivienda no se encuentre en alguno de esos casos (personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, básicamente) no podrá reclamar la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal por la vía del reformado artículo 250.1.4.º de la LEC, pero no queda por ello privado de la tutela jurisdiccional, que podrá obtener a través de cualquiera de los procedimientos indicados, incluido el de tutela sumaria de la tenencia o posesión de la vivienda, aunque sin beneficiarse, en este caso, de las especialidades introducidas por la Ley 5/2018.

Por otro lado, la reforma de 2018 permite a los perjudicados por la ocupación ilegal de una vivienda que sean personas físicas o entidades privadas sin ánimo de lucro o públicas poseedoras de vivienda social reclamar judicialmente haciendo valer en su favor las especialidades introducidas por dicha reforma en el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión, pero no impone, ni siquiera a dichos sujetos, este cauce procesal como único procedimiento adecuado. Estos sujetos pueden optar, si así lo prefieren, por cualquiera de los otros cauces procesales que permiten reclamar la posesión de un inmueble a quien lo ocupa sin tener derecho a permanecer en él, entre los que se incluye el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC para demandar la efectividad de los derechos reales inscritos.

La jurisprudencia menor ha desestimado, desde el primer momento, las alegaciones de inadecuación de procedimiento basadas en que el único procedimiento adecuado para reclamar el desalojo de los ocupantes ilegales de viviendas sea el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión. Las audiencias confirman que, tras la reforma de 2018, los perjudicados por la ocupación ilegal de viviendas conservan la libertad de elegir el cauce procesal que consideren más conveniente para articular su reclamación, sin esta obligados a utilizar necesariamente el previsto en el artículo 250.1.4.º de la LEC con las especialidades introducidas por dicha reforma.

En este sentido, cabe citar la SAP Barcelona, sec. 16, de 24 de marzo de 2023 (Roj: SAP B 3424/2023) que rechazó la inadecuación del procedimiento alegada por el demandado en un caso en que la reclamación se había efectuado por la vía del artículo 250.1.7.º de la LEC (juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos). Razonaba esta sentencia lo siguiente:

> Por lo demás, y en lo que al Preámbulo de la Ley 5/2018 se refiere, nuevamente baste señalar también que en dicho preámbulo el legislador justifica la reforma del juicio verbal para la tutela sumaria de la posesión por la necesidad de afrontar la aparición de «fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa» atendido que «ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en

> todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda». En este marco, el de la falta de una respuesta ágil y eficaz frente al fenómeno de la ocupación ilegal, en el que también se critica las «limitaciones o ineficiencias» de las acciones basadas en la Ley Hipotecaria, y se plantea la reforma del «tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente» mediante la introducción en el artículo 441.1.bis LEC de un incidente inmediato de desalojo de los ocupantes, pero dicha reforma no afectó a la libre elección de procedimiento que tiene el actor para la defensa de sus intereses como demuestra la circunstancia de que el legislador mantuvo vigente el procedimiento instado por la recurrente (2).

Por lo demás, cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la idoneidad del procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC para reclamar el desalojo de viviendas ocupadas ilegalmente debe considerarse resuelta por el propio legislador, ya que la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, admite expresamente que este procedimiento (así como los previstos en los ordinales 1.º, 2.º y 4.º del mismo artículo y apartado) puede tener por objeto la recuperación de inmuebles que constituyen la vivienda habitual de la persona ocupante, en cuyo caso deben aplicarse las previsiones sobre protección de demandados en situación de vulnerabilidad económica de los artículos 439.6 y 441.5, 6 y 7 de la LEC.

Cabe plantear si la libertad de elección del procedimiento subsiste cuando quien pide la recuperación de una vivienda es la persona que la ha adquirido en un proceso de ejecución mediante cualquiera de los procedimientos de enajenación forzosa previstos en la LEC. Quien adquiere una vivienda en un proceso de ejecución (hipotecaria u ordinaria) puede solicitar la entrega del inmueble en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de promover ningún proceso declarativo a tal efecto. Si la vivienda no está ocupada, la entrega sería inmediata, a la vista de la solicitud, conforme a lo dispuesto en el artículo 675.1 LEC. Si la vivienda estuviera ocupada por el ejecutado, la entrega también debería ordenarse de manera directa, sin necesidad de ningún trámite previo de audiencia al ocupante, si bien respetando el plazo previsto en el artículo 704 LEC antes de proceder al lanzamiento. Finalmente, si la vivienda adquirida en la ejecución

(2) Rechazan también que el único procedimiento adecuado sea el del artículo 250.1.4.º LEC, entre otras, SAP Madrid sec. 8, de 7 de marzo de 2024 (Roj: SAP M 4240/2024); SAP Toledo sec. 2, de 13 de julio de 2023 (Roj: SAP TO 1125/2023); SAP Alicante sec. 6, de 17 de diciembre de 2021 (Roj: SAP A 3458/2021) y SAP Lleida sec. 2, de 5 de marzo de 2021 (Roj: SAP L 158/2021). Un panorama general de las distintas vías procesales disponibles para recuperar la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente puede verse en Sola Recena, A., «Aspectos procesales de la recuperación de la posesión de las viviendas ocupadas ilegalmente», en *Justicia*, año 2020, núm. 2, p. 465.

estuviera ocupada por personas distintas del deudor ejecutado, el adjudicatario también podría pedir la entrega en la propia ejecución, si bien en este caso es necesario que el ocupante, antes del desalojo, haya tenido oportunidad de presentar al tribunal los títulos que justifiquen su situación, lo que se puede llevar a cabo antes de la subasta, conforme a lo dispuesto en el artículo 661.2 de la LEC, o bien ya después de la adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 675.3 de la LEC.

Existiendo la posibilidad de pedir la entrega dentro del proceso de ejecución es raro que al adjudicatario del inmueble le pueda interesar promover un proceso declarativo, por muy simple y ágil que sea su tramitación, para conseguir dicha finalidad. Lo cierto, sin embargo, es que se han dado casos en los últimos años en que el adquirente de una vivienda en una ejecución hipotecaria, a fin de obtener la posesión de la vivienda previo desalojo del ocupante, ha promovido un proceso declarativo, en lugar de solicitar el lanzamiento directamente en la ejecución. Y en estos casos el demandado ha alegado con frecuencia la inadecuación de procedimiento, por entender que el demandante, al acudir al proceso declarativo y no solicitar el lanzamiento en la ejecución hipotecaria, trataba de burlar la aplicación de las previsiones de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

El artículo 1 de la Ley 1/2013 prevé la suspensión del lanzamiento en los procesos judiciales o procedimientos extrajudiciales de ejecución hipotecaria en los casos en que la finca hipotecada fuese la vivienda habitual del deudor y este se encuentre en alguna de las situaciones de especial vulnerabilidad definidas en el apartado 2 y en las circunstancias económicas a que se refiere el apartado 3 del indicado artículo. Ante la pretensión de eludir la aplicación de esta suspensión por parte del adjudicatario de la vivienda (muchas veces, el propio ejecutante) evitando pedir el lanzamiento en el propio proceso de ejecución hipotecaria y acudiendo, en su lugar, a un proceso declarativo [3], la respuesta de las audiencias no ha sido uniforme, habiéndose pronunciado finalmente el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones desde su primera sentencia sobre este punto dictada el 10 de noviembre de 2022 [4].

(3) Las más de las veces, un juicio verbal de desahucio por precario, del artículo 250.1.2.º LEC; pero en alguna ocasión también un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos del artículo 250.1.7.º LEC (Cfr. SAP Toledo sec. 2 29 de marzo de 2023 – Roj: SAP TO 192/2023).

(4) STS 1.ª de 10 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4238/2022); STS 1.ª de 18 de abril de 2023 (Roj: STS 1511/2023); STS 1.ª de 20 de junio de 2023 (Roj: STS 2677/2023); STS 1.ª de 7 de septiembre de 2023 (Roj: STS 3610/2023); STS 1.ª de 6 de noviembre de 2023 (Roj: STS 4631/2023); STS 1.ª de 2 de abril de 2024 (Roj: STS 1682/2024); STS 1.ª de 8 de abril de 2024 (Roj: STS 1826/2024); STS 1.ª de 15 de abril de 2024 (Roj: STS 1958/2024); STS 1.ª de 23 de abril de 2024 (Roj: STS 2057/2024); STS 1.ª de 20 de mayo de 2024 (Roj: STS 2493/2024); STS 1.ª de 3 de julio de 2024 (Roj: STS 4056/2024).

La doctrina del Tribunal Supremo sobre estas situaciones puede resumirse así:

1.º) Cuando el adjudicatario de un inmueble transmitido en un procedimiento de ejecución hipotecaria no es un tercero ajeno al ejecutante, no puede acudir al juicio de desahucio por precario para instar el desalojo de la finca, sino que dicha pretensión debe ejercitarla en el propio proceso de ejecución hipotecaria.

2.º) Si el adjudicatario es un tercero ajeno al ejecutante, por no tener ningún vínculo jurídico o económico con él, sí podrá acudir al juicio de desahucio por precario.

El Tribunal Supremo solamente hace referencia a los procesos de ejecución hipotecaria, lo que puede explicarse porque todos los casos sobre los que se pronuncia tienen su origen en ejecuciones de dicha clase, pero también por la vinculación de esta doctrina con las previsiones de la Ley 1/2013 sobre suspensión del lanzamiento en procesos de ejecución hipotecaria, judiciales o extrajudiciales. Debe entenderse, en cualquier caso, por existir una evidente identidad de razón, que la anterior doctrina es aplicable también en los casos en que la acción ejecutiva basada en un préstamo hipotecario se ejercita en una ejecución ordinaria, pues en otro caso bastaría ejecutar la hipoteca en un procedimiento ordinario para eludir la aplicación de la Ley 1/2013 (5).

Más dudosa parece la generalización de la doctrina que nos ocupa a todos los casos en que en una ejecución ordinaria se embargue y realice la vivienda habitual del ejecutado. La respuesta dependerá de que se considere o no aplicable la Ley 1/2013 a todas las ejecuciones en que el ejecutado se vea privado de su vivienda habitual, incluso cuando se trate de ejecuciones ordinarias en que no se ejercite la acción hipotecaria sobre la vivienda. Solo si se extiende hasta tal punto la aplicación de la Ley 1/2013 estaría justificado obligar a quien adquiera la vivienda en estas ejecuciones a pedir el desalojo del ejecutado dentro de la ejecución, privándole de la posibilidad de hacerlo por otras vías: juicio verbal de desahucio, juicio verbal de tutela sumaria de la posesión o juicio verbal para la protección de los derechos reales inscritos.

(5) El Auto AP Valencia sec. 6, de 16 de febrero de 2022 (Roj: AAP V 1792/2022) considera que la suspensión del lanzamiento prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013 es aplicable también cuando la hipoteca se ejecuta en proceso ordinario de ejecución; si es así, las mismas razones en que se basa el TS para exigir que la pretensión de desalojo ejercitada por quien adquiere la vivienda en la ejecución frente al ejecutado que permanece en ella se ejercite dentro de la ejecución hipotecaria concurren cuando la garantía hipotecaria se hace efectiva en una ejecución ordinaria.

Por otra parte, aunque las sentencias del TS se refieren al juicio verbal de desahucio por precario, su doctrina ha de entenderse igualmente aplicable a los casos en que el adjudicatario de una vivienda en un proceso de ejecución pretenda desalojar a los ocupantes a través de un juicio verbal de tutela sumaria de la posesión o de un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos.

Cabe concluir, en resumen, que el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos es un cauce procesal idóneo para reclamar la tutela jurisdiccional contra los ocupantes ilegales de viviendas, si bien no con carácter exclusivo, de manera que quien pretenda obtener esta tutela podrá elegir esta vía u otra cualquiera de las que permiten solicitar a los tribunales el desalojo de un inmueble, en particular, el juicio verbal de desahucio por precario o el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión, pudiendo solicitar o no, en este último caso, con carácter cautelar, la inmediata recuperación de la posesión del inmueble a que se refiere el artículo 250.4.º, párrafo 2.º de la LEC.

La única salvedad a la libertad de elección del cauce procesal que el demandante considere más favorable para la defensa de sus intereses se daría en los casos en que quien reclame haya adquirido la vivienda en una ejecución hipotecaria (o en una ejecución ordinaria en que se haya hecho efectiva la hipoteca sobre la vivienda) y el ocupante sea el propio deudor ejecutado, en cuyo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el desalojo de la vivienda solo podrá solicitarse dentro del propio proceso de ejecución.

2. SUMARIEDAD DEL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS: OBJETO LIMITADO Y CARENCIA DE COSA JUZGADA

El origen del juicio verbal a que se refiere el artículo 250.1.7.º de la LEC se remonta a la importante reforma de la Ley Hipotecaria que tuvo lugar en 1909. Hasta entonces, la Ley Hipotecaria garantizaba la protección de los terceros que adquirían derechos sobre inmuebles confiando en la información que publicaba el Registro, pero de la inscripción registral no derivaba ninguna protección especial para el titular del derecho inscrito. Con la Ley de 1909 se introdujo el principio de legitimación registral (presunción de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro) y, como derivación de este principio, un procedimiento especial para que el titular registral pudiera hacer valer esa presunción ante los tribunales frente a cualquiera

que, sin título inscrito, se opusiera al derecho inscrito o perturbase su ejercicio. Así nació el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que, tras una primera etapa en la que su aplicación resultó polémica, dando lugar a vaivenes interpretativos y reformas de distinto signo, consolidó su existencia con la reforma de 1944 y el texto refundido de 8 de febrero de 1946 (6). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 mantuvo, en lo sustancial, las características del procedimiento especial, tal y como quedó configurado en la Ley Hipotecaria de 1946, limitándose prácticamente a trasladar la regulación de este procedimiento desde la legislación hipotecaria a la ley procesal.

La principal característica del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos es la limitación de su objeto. El objeto de este procedimiento es la acción de la persona que tiene inscrito a su favor un derecho real en el Registro de la Propiedad para recuperar el inmueble o el disfrute del derecho real de que se trate de quien posee la finca o disfruta el derecho sin título inscrito y sin que su posesión o disfrute se base en contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en prescripción oponible al titular inscrito.

La acción se basa exclusivamente en la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, presunción que no puede ser destruida dentro de este procedimiento. La presunción de que «los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» legitima al titular registral para recuperar la posesión del inmueble o el disfrute del derecho real de cualquiera que lo posea o disfrute, quien no podrá cuestionar, en este procedimiento, ni la existencia del derecho real cuya efectividad se reclama, ni que ese derecho real pertenece a su titular registral en los términos que resultan del Registro. Así se deduce de las limitadas causas de oposición que el artículo 444.2 de la LEC permite en este procedimiento, ninguna de las cuales permite poner en cuestión la existencia del derecho real alegado por el demandante ni su pertenencia a quien en el registro aparece como titular.

Algunas de esas causas, sin cuestionar la exactitud del Registro, ponen de manifiesto que la acción ejercitada no tiene suficiente sustento en lo que en él se publica, bien porque el demandante no acredita ser titular registral del derecho reclamado, bien porque el contenido del derecho, según el Registro, no da cobertura a lo que se reclama (falsedad

(6) Martínez Pérez, F., *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 187 ss.; Calderón Cuadrado, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 16 ss.; Mayor del Hoyo, M. V., «La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español», en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, núm. 7, julio 2015, Revistas académicas de la Universidad de Chile, pp. 138 ss.

o inexactitud de la certificación registral, falta de coincidencia entre la finca a que se refiere la certificación y la que es objeto de la acción ejercitada).

También se puede basar la oposición en que la finca o el derecho real reclamado se encuentran inscritos a favor del demandado, lo que solo podría ocurrir si el demandante no fuera en realidad el titular registral o bien en casos de doble inmatriculación, que tendrían que resolverse conforme a lo previsto en el artículo 209 de la LH, sin que en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º LEC pueda darse preferencia a uno u otro titular registral[7].

Finalmente, el demandado podría alegar que su posesión o disfrute del derecho real reclamado deriva de un contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores[8], o invocar la prescripción que deba perjudicar al titular inscrito, alegaciones, estas últimas, que no solo no cuestionan que el derecho real reclamado exista y pertenezca a su titular en los términos que resulten del Registro, sino que toman como punto de partida y se basan precisamente en la realidad de dichas existencia y pertenencia.

Lo anterior no implica que el demandado se vea privado de manera definitiva de la posibilidad de oponerse a la reclamación del titular registral destruyendo la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Se trata de una presunción *iuris tantum* y privar al demandado de la prueba en contrario resultaría incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución. Ahora bien, la presunción de exactitud registral no puede ser destruida en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, lo que implicará, en la práctica, que, en este procedimiento, el demandado cuya defensa solo pueda basarse en atacar la presunción de exactitud registral perderá la posesión de la finca o el disfrute del derecho real en favor del titular registral, si bien posteriormente podrá pedir, en el proceso que

(7) Rives Seva, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», en *Diario La Ley*, núm. 6561, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2006, observa que la doble inmatriculación más bien debería ser causa de inadmisión del procedimiento y no de oposición, ya que en caso de doble inmatriculación no se cumpliría el requisito de ausencia de contradicción de la inscripción en favor del actor.

(8) Perea González, A., «La oposición a la efectividad del derecho real inscrito: un análisis del artículo 444.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 164, Sección Tribuna Libre, septiembre-octubre 2023, subraya que las relaciones jurídicas que el demandado puede argumentar para contradecir el título son las que se tengan con el «último titular», con «titulares anteriores» o en virtud de «prescripción», lo que deja fuera de toda eficacia las relaciones sostenidas con terceros ajenos como ocurriría en los casos de tercero que dispone del derecho sin facultad para ello. Esta observación es de especial interés en los casos de ocupación ilegal en que los ocupantes alegan tener un contrato de arrendamiento suscrito con persona que no es ni ha sido en ningún momento titular registral de la vivienda.

corresponda, la recuperación de la finca o del derecho litigioso, alegando, ahora ya sí, que la presunción legal del artículo 38 de la LH no se ajusta a la realidad en el caso.

Para hacer posible esta reclamación judicial posterior del demandado vencido en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, sin que se vea obstaculizada por la cosa juzgada material, el artículo 447.3 de la LEC priva de los efectos de cosa juzgada a las sentencias que se dicten en los juicios verbales que nos ocupan. El carácter sumario de este proceso es, por tanto, directa consecuencia de la limitación de su objeto.

La sumariedad también opera en beneficio del demandante cuando, siendo verdadero titular del derecho que invoca, ve desestimadas sus pretensiones en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC por falta de constancia registral de su derecho o insuficiencia de dicha constancia. En tal caso, ese demandante podrá plantear una segunda reclamación, en juicio plenario posterior, en el que podrá acreditar, valiéndose de cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho, que el derecho real que invoca existe y le pertenece, aunque no esté inscrito a su favor en el Registro.

La sumariedad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos no afecta a la utilidad de este procedimiento para obtener la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal de viviendas. Los demandados en estos procedimientos no tienen generalmente contrato ni relación contractual con el demandante ni con un titular registral anterior, ni están en situación de hacer valer la prescripción contra el titular inscrito, por lo que el actor podrá recuperar la vivienda con relativa facilidad ya que será suficiente que presente con la demanda la certificación registral que acredite que el inmueble está inscrito a su favor. Y, una vez recuperada la posesión por el titular registral, es muy poco probable que el ocupante ilegal desalojado promueva un proceso plenario pues, por definición, los ocupantes ilegales no tienen ningún derecho en que basar una demanda posterior.

En casos de ocupación ilegal los demandados alegan con frecuencia, como título habilitante de su posesión de la vivienda, su situación de vulnerabilidad económica y/o social, en relación con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada proclamado por el artículo 47 de la Constitución. La jurisprudencia rechaza sistemáticamente que estas alegaciones puedan servir de fundamento para desestimar las pretensiones de recuperación de la vivienda en casos de ocupación ilegal.

Respecto al artículo 47 de la Constitución, la STC 32/2019, de 28 de febrero recuerda que «la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni encuentra tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y

adecuada (art. 47 CE)». Como subraya la STC 79/2024, de 21 de mayo, con apoyo en otras anteriores, el precepto constitucional que nos ocupa «constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (administración general del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada» y, en este sentido, ha de entenderse su configuración como un derecho constitucional cuyo correlato es ese deber de actuación de los poderes públicos, pero no como un derecho a mantenerse en la posesión de una vivienda en contra de la voluntad de su propietario, con base exclusivamente en la invocación del citado precepto constitucional.

En cuanto a la alegación de situaciones de vulnerabilidad o de exclusión social como causa de oposición a la pretensión de desalojo de los ocupantes ilegales de viviendas, es rechazada de manera contundente por la STS 1.ª de 18 de octubre de 2023 (Roj: STS 4379/2023):

> Las dificultades económicas no legitiman a las recurrentes a vulnerar la normativa de adjudicación de viviendas en detrimento de quienes son respetuosos con la legalidad, al tiempo que titulares de los mismos derechos, que incluso pueden encontrarse en situaciones económicas más precarias de vulnerabilidad o con necesidades más apremiantes de satisfacción que las recurrentes. En definitiva, el Estado de Derecho no puede amparar comportamientos como los alegados como motivos de oposición, que no guardan identidad alguna con los supuestos legalmente previstos para oponerse con éxito a la acción defensiva de la titularidad registral ejercitada por la entidad demandante.

En la misma línea, la SAP Sevilla sec. 2, de 12 de junio de 2024 (Roj: SAP SE 872/2024) afirma que «la situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social no es título que legitime para poseer un inmueble ajeno sin el consentimiento de su legítimo propietario.» Estas circunstancias se tienen en cuenta por el legislador, pero no para legitimar la ocupación de viviendas sin título alguno y en contra de la voluntad del legítimo titular, sino para establecer determinados deberes de actuación de los servicios públicos competentes, y para establecer en determinados supuestos, como medida excepcional, la suspensión de la ejecución de los pronunciamientos judiciales ordenando el desalojo, lo que, si bien supone, en la práctica, que el ocupante de la vivienda permanezca en ella mientras se mantenga la suspensión, esa permanencia no implica que se reconozca que el ocupante tenía título que legitimara su posesión, sino que, por el contrario, se configura como una situación excepcional en que, temporalmente y por razones de interés social, se impone un

sacrificio al propietario de la vivienda en favor de quien carece de todo título para disfrutar de ella[9].

Ahora bien, en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, para desestimar la alegación por el demandado del derecho constitucional a la vivienda, o de situaciones de vulnerabilidad económica o de exclusión social no es necesario siquiera entrar en las anteriores consideraciones, pues basta con constatar que tales alegaciones no encajan entre las causas tasadas de oposición que enumera el artículo 444.2 de la LEC. La STS 1.ª de 18 de octubre de 2023, arriba citada, confirma que es correcta la actuación del tribunal, en los procedimientos que nos ocupan, de no admitir la oposición del demandado, al no fundarse en alguno de los motivos tasados a los que se refiere el artículo 444.2 de la LEC, rechazando expresamente que dicha actuación constituya una infracción procesal generadora de indefensión[10].

Muy expresiva es también, en este sentido, la SAP Girona sec. 1, de 26 de octubre de 2022 (Roj: SAP GI 1410/2022):

> Como primer motivo del recurso se alega que existe título habilitante. Tal motivo carece de sustento jurídico pues, la situación de precariedad económica y de riesgo de exclusión social no es causa que altera la situación de ilegalidad de una ocupación, *ni cabe su alegación en el proceso ejercitado, pues los motivos de oposición se encuentran tasados*. Quien debe garantizar el derecho a la vivienda y los problemas que puedan tener los recurrentes para acceder a una vivienda deben ser solventados por la Administración Pública competente y no por una entidad privada. Todas las disposiciones constitucionales, legales e internacionales exigen de la Administración Pública que se adopten medidas para que personas con precariedad económica y con riesgo de exclusión social puedan acceder a una vivienda, pero ninguna de dichas normas, salvo en determinadas circunstancias, que no concurren en el presente caso, exigen de personas y entidades privadas

(9) V. también SAP Barcelona sec. 17, de 4 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9018/2024); SAP Girona sec. 1, de 29 de noviembre de 2023 (Roj: SAP GI 2012/2023); SAP Valencia sec. 8, de 5 de octubre de 2023 (Roj: SAP V 2941/2023); SAP Tarragona sec. 3, de 4 de mayo de 2023 (Roj: SAP T 576/2023); SAP Barcelona sec. 13, de 16 de febrero de 2023 (Roj: SAP B 1606/2023), entre otras muchas.

(10) En esta sentencia se afirma también que la pretensión de los ocupantes ilegales de viviendas de ser «titulares de un derecho para defender la detentación material de viviendas litigiosas, ocupadas por las vías de hecho, en contra de la legalidad, carece de cualquier amparo jurídico y *de ninguna manera conforma alguno de los motivos de oposición tasados del artículo 444.2 de la LEC*». La sentencia considera justificada en estos casos la revocación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los demandados con base en el artículo 19.2 de la LAJG, al entender que la defensa de una pretensión carente de cualquier amparo legal constituye una utilización abusiva del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sobre revocación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la apelación de juicios verbales sobre efectividad de derechos reales inscritos v. también SAP Barcelona sec. 17, a 5 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9196/2024); SAP Barcelona sec. 17, de 6 de marzo de 2024 (Roj: SAP B 2850/2024); SAP Barcelona sec. 19, de 17 de septiembre de 2019 (Roj: SAP B 11005/2019).

que sean ellas las que satisfagan de forma gratuita una residencia, aunque sea temporal[11].

El ocupante, tras ser desalojado de la vivienda en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º LEC podría promover un proceso plenario reclamando ser repuesto en la posesión de la vivienda y, en este proceso, ya sin limitación de las alegaciones, no se inadmitirían de plano las basadas en el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda o en la situación de vulnerabilidad económica y/o exclusión social, si bien sería muy poco probable que prosperasen. Por lo demás, en los casos de ocupación ilegal de viviendas, los ocupantes, una vez desalojados, pierden interés en continuar litigando, por lo que sería muy raro que, con base en el carácter sumario del juicio verbal que nos ocupa, promovieran un proceso plenario posterior.

Tampoco cabe alegar como causa de oposición en este procedimiento el incumplimiento por el demandante de la obligación que le impone la legislación de Cataluña, en determinadas circunstancias, de ofrecer al ocupante un alquiler social[12].

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TITULAR REGISTRAL

Solamente el titular registral del derecho real cuya efectividad se pretenda está legitimado para ejercitar la acción de recuperación de la vivienda contra los ocupantes ilegales de la misma a través del juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC. De acuerdo con este precepto, este juicio verbal sirve de cauce a las demandas «instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad»[13]. Esta legitimación se tiene que acreditar inicialmente, presentando con la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante (art. 439.2.3.º LEC).

---

(11) Hacen referencia también al carácter tasado de las causas de oposición en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, entre otras muchas: SAP Toledo sec. 2, de 3 de mayo de 2023 (Roj: SAP TO 477/2023); SAP Madrid sec. 14, de 4 de noviembre de 2021 (Roj: SAP M 15746/2021) y SAP Barcelona sec. 1, de 31 de mayo de 2021 (Roj: SAP B 6456/2021).

(12) SAP Tarragona sec. 1, de 10 de julio de 2024 (Roj: SAP T 1162/2024); SAP Barcelona sec. 17, de 4 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9018/2024); SAP Girona sec. 1, de 26 de junio de 2024 (Roj: SAP GI 1224/2024); SAP Lleida sec. 2, de 12 de enero de 2024 (Roj: SAP L 21/2024), entre otras muchas.

(13) Como afirma Calderón Cuadrado, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 36, «el verdadero titular del derecho no podrá deducir su pretensión en este proceso si previamente su derecho no se halla inscrito o no consta con dicha condición en el Registro».

No todos los derechos reales de los que una persona puede ser titular registral legitiman para el ejercicio de las acciones a que se refiere el artículo 250.1.7.º de la LEC. Solo la propiedad y los demás derechos reales cuyo contenido incluya la posesión o disfrute de la cosa pueden servir de fundamento para reclamar la tutela jurisdiccional que el citado precepto asegura a sus titulares registrales(14).

El asiento registral que sirva de base a la legitimación del demandante debe estar vigente. A estos efectos, se entiende que la suspensión por dos años de los efectos de las inmatriculaciones a que se refiere el artículo 207 de la LH se limita, como el propio precepto dice expresamente, a los efectos protectores del artículo 34 (principio de fe pública registral) y no alcanza al principio de legitimación registral del artículo 38 de la referida Ley. Por tanto, para el ejercicio de la acción basada en este último principio se ha de entender que la vigencia del asiento registral que atribuye al demandante la titularidad del derecho real de que se trate no se ve afectada por la citada suspensión(15).

El asiento registral que sirva de base a la legitimación del demandante no debe estar afectado por contradicción alguna que resulte del propio Registro (art. 41 LH). Se ha de entender que existe contradicción (y no sería posible, por tanto, obtener la tutela jurisdiccional en el juicio verbal que nos ocupa) cuando se haya practicado anotación preventiva de una demanda que cuestione que la titularidad real de la vivienda pertenezca al titular registral; o se haya extendido una nota marginal de

(14) Calderón Cuadrado, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 37, incluye, junto a la propiedad, «el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre –la positiva sin duda y muy probablemente la negativa–, la superficie, los censos –incluido el enfitéutico–, la anticresis y, en nuestra opinión además y pese a las dudas sobre su carácter real, el aprovechamiento por turno de inmuebles de uso turístico y el arrendamiento». Y, según la misma autora, el procedimiento que nos ocupa no podría basarse en «la hipoteca, el tanteo, el retracto, la opción de compra en sí misma considerada o la petición de herencia». Mayor del Hoyo, M. V., «La protección del titular registral…», cit., p. 144, se inclina por excluir el arrendamiento inscrito del elenco de derechos en que puede basarse la acción del artículo 250.1.7.º de la LEC. Para Fernández López, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», en *Práctica de Tribunales*, núm. 11, Sección Estudios, diciembre 2004, «lo relevante es que se trate de un derecho real que permita a su titular la posesión de una finca o de parte de ella (por cuanto es la posesión la que ha de resultar perturbada o ser objeto de despojo). Por tanto, pueden actuar como demandantes quienes tengan inscrito a su favor un derecho real que habilite, en sentido amplio, a llevar a cabo una injerencia sobre una cosa; tal es el caso de quien disponga del dominio (caso paradigmático), pero también de quien sea titular de un derecho real limitado sobre un bien inmueble que implique, en un sentido muy amplio, injerencia sobre cosa ajena, como es el caso, entre muchos otros, de las servidumbres, del usufructo, de la habitación, etc.». En el mismo sentido, Rives Seva, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», cit., señala que «el procedimiento se refiere al dominio de inmuebles o a derechos reales que impliquen posesión, uso o servicio sobre los mismos».

(15) En este sentido, Mayor del Hoyo, M. V., «La protección del titular registral…», cit., p. 146; Calderón Cuadrado, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 38.

doble inmatriculación; o, en fin, cuando se haya presentado un título que haya de producir la ineficacia o la extinción de la inscripción en que se pretenda basar la acción, durante la vigencia del asiento de presentación o, en su caso, de la anotación preventiva de suspensión de la inscripción del título, por defecto subsanable (16).

Conviene subrayar, en cualquier caso, que en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos no operan las limitaciones en materia de legitimación activa establecidas en el artículo 250.1.4.º para reclamar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través del juicio verbal de tutela sumaria de la posesión. La vía procesal que nos ocupa puede ser utilizada, por tanto, por personas físicas y por personas jurídicas, tanto públicas como privadas y con o sin ánimo de lucro, con tal de que tengan inscrita a su favor el en Registro de la Propiedad la vivienda cuya entrega reclamen. Por esta razón, el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC es un procedimiento muy frecuentemente utilizado por sociedades mercantiles con ánimo de lucro (inmobiliarias de las entidades financieras, fondos de inversión) y por la Sareb para recuperar viviendas de su titularidad ocupadas ilegalmente.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS DEMANDADOS: LOS IGNORADOS OCUPANTES

La identificación de los ocupantes ilegales de una vivienda no suele ser tarea fácil. Precisamente por eso, la Ley 5/2018, al regular las especialidades del juicio verbal de tutela sumaria de la posesión en los casos de ocupación ilegal de viviendas, incluyó de la manera expresa la previsión de que la demanda pueda dirigirse genéricamente contra los «desconocidos ocupantes» de la vivienda (art. 437.3 bis LEC), pudiendo efectuarse la notificación de la demanda a los «ignorados ocupantes» de la finca (art. 441.1 bis LEC).

Esta posibilidad había sido admitida ya por las audiencias, antes de la Ley 5/2018, para las demandas interpuestas con la finalidad de desalojar a los ocupantes ilegales de una vivienda.

(16) Mayor del Hoyo, M. V., «La protección del titular registral…», cit., pp. 147-148. Fernández López, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», cit., afirma que «la doble inmatriculación del derecho real implica la imposibilidad absoluta de seguir adelante con el procedimiento, mientras que la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se formula frente a quien interpone la demanda y se inscribe con anterioridad a la iniciación del procedimiento, puede considerarse también contradictoria del título inscrito».

Así, ya la SAP Palma de Mallorca sec. 4, de 1 de diciembre de 1999 (Roj: SAP IB 3218/1999), admitió, en un juicio de desahucio por precario contra ocupantes ilegales, que la demanda se dirigiera contra personas desconocidas e ignoradas, razonando lo siguiente:

> En supuestos como el presente, en los que la ocupación de un inmueble se produce sin conocimiento de la propiedad no resulta razonable esperar un conocimiento completo de las circunstancias personales de los ocupantes, hasta el punto de identificarlos en sus aspectos más puntuales y conseguir su adecuado emplazamiento. Tampoco puede decirse que tal identificación se consiguiera con el acta de requerimiento de 11 de febrero de 1989, pues fueron los propios ocupantes del inmueble los que se negaron a proporcionar al Notario actuante sus datos personales, actitud propia que no puede ahora ir en su propio beneficio pues el problema se hubiera allanado de adoptar la contraria.
>
> En cualquier caso al ser ocupantes de la vivienda el emplazamiento hecho al Sr Luis Andrés y «cualquier persona que pretenda ostentar derecho alguno de ocupación o de uso», alcanza también a los recurrentes, como lo prueba el hecho de que comparecieran en autos aunque lo hicieran después de finalizar el periodo probatorio.

También la SAP Madrid sec. 1, de 26 de abril de 2000 (Roj: SAP M 6211/2000) admitió que se demandara a los desconocidos ocupantes, sin necesidad de identificarlos con su nombre y apellidos, siempre, eso sí que el demandante no conozca la identidad de las personas a quien pretende demandar ni pueda conocer esa identidad empleando una mínima diligencia:

> Con carácter general, preceptúa el párrafo primero del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en la demanda se fijará la persona contra quien se proponga la demanda. Y, específicamente para el juicio de desahucio, el artículo 1.571 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite el artículo 720 del mismo Cuerpo Legal en el que se dice que la demanda contendrá el nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado o demandados. Pero ello no proscribe que, en aquellos casos en los que el actor ignora la filiación de la persona o personas contra las que ha de dirigir su pretensión, pueda demandar a esas personas desconocidas o ignoradas. Posibilidad que es reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
>
> Ahora bien, al demandante no se le permite demandar a desconocidas o ignoradas personas cuando conoce la identidad de las mismas. […]
>
> Tampoco puede el demandante demandar a personas desconocidas o ignoradas cuando con una mínima diligencia pudiera haber llegado a conocer la filiación de esas personas.

Muy expresiva es también la SAP Barcelona sec. 13, de 21 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13950/2005):

> En este caso, sin embargo, la demanda está dirigida contra D. Ildefonso y «otros ignorados ocupantes» del edificio sito en Cornellà de Llobregat, C/ CALLE000 núm. NUM000 – NUM003, siendo así que para la admisión de la demanda en el proceso civil, no es necesaria la identificación del demandado con su nombre y apellidos, por no exigir expresamente la mención del nombre y apellidos los artículos 399,1, y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, los cuales se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado.
>
> En este sentido, ha venido siendo doctrina constante y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1971, 15 de noviembre de 1974, y 1 de marzo de 1991; RJA 5388/1971, 4237/1974, y 1709/1991) que la identidad del demandado se puede buscar por cualquier circunstancia que permita su determinación, bastando la indicación de cualquier circunstancia que permita su identificación, o la concreción e individualización que permita conocer con exactitud aquél contra quien se entabla la acción.
>
> En concreto, en relación con el precario, ha venido siendo doctrina reiterada (Autos de esta misma Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003, y 17 de octubre de 2004, dictados en los Rollos de apelación núm. 870/02 y 490/04) que nada obsta a que se demande a personas desconocidas cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados.
>
> En consecuencia, para que puedan entenderse cumplidos los requisitos de los artículos 399,1, y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, basta que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que tenga conocimiento y que puedan permitir la identificación del demandado, bastando en consecuencia en el desahucio por precario la identificación de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso.

Con referencia al juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, también se admitía, antes de la Ley 5/2018, que la demanda se dirigiera contra los ocupantes desconocidos de la vivienda. Así, la SAP Barcelona sec. 1, de 20 de septiembre de 2004 (Roj: SAP B 11029/2004), dictada en apelación de un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, dice lo siguiente:

> Las manifestaciones anteriores enlazan con la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario aducida también por los apelantes pues no cabe exigir a la actora que conozca previamente la identidad de las personas que

> ocupan las viviendas de su propiedad, máxime cuando, como acertadamente recoge la resolución impugnada, la indicada ocupación suele ser practicada por grupos fluctuantes de muy difícil o imposible determinación, extremo que queda acreditado con las diligencias practicadas en el proceso penal en el que a la policía judicial no le fue posible determinar tal identidad, y corroborado en la presente causa, en que pese a los reiterados intentos del juzgado por practicar la diligencia de citación a juicio, la misma resultó imposible, recogiendo manifestaciones de vecinos en el sentido de que las fincas se hallaban ocupadas pero que lo estaban los fines de semana y por la tarde-noche aunque añadieron que algunas veces también los veían por la mañana.
>
> La exigencia de identificar y demandar a los ocupantes de la finca que pretenden los recurrentes, y a la que no contribuyen, pues ni siquiera identificaron a los cuatro ciudadanos que supuestamente residían en el lugar, conduciría a la denegación de la tutela judicial que merece la actora en su condición de titular dominical y que está protegida a través de la acción prevista en el artículo 41 de la LH, frente a quienes no han podido alegar derecho alguno a la ocupación.

Tras la Ley 5/2018 podía suscitarse la duda acerca de si la previsión legal autorizando dirigir la demanda contra los desconocidos ocupantes en el juicio verbal del artículo 250.1.4.º LEC implicaría excluir dicha posibilidad para aquellos procedimientos cuya regulación legal no la contemplara de manera expresa, entre los que se encontraría el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos. La respuesta de las audiencias no se hizo esperar, en el sentido de que seguía siendo posible dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes en el juicio verbal que nos ocupa. Así lo dice claramente la SAP Madrid sec. 8, de 7 de marzo de 2024 (Roj: SAP M 4240/2024):

> En efecto, aunque el legislador solo ha previsto expresamente la posibilidad de dirigirse contra ignorados ocupantes en el caso del artículo 250.1.4 LEC, la Jurisprudencia menor ha venido reconociendo que tanto en caso de precaristas como en el caso de las acción en defensa de derechos reales inscritos en los que no se puede conocer la identidad de los poseedores actuales de la vivienda (los cuales, además, pueden variar porque puede haber diferentes ocupaciones temporales o de distintas personas para actividades diferentes), resulta conforme a derecho determinar la legitimación pasiva a través de la fórmula de los «ignorados ocupantes», es decir, identificar a los demandados por su directa vinculación con el objeto del juicio que sí se designa en forma específica y en el que se realiza el emplazamiento[17].

(17) En la misma línea, la SAP Barcelona sec. 13, de 15 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1335/2024) dice lo siguiente: «El hecho de que el artículo 441.1. bis LEC haya regulado el régi-

Cuando la demanda se dirige contra los ignorados ocupantes puede notificarse a cualquiera de los que se halle en la vivienda en el momento en que se practique el acto de comunicación, surtiendo efecto la notificación para todas las personas que ocupen el inmueble[18]. Pasado el plazo de diez días para contestar a la demanda, se tendrá por personados a los ocupantes que hayan comparecido ante el tribunal y debería dictarse decreto declarando en rebeldía a los ignorados ocupantes no comparecidos. A partir de este momento se entenderán las actuaciones con los demandados debidamente personados, quienes ya se encontrarán identificados. Respecto a los demás ocupantes, una vez notificado el decreto de declaración de rebeldía (lo que podrá efectuarse a cualquiera de los ocupantes que se halle en la vivienda), no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso (art. 497 LEC).

Si se actúa de esta manera, no resultan comprometidos los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los ocupantes de la vivienda que pudieran resultar afectados por la sentencia que se dicte. Así lo ha declarado el TC en su sentencia 32/2019, de 28 de febrero, con referencia a procedimiento para el desalojo de viviendas ilegalmente ocupadas establecido por la Ley 5/2018, cuyos razonamientos son perfectamente aplicables a todos los procedimientos seguidos con dicha finalidad.

En cualquier caso, como la propia STC 32/2019 destaca, si el actor tiene conocimiento de la identidad de la persona o personas que han ocupado ilegalmente su vivienda, o puede llegar a dicho conocimiento empleando una mínima diligencia, la demanda habrá de dirigirse precisamente contra estas en calidad de demandados, no estando justificado en

---

men de notificación y emplazamiento en las demandas dirigidas frente a los ignorados ocupantes de un inmueble en los procedimientos a que se refiere el artículo 250.1.4 LEC (tutela sumaria de la posesión) no impide la utilización de esta fórmula de designación de la parte demandada en otros procedimientos, singularmente, los regulados en los artículos 250.1.2 LEC (desahucio por precario) y 250.1.7 LEC, el juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos, que es el que se ventila en esta litis.». En la doctrina, San Cristóbal Reales, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la ley 5/2018, de 11 de junio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, subraya que «la jurisprudencia, para todos los procedimientos civiles de desahucio con ocupantes ilegales desconocidos, ha generalizado la posibilidad de dirigir la demanda frente a los ignorados ocupantes de la vivienda, o expresión similar, por la imposibilidad real de determinar su nombre y apellidos en la mayoría de los casos.»

(18) De acuerdo con la SAP Barcelona sec. 16, de 3 de marzo de 2023 (Roj: SAP B 3296/2023) «el emplazamiento se realiza a la persona que se localiza en el inmueble pero vincula a todos los ocupantes del mismo a los cuales va destinado y a los que, por ello, tiene deber de informar el receptor (artículo 161. 3 Lec). En caso contrario, la imposición de una notificación específica a todos y cada uno de los ocupantes que son desconocidos para la parte demandante supondría para ella una exigencia diabólica que, en la práctica, conllevaría la imposibilidad de ejercicio de su derecho y, por tanto, una total indefensión vedada por el artículo 24 CE. Así, este motivo de apelación debe ser desestimado.»

este caso que la demanda se dirija de manera genérica contra los «desconocidos ocupantes». En este sentido, el TS ha rechazado que la demanda se dirija contra los ignorados ocupantes en casos en los que estos eran precisamente los ejecutados que, tras perder la titularidad de la vivienda en un proceso de ejecución, permanecían en ella, y quien pretendía desalojarlos era quien había sido ejecutante en dicho proceso o algún sujeto estrechamente vinculado a él. Entiende el TS que en estos casos no cabe admitir que el demandante no conozca la identidad de los ocupantes, por lo que no está justificado que la demanda no identifique a estos correctamente y se dirija contra los ignorados ocupantes (STS 1.ª de 25 de octubre de 2021 – Roj: STS 3873/2021).

Es más, dirigir la demanda contra los «desconocidos ocupantes» cuando el demandante conoce perfectamente la identidad de las personas a las que pretende demandar ha sido considerado por el Tribunal Supremo causa de revisión de la sentencia constitutiva de una maquinación fraudulenta prevista en el artículo 510.1.4.º LEC. La STS 1.ª de 8 de noviembre de 2023 (Roj: STS 4616/2023) estimó la revisión razonando que *«presentar la demanda de desahucio dirigida contra los ignorados ocupantes, aunque formalmente esté permitido en el artículo 441 bis LEC, constituye un fraude si se sabe que el inmueble es titularidad de una persona concreta y determinada»* [19].

5. LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN AL DEMANDADO

Una de las especialidades del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos regulado en la LEC, que ya estaba presente en el procedimiento anteriormente regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, es la exigencia de caución al demandado para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. En el antiguo procedimiento de la Ley Hipotecaria, la prestación de la caución era requisito necesario para que se permitiera al demandado formular la «demanda de contradicción»; en la regulación de la LEC, si el demandado no presta la caución, se dictará sentencia estimatoria de la demanda.

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha reformado el apartado 2 del artículo 444 de la LEC, suprimiendo el inciso en el que se decía que «el demandado solo podrá oponerse a la demanda si, en su caso,

(19) También estimó la revisión, en un caso similar, la STS 1.ª de 1 de febrero de 2023 – Roj: STS 988/2023).

presta la caución determinada por el tribunal». Ahora bien, la reforma no ha modificado el artículo 438.4 de la LEC que dispone que en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º, en el emplazamiento para contestar la demanda se apercibirá a la persona demandada de que se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor si contesta, pero no presta caución. Por tanto, aunque ya no se diga expresamente en el artículo 444.2 que el demandado no podrá oponerse si no presta caución, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 438.4, que se ha mantenido vigente, conduce al mismo resultado en la práctica, ya que la falta de prestación la caución por el demandado se equipara en sus efectos al allanamiento [20].

La regulación procesal de la caución que debe prestar el demandado en el procedimiento que nos ocupa es un tanto (e innecesariamente) compleja. El demandante debe indicar en la demanda la caución que, a su juicio, debe prestar el demandado, aunque también puede indicar que renuncia a la caución. En cualquier caso, es necesario que la demanda se refiera a la caución, bien para reclamarla, señalando su cuantía, bien para renunciar a ella de manera expresa, porque no hacer ni una cosa ni otra es causa de inadmisión de la demanda, conforme al artículo 439.2.2.º LEC. Cumplido lo anterior en la demanda, al emplazar al demandado para que la conteste, se le debe apercibir de que se dictará sentencia estimatoria de la demanda si no presta caución «en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor».

La Ley no precisa en qué momento debe determinar el tribunal la cuantía de la caución, ni cómo ha de oírse al demandado antes de dictar dicha resolución. En la práctica, se suele emplazar al demandado en el decreto de admisión de la demanda para pronunciarse sobre la caución solicitada por el demandante, al mismo tiempo que se le emplaza para contestar, aunque normalmente por un plazo más breve. A la vista de lo alegado por el demandado (o transcurrido el plazo sin formular alegaciones) el tribunal fija el importe de la caución mediante providencia, emplazando al demandado para hacerla efectiva. Si no se presta la caución dentro del plazo concedido, se dicta sentencia estimatoria de la demanda sin tener en cuenta, en su caso, la oposición que el demandado hubiese formulado en su contestación a la demanda. A este respecto, la reforma del artículo 444.2 de la LEC (supresión del inciso que establecía que el demandado solo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal) elimina cualquier duda

(20) En el mismo sentido, Fierro Rodríguez, D., «El fallido intento de suprimir la caución en el juicio verbal de tutela de derechos reales con el Real Decreto-ley 6/2023», *Diario La Ley*, núm. 10501, Sección Tribuna, 9 de Mayo de 2024.

que pudiera plantearse acerca de la posibilidad de que se presente la contestación antes de la fijación del importe de la caución y de su efectiva constitución por el demandado: no existe ningún obstáculo para que el demandado presente la contestación antes de que se fije el importe de la caución, si bien, una vez determinada la caución por el tribunal, si no se presta en el plazo que se señale, se dictará sentencia estimatoria de la demanda sin tener en cuenta la contestación del demandado (art. 438.4 LEC) [21].

Frente a la exigencia de caución en los casos de ocupación ilegal de viviendas los demandados que se personan suelen alegar que dicha exigencia lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 45/2002, de 25 de febrero. En esta conocida sentencia, el Tribunal Constitucional no hizo ningún reparo a la constitucionalidad de la regulación legal de la caución en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, exigiendo únicamente que los tribunales, al concretar la exigencia de la caución en cada caso concreto, realicen una ponderación adecuada de las circunstancias del caso a fin de que la caución no se convierta para el demandado en un obstáculo insalvable que le impida defenderse de la demanda. Dice, en este sentido, el Tribunal Constitucional lo siguiente:

> En el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el artículo 41 LH (desarrollado en el artículo 137 RH) y regulado en la actualidad en la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 250.7, 439.2, 440.2, 441.3, 444.2 y 447.3 LEC 2000), la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el artículo 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada «demanda de contradicción». Esta caución, que deberá solicitarse por el actor (arts. 137, regla 2, RH y 439.2.2 LEC), y cuya cuantía, dentro de los límites de la interesada por el demandante, será fijada por el Juzgado (arts. 137, regla 6, RH y 440.2 LEC), tiene como finalidad –expresamente declarada por la ley– la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.4 LH, 137,

(21) Otra opción sería oír al demandado sobre la caución antes de emplazarle para contestar, de manera que este emplazamiento se efectuara una vez fijado el montante de la caución por el tribunal: v. Bernabéu Pérez, I. C., «La entrega de la posesión de la vivienda y la protección de los derechos reales inscritos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, quien subraya que es más ágil procesalmente «emplazar desde el primer momento al demandado tanto para que conteste a la demanda como para que formule alegaciones sobre la caución interesada, apercibiéndole que la admisión de la contestación de la demanda queda condicionada al pago de la caución que fije el juez».

regla 2, RH y 439.2.2 LEC). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la Sentencia que se dicte (arts. 137, reglas 2 y 3, RH y 439.2.1 y 2 y 441.3 LEC).

La regulación legal que se deja sucintamente expuesta impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor («demanda de contradicción»), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el artículo 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.

Con base en esta doctrina del Tribunal Constitucional, las audiencias desestiman sistemáticamente las alegaciones de los demandados basadas en que la exigencia de caución les impide obtener la tutela judicial efectiva, especialmente cuando dichas alegaciones se refieren a la exigencia de fianza, en general, sin ponerlas en relación con la cuantía de la caución exigida y la capacidad económica del demandado[22].

En cuanto a la cuantía de la caución, el examen de la jurisprudencia menor pone de manifiesto que en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º de la LEC que tienen por objeto el desalojo de viviendas ocupadas ilegalmente los juzgados suelen fijar importes prácticamente simbólicos, que rara vez superan los 100 euros y, si en algún caso se fija un importe excesivo, atendiendo a la capacidad económica del demandado, la audiencia corrige la decisión del juzgado, aunque no siempre ello determina la estimación del recurso de apelación, pues se considera que, aunque la caución fijada resulte excesiva, ello no causa indefensión al demandado que basó su oposición a la demanda exclusivamente en alegaciones ajenas a las causas tasadas de oposición del artículo 444.2 de la LEC. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona sec. 19, de 22 de abril de 2024 (Roj: SAP B 4483/2024)

(22) Entre otras muchas, SAP Barcelona sec. 1, de 26 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1641/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 9 de enero de 2024 (Roj: SAP B 232/2024); SAP Valencia sec. 6, de 24 de julio de 2023 (Roj: SAP V 3044/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 19 de mayo de 2023 (Roj: SAP B 5647/2023); SAP Santa Cruz de Tenerife sec. 3, de 17 de abril de 2023 (Roj: SAP TF 639/2023); SAP Madrid sec. 12, de 24 de marzo de 2023 (Roj: SAP M 5480/2023); SAP Barcelona sec. 13, de 16 de febrero de 2023 (Roj: SAP B 1606/2023); SAP Alicante sec. 6, de 29 de abril de 2022 (Roj: SAP A 769/2022) y SAP Baleares, sec. 4, de 2 de diciembre de 2021 (Roj: SAP IB 3223/2021).

consideró excesiva la caución determinada por el Juzgado, sobre la base de los siguientes argumentos:

> La Ley no fija ningún parámetro para fijar el importe de la caución, pero en este caso su importe tiene un techo máximo, que es el solicitado por el actor y uno mínimo que podría ser de un euro, pues la prestación de caución es un presupuesto procesal. Para su fijación debe tenerse en cuenta, de forma esencial, que su importe debe estar acorde con la capacidad económica de quien deba prestarla, para no hacer impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, lo que supondría una privación del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, una vulneración del artículo 24.1 CE. En este caso la recurrente tiene el beneficio de justicia gratuita, estando en riesgo de exclusión residencial, según informe del Departamento de Acción Social del Ayuntamiento de DIRECCION000, en el que se indica que percibe un salario de 1.150 euros mensuales, tiene a su cargo un hijo y no percibe pensión de alimentos de su ex marido. Por ello, entendemos que el juez de instancia, al fijar en 3.000 euros la caución, ha impuesto un requisito desproporcionado en relación con los medios económicos de quien debe prestarla, erigiéndose en un impedimento u obstáculo que ha podido conculcar el derecho de defensa de la recurrente.

Sin embargo, la sentencia no estimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia por entender que, al no haber fundado su oposición la demandada en ninguna de las causas tasadas del artículo 444.2 de la LEC, la fijación de una caución excesiva no le causó indefensión[(23)].

Se alega frecuentemente también por los demandados la improcedencia de exigir caución a los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esta cuestión también fue resuelta por la STC 45/2002, que confirmó la compatibilidad del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita con la exigencia de caución en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, recordando que «*el goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita no tiene forzosamente que producir el efecto de exonerar a su titular de la obligación de prestar las fianzas que le sean exigibles en el ámbito del proceso civil*» y rechazando expresamente la extensión analógica a la caución que nos ocupa de lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para las tasas judiciales y los depósitos necesarios para la interposición de recursos. De acuerdo con esta doctrina, en definitiva, el disfrute por el demandado del derecho a la asistencia jurídica gratuita es un dato más a considerar en la

(23) En el caso resuelto por la SAP Valencia sec. 1, de 21 de diciembre de 2023 (Roj: SAP V 3884/2023) sí se estimó el recurso, rebajando la audiencia la cuantía de la caución de 1.500 a 750 euros y devolviendo las actuaciones al Juzgado para que el demandado, previa prestación de la caución, pudiera oponerse a la demanda.

ponderación que debe realizar el tribunal para determinar la cuantía de la caución, sin que conduzca necesariamente a la improcedencia de exigirla. Con base en esta doctrina constitucional, las audiencias rechazan sistemáticamente, en los procedimientos que nos ocupan, la pretensión de los demandados de quedar exentos de prestar caución por el solo hecho de tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita[24].

Una última cuestión, en relación con la exigencia de caución en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º de la LEC, es la relativa a la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el demandado que no ha prestado la caución fijada por el Juzgado. En relación con esta cuestión, las audiencias consideran, en general, que la falta de prestación de la caución no debe impedir la admisión a trámite del recurso de apelación del demandado, si bien limitado a cuestiones de carácter procesal (incluida la verificación del carácter desproporcionado de la caución, en su caso), ya que no se debe permitir que el demandado suscite en el recurso de apelación las cuestiones de fondo que tenía vedado plantear en primera instancia precisamente por no haber prestado la caución. Así lo expresa la SAP Barcelona sec. 4, de 6 de mayo de 2024 (Roj: SAP B 5383/2024):

> Ello implica que la no presentación de caución no debe comportar la inadmisión a trámite del presente recurso de apelación, si bien en el mismo no se considera que sea posible articular los motivos de oposición cuya alegación en primera instancia requeriría la prestación de caución que son los que se contienen en el artículo 444.2 LEC, pues de forma indirecta se estaría eludiendo la exigencia de caución para formular tal oposición, lo que en este caso afecta a la referida a contar el demandado con título de ocupación (que en este caso además no consta acreditado se tenga), no así con los otros motivos invocados que son cuestiones procesales referentes a una problemática que de existir incluso cabría plantear de oficio[25].

El problema de esta interpretación –seguramente la única posible con la actual regulación legal del procedimiento para la efectividad de los derechos

(24) Entre otras muchas, SAP Barcelona sec. 17, de 6 de marzo de 2024 (Roj: SAP B 2850/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 26 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1641/2024); SAP Barcelona sec. 14, de 28 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 12793/2023); SAP Toledo sec. 1, de 22 de noviembre de 2023 (Roj: SAP TO 1660/2023); SAP Barcelona sec. 4, de 30 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11186/2023); SAP Barcelona sec. 11, de 26 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11277/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 29 de junio de 2023 (Roj: SAP B 7063/2023) y SAP Santa Cruz de Tenerife sec. 3, de 17 de abril de 2023 (Roj: SAP TF 639/2023).

(25) En el mismo sentido, entre otras muchas, SAP Girona sec. 2, de 13 de junio de 2024 (Roj: SAP GI 1042/2024); SAP Barcelona sec. 14, de 28 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 12793/2023); SAP Barcelona sec. 1, de 27 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11258/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 30 de mayo de 2023 (Roj: SAP B 6590/2023); SAP Madrid sec. 21, de 24 de noviembre de 2022 (Roj: SAP M 17737/2022); SAP Barcelona sec. 14, de 22 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 8569/2022).

reales inscritos, que no contempla ninguna especialidad en materia de admisibilidad de la apelación– es que, con la mera admisión de la apelación, el ocupante ilegal consigue prolongar su situación durante meses (cuando no años), lo que supone un fuerte incentivo para la interposición de recursos de apelación manifiestamente infundados y, en este caso, incluso de objeto muy limitado, al estar de antemano excluida cualquier revisión del fondo de la sentencia apelada por la falta de prestación de la caución[26].

La ejecución provisional de la sentencia estimatoria de la demanda del juicio verbal que nos ocupa puede mitigar el problema[27], pero no lo resuelve ante la incertidumbre de que pueda prosperar una eventual oposición del ocupante basada en el artículo 528.2.2.º de la LEC (imposibilidad o extrema dificultad para restaurar la situación anterior o para compensar económicamente al ejecutado en caso de revocación de la sentencia)[28].

6. APLICACIÓN DE LAS PREVISIONES LEGALES PARA LOS CASOS DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA O SOCIAL

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, introdujo en la regulación legal del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos determinadas medidas de protección para los ocupantes de las viviendas objeto de estos procedimientos que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica o social. Estas medidas no son exclusivas de los procedimientos que nos ocupan, sino que deben aplicarse también en los juicios verbales de desahucio de los ordinales 1.º y 2.º del artículo 250.1 LEC (desahucios por falta de pago de la renta o expiración del plazo del arrendamiento y desahucios por precario), así como en los juicios verbales de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4.º, cuando se refieran a una vivienda.

---

(26) López Chocarro, I., «La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación», *Diario La Ley*, núm. 9204, Sección Tribuna, 24 de Mayo de 2018, propugna una reforma legal que imponga la inadmisión *ad limine* del recurso de apelación cuando previamente no se haya prestado la caución para oponerse.

(27) La ejecución provisional debe despacharse si lo solicita el favorecido por la sentencia dictada en el procedimiento, al no estar esta legalmente excluida de ejecución provisional. En este sentido se pronuncian, con referencia al desahucio por precario, el AAP Barcelona sec. 4, de 4 de diciembre de 2018 (Roj: AAP B 7658/2018) y el AAP Barcelona sec. 4, de 3 de diciembre de 2018 (Roj: AAP B 7666/2018), cuyos argumentos son enteramente trasladables a las sentencias dictadas en el procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC.

(28) El AAP Barcelona sec. 13, de 12 de diciembre de 2007 (Roj: AAP B 8332/2007) estimó la oposición a la ejecución provisional de una sentencia dictada en un juicio verbal de desahucio por precario al considerar que «atendida la situación personal de la ejecutada, el desalojo de la vivienda por parte de la misma y de sus dos hijos menores […] puede comportar perjuicios de difícil compensación económica».

Hay que tener en cuenta también la STC 26/2025, de 29 de enero, que ha declarado inconstitucionales algunas previsiones de la Ley 12/2023 (la exigencia de que los grandes tenedores de viviendas acrediten con la demanda la situación de vulnerabilidad económica de los demandados, y la exigencia, también para los grandes tenedores, de someterse, antes de demandar, a un procedimiento de conciliación o intermediación establecido por las Administraciones Públicas).

La Ley 12/2023 obliga a distinguir entre los casos en que la persona demandante tiene la condición de «gran tenedora» de vivienda y aquellos en que no la tiene. A estos efectos, se considera que es «gran tenedora» de vivienda, con carácter general, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Ahora bien, en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, podrá extenderse la condición de grandes tenedores hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito (art. 3.k Ley 12/2023).

A fin de determinar si el demandante tiene o no la condición de «gran tenedor», en la demanda se tiene que hacer referencia a tal extremo, y si se indica que la parte actora no tiene esa condición, se deberá presentar con la demanda certificación del Registro de la Propiedad en la que consten las propiedades que aparezcan inscritas a nombre de la parte actora. El incumplimiento de estas exigencias es causa de inadmisión de la demanda (art. 439.6.b LEC).

La demanda también deberá expresar si el inmueble que se reclama constituye vivienda habitual de la persona ocupante (art. 439.6.a LEC) [29].

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, cuando se reclame en el juicio verbal que nos ocupa una finca que sea la vivienda habitual del demandado, se contempla también la posibilidad de que el tribunal acuerde la *suspensión del proceso* para que, antes del desalojo, puedan adoptarse las medidas propuestas por las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Estas medidas pueden consistir en propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello, propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administra-

(29) Sobre las dificultades que puede plantear determinar si el inmueble cuyo desalojo se pretende constituye o no la «vivienda habitual» del ocupante demandado *Cfr.* Achón Bruñén, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo», en *Práctica de Tribunales*, núm. 163, Sección Estudios, julio-agosto 2023.

ción competente, así como posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

A fin de determinar si procede o no la suspensión la LEC intenta asegurar que las pretensiones de desalojo de viviendas lleguen a conocimiento de las Administraciones públicas competentes, estableciendo que el decreto de admisión de la demanda informe al demandado de la posibilidad de acudir a dichas Administraciones Públicas y, por otro lado, que el propio tribunal comunique de oficio la existencia del procedimiento a las referidas Administraciones.

A partir de aquí se abre un plazo de 10 días para que las Administraciones Públicas competentes informen sobre la situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social de la parte demandada y propongan las medidas protectoras a cargo de la Administración que consideren oportunas. A la vista del informe de la Administración, se oye a las partes por cinco días sobre la procedencia de suspender el proceso para adoptar las medidas propuestas por la Administración competente (art. 441.5 LEC).

El tribunal resuelve a continuación sobre la suspensión de las actuaciones por medio de auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes. Si acuerda la suspensión, esta tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica (art. 441.6 LEC).

Para decidir sobre la situación de vulnerabilidad económica del demandado, el tribunal deberá tener en cuenta los criterios establecidos en el apartado 7 del artículo 441 de la LEC. Y para valorar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad (art. 441.7 *i.f.* LEC).

Por otro lado, aparte de las anteriores previsiones de la LEC, es frecuente que los demandados en juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC aleguen las previsiones de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, sobre suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. A este respecto, conviene recordar que la suspensión de lanzamientos prevista en dicha Ley se refiere exclusivamente a los que tengan su origen en una ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial en que la vivienda hipotecada se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica, y sea este adjudicatario quien pretenda desalojar al ocupante, siempre que se trate de la persona o personas contra las que se haya dirigido la ejecución y que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en la referida Ley 1/2013.

Como se ha indicado más arriba, el Tribunal Supremo ha establecido que, en los casos en que sea aplicable la suspensión del lanzamiento establecida en la Ley 1/2013, el desalojo de los ocupantes debe pedirse precisamente dentro del proceso de ejecución, no siendo en este caso admisible reclamar la entrega de la vivienda utilizando otro cauce procesal, lo que supone excluir que la citada Ley 1/2013 sea aplicable en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos [30].

No suscita dudas, sin embargo, la aplicación en la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC de la suspensión del lanzamiento prevista en el artículo 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Se trata de una medida excepcional que ha sido prorrogada en varias ocasiones y que actualmente se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2024. La suspensión del lanzamiento se puede acordar por el juez en procedimientos que se refieran a viviendas que pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas y siempre que las personas que las habitan sin título se encuentren en situación de vulnerabilidad económica y se cumplan el resto de las condiciones establecidas en el precepto.

BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo», en *Práctica de Tribunales*, núm. 163, Sección Estudios, julio-agosto 2023.

Adan Domènech, F., «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», en *Justicia*, año 2019, núm. 1.

Bernabéu Pérez, I. C., «La entrega de la posesión de la vivienda y la protección de los derechos reales inscritos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018.

Calderón Cuadrado, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

(30) En algún caso aislado, sin embargo, las audiencias han admitido la aplicación de la suspensión del lanzamiento prevista en la Ley 1/2013 en un juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, si bien precisando que las previsiones de dicha Ley no operarían como causa de oposición a que se dicte sentencia estimatoria sino exclusivamente como causa de suspensión del lanzamiento en el proceso de ejecución de la sentencia: SAP Barcelona sec. 13, de 20 de junio de 2024 (Roj: SAP B 7796/2024); SAP Málaga sec. 4, de 19 de febrero de 2024 (Roj: SAP MA 1287/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 13 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1419/2024); SAP Granada sec. 4, de 12 de febrero de 2024 (Roj: SAP GR 516/2024).

Fernández López, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», en *Práctica de Tribunales*, núm. 11, Sección Estudios, diciembre 2004.

Fierro Rodríguez, D., «El fallido intento de suprimir la caución en el juicio verbal de tutela de derechos reales con el Real Decreto-ley 6/2023», *Diario La Ley*, núm. 10501, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2024.

López Chocarro, I., «La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación», *Diario La Ley*, núm. 9204, Sección Tribuna, 24 de mayo de 2018.

Martínez Pérez, F., *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Dykinson, Madrid, 2020.

Mayor del Hoyo, M. V., «La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español», en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, núm. 7, julio 2015, Revistas académicas de la Universidad de Chile.

Perea González, A., «La oposición a la efectividad del derecho real inscrito: un análisis del artículo 444.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 164, Sección Tribuna Libre, septiembre-octubre 2023.

Rives Seva, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», en *Diario La Ley*, núm. 6561, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2006.

San Cristóbal Reales, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la ley 5/2018, de 11 de junio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018.

Schumann Barragán, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley*, núm. 9264, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2018.

Sola Recena, A., «Aspectos procesales de la recuperación de la posesión de las viviendas ocupadas ilegalmente», en *Justicia*, año 2020, núm. 2.

E. Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (I): Praxis del delito de allanamiento de morada

Vicente Magro Servet
Magistrado del Tribunal Supremo
Doctor en Derecho.
magro@telefonica.net

Resumen: *Análisis del delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP, ilícito penal que se está cometiendo con frecuencia en la actualidad bajo el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles ante la abundante casuística que prolifera en el ataque a la posesión ajena vulnerando el contenido del artículo 9 de la Ley de vivienda. Se analiza este tipo penal destacando la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, y la necesidad de potenciar las medidas cautelares de expulsión inmediata de inmuebles ocupados ilegalmente como solución urgente ante un fenómeno que requiere de una urgente aprobación de una ley integral ante estos hechos que garantice a los propietarios de vivienda la devolución posesoria de los inmuebles ocupados con agilidad.*

Palabras clave: *Allanamiento de morada, ocupación ilegal, medidas cautelares.*

Abstract: *Analysis of the crime of trespassing in artículo 202 CP, a criminal offense that is being frequently committed today under the phenomenon of illegal occupation of real estate given the abundant casuistry that proliferates in the attack on the possession of others, violating the content of artículo 9 of the Housing Law. This type of crime is analyzed, highlighting the most recent jurisprudence of the Supreme Court, and the need to enhance precautionary measures of immediate expulsion of illegally occupied properties as an urgent solution to a phenomenon that requires urgent approval of a comprehensive law in response to these events that guarantees to homeowners the return of possession of occupied properties quickly.*

Keywords: *Breaking and entering, illegal occupation, precautionary measures.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Características del delito de allanamiento de morada. 3. Las medidas cautelares de expulsión inmediata del inmueble ocupado por orden judicial. 4. La flagrancia para permitir la entrada de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. 5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el delito de allanamiento de morada. 6. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia y la afectación al delito de allanamiento de morada y de usurpación de bien inmueble. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El delito de allanamiento de morada tiene hoy en día una trascendencia en la práctica penal que muchos años atrás no se daba, habida cuenta que el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles, tanto sea morada como mera usurpación de inmueble, es un fenómeno de reciente aparición, por cuanto hace tiempo era impensable que una persona ocupara una vivienda ajena de forma ilegal aprovechando la ausencia provisional de su propietario o poseedor invadiendo un espacio tan privativo como es un bien inmueble.

Sin embargo, hoy en día se ha convertido el allanamiento de morada en una práctica habitual y una costumbre en la búsqueda de bienes inmuebles por parte de algunas personas que actúan de forma individual, o colectiva, mediante organizaciones criminales que tienen como objetivo desapoderar de la posesión a propietarios y poseedores de bienes inmuebles aprovechando la ausencia de los mismos, rompiendo la cerradura y accediendo a ellos postulando que tienen derecho sobre la misma y que,

en todo caso, efectuarán todas las alegaciones posibles para retrasar en la medida que puedan el lanzamiento de la vivienda.

Esta situación ha provocado un auténtico caos en nuestro país, por cuanto no llega a comprenderse cómo es posible que ante un lícito penal de tal calibre como desposeer a una persona de un bien tan preciado como es su propiedad no exista un sistema expeditivo rápido y ágil para expulsar en 72 horas como máximo a quien ocupa un bien inmueble de forma ilícita, tal y como ocurre en nuestro entorno en toda Europa, pero que en nuestro país todavía no existe una apuesta decidida por garantizar la protección de vida a los ciudadanos cuando una persona ha ocupado ilegalmente su propiedad inmobiliaria.

Pocas situaciones pueden ser más comprometidas y rechazables que la circunstancia de que cuando una persona regresa a su propiedad inmobiliaria se la encuentre ocupada por terceras personas que han entrado ilegalmente en la misma, ya que para darse cuenta del daño, dolor y perjuicio que causa esta situación es necesario haber sido víctima de este hecho delictivo para concienciarse la ciudadanía española de la gravedad de un fenómeno que se repite de forma reiterada en torno a cerca de 20.000 hechos al año sin que exista una respuesta del Poder Legislativo y Ejecutivo para hacer frente a un fenómeno que está causando innumerables perjuicios a muchos ciudadanos que se encuentran impotentes e indefensos ante una situación tan grave como es la de la ocupación ilícita de bienes inmuebles.

Pero lo peor de todo esto es la sensación de impotencia que tienen los ciudadanos que son víctimas de estos hechos delictivos, al no poder acceder a su propiedad cuando se encuentran okupas en la misma bajo la amenaza de cometer los propietarios un hecho delictivo si expulsan de su propia vivienda a quienes han accedido a la misma de forma ilegal. Esto supone una auténtica situación perversa difícilmente entendible por los propietarios que son los perjudicados de este delito de allanamiento de morada, ya que no se trata que hayan accedido a una propiedad que no se utiliza por parte del propietario, sino que el propio delito se refiere a la entrada ilegal en un bien inmueble que constituye morada de sus propietarios; es decir, que se está utilizando de forma habitual o esporádica, pero que en cualquier caso sigue constituyendo la morada del ciudadano que se ha visto privado de la posesión del bien inmueble y que se encuentra indefenso e impotente para poder reaccionar de forma eficaz e inmediata frente a este fenómeno tan extendido en la actualidad en nuestro país.

Pocas cosas son más dignas de protección que la vivienda de una persona. Ya desde antiguo el Tribunal Supremo reconoció en Sentencia de 20 Ene. 1994, Rec. 2153/1992 que: «El delito de allanamiento de morada protege la intimidad de la persona humana, salvaguarda la intimidad más

apreciada de los hombres y mujeres, no se defiende ni la posesión, ni la propiedad, ni ningún otro derecho real o personal en sentido patrimonial. Por tanto, es imprescindible que exista una morada ajena invadida, por irrupción o por permanencia. Esta Sala, en una jurisprudencia absolutamente rectilínea, ha protegido, como uno de los valores más importantes, reconocido expresamente en la CE, el domicilio de las personas físicas, concepto que ha de correlacionarse con el delito de allanamiento de morada. No hay allanamiento de morada respecto de un almacén o un depósito. Morada y domicilio, a estos efectos, se identifican.»

Las tres modalidades de allanamiento de morada son las siguientes:

Artículo 202.

1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

Se trata este del tipo penal de «ocupación» de bienes inmuebles «por excelencia, y es el que se practica tanto por personas individuales como por grupos y organizaciones criminales. Es sobre estos actos de ocupación ilegal de inmuebles sobre los que giran todas las quejas de ciudadanos que se han visto desposeídos de sus hogares que constituyen morada, teniendo que seguir un largo periplo para poder recuperarlas.

Artículo 203.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública

o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Se trata de un delito con menos porcentaje comisiva y que afecta a personas jurídicas y despachos profesionales o establecimientos mercantiles.

Artículo 204.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Este delito es peligroso para los funcionarios policiales de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, por cuanto estos actúan para proteger a los ciudadanos en la persecución de los delitos, pero si actúan con exceso de celo y acceden a inmuebles sin existir delito flagrante ni orden judicial podrán cometer este delito.

Estos delitos están ubicados en el capítulo II «del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público», del Título X del Libro II «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio».

El citado capítulo comprende tres preceptos (artículos 202, 203 y 204 CP) que se refieren al allanamiento pacífico de morada de persona física (artículo 202.1 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona física (artículo 202.2 CP), al allanamiento pacífico de morada de persona jurídica y establecimientos abiertos al público (artículo 203.1 y 2 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona jurídica (artículo 203.3 CP), y al allanamiento de morada por autoridad o funcionario (artículo 204 CP).

Se trata el allanamiento de morada de un delito competencia del Tribunal del jurado, como señala Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado en su artículo 1.2, que señala que *Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:*

[…]

d) Del allanamiento de morada (arts. 202 y 204).

Como propuesta de reforma legal debería suprimirse la competencia del Jurado con respecto del delito de allanamiento de morada que tiene

mejor definición competencial ante el juez de lo penal, siendo innecesario constituir todo un tribunal del jurado para juicios con este contenido, salvo que se incida en querer hacer partícipe a la ciudadanía del problema de la ocupación ilegal de inmuebles y hacerles miembros de un jurado que decida estos casos, no pudiendo comprenderse las razones por las que se atribuyó la competencia al jurado de estos casos.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

Recoge el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 18/2021 de 15 Ene. 2021, Rec. 691/2019 que «el delito de allanamiento de morada es una infracción contra la inviolabilidad del domicilio que el Código Penal tipifica y define en su artículo 202.»

Y en cuanto a sus características se añade que:

«Como se dijo en la STS 1021/2012, de 28 de diciembre, «[…] la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su inviolabilidad en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte exento de o inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 136/2000, de 29 de mayo […]»

Dada la relevancia constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio y para su eficaz protección el Código Penal las injerencias no autorizadas a través del delito de allanamiento de morada, cuyos presupuestos típicos son los siguientes:

a) En cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada. En el caso de que

sea funcionario público su conducta se haya sancionada de forma agravada en el artículo 204 CP;

b) Debe entenderse por morada el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley;

c) En cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta;

d) Por último, este delito, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, sin que se exija un dolo específico de atentar contra la intimidad domiciliaria (STS 159/2007, de 21 de febrero, por todas).»

Concepto de morada.

Respeto lo que se entiende por morada y en lo que afecta a la ley de vivienda 12/2023 hay que tener en cuenta que esta norma jurídica mantiene el mismo concepto de morada que ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habida cuenta que recoge en el artículo 3, letras j) y k) los conceptos de residencia habitual y residencia secundaria, refiriéndose el primero al lugar donde una persona está empadronada y supone dentro del ámbito administrativo, el lugar de residencia fiscal y donde desarrolla la actividad de su vida diaria y la secundaria para referirse aquella vivienda amueblada y con servicios dados de alta donde se acude de forma temporal o provisional, pero que también reúne el concepto de morada.

De esta manera, el acceso ilegal, ocupando cualquiera de los dos bienes inmuebles, supondría un allanamiento de morada del artículo 202 del código penal, por cuanto estos dos conceptos de residencia habitual y residencia secundaria, incluidos en la ley de vivienda, permiten el ámbito de protección de los propietarios de estas viviendas, frente al fenómeno de la ocupación ilegal.

Otra cuestión de interés que nos interesa plantear la relativa a la fase de ejecución de lanzamiento, en los casos de ocupación ilegal de inmuebles, en los que debe rechazarse que sea necesario analizar el concepto de vulnerabilidad y de darte lado a la administración para que pueda realojar al ocupante ilegal en un inmueble, ya que a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos civiles de desahucio Con la ley de vivienda aprobada, debe entenderse que el juez de instrucción no tiene por qué evaluar si el ocupante ilegal reúne el concepto de vulnerabilidad en su situación personal, económica y familiar y/o estar a la espera de que la administración competente encuentre un realojo a los ocupantes ilegales antes de proceder al lanzamiento del inmueble ocupado ilegalmente.

De la misma manera se introducido una disposición adicional séptima en la LEC en la Reforma aprobada por la ley de vivienda, en virtud, de la cual se entiende que en los procedimientos del artículo 245.2 del código penal no será preciso que el juez a la depender en lanzamiento de análisis de la situación de vulnerabilidad o del realojo del ocupa en una vivienda, lo cual debe extenderse de forma obligatoria a los casos de allanamiento de morada, de tal manera que una cosa es que se le traslado la administración de la posibilidad del realojo de los okupas, pero sin supeditar la expulsión a que el Ayuntamiento por medio de la concejalía correspondiente, encuentre una vivienda en donde puedan residir los ocupantes ilegales, cuando concurren las circunstancias previstas de que existan menores en el inmueble o se den situaciones merecedoras de la protección para que la administración competente pueda realojar a los ocupantes en otro inmueble.

En cualquier caso, la regla general debe ser la expulsión inmediata, salvo que circunstancias particulares aconsejen la espera, que podría ser como máximo de dos semanas para que la administración pueda actuar en estos casos urgentes en donde pueda haber menores o personas necesitadas de especial protección a la hora de localizar una vivienda donde puedan ser realojados.

Pero en ningún caso, puede entenderse que el lanzamiento se suspenderá por estas circunstancias, porque yo supondría introducir un claro perjuicio al propietario de vivienda ocupada por una circunstancia ajena a él mismo y que es competencia responsabilidad de la propia administración pública, como es la de proveer vivienda, aquellas personas que carecen de la misma, pero que no puede hacerse recaer sobre las espaldas de los propietarios de viviendas esta circunstancia y retrasaron lanzamientos en caso de ocupación ilegal de bienes inmuebles.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EXPULSIÓN INMEDIATA DEL INMUEBLE OCUPADO POR ORDEN JUDICIAL

La solución a los problemas generados por la ocupación ilegal de inmuebles no pasan tanto sobre una modificación del sistema de penas, sino por una potenciación de las medidas cautelares de expulsión que deben ser adoptadas, de manera que los propietarios de inmuebles en los que una persona han accedido ilegalmente y han cambiado la cerradura tomando la posesión y haciendo imposible el acceso por parte del propietario tienen derecho a la recuperación inmediata de esa posesión a la que se ha privado al propietario. Todo ello, sin esperas derivadas de la prolongación que pueda derivarse de un procedimiento judicial ante denuncia formulada por allanamiento de morada del artículo 202 del código penal.

De esta manera, sería absolutamente imprescindible la aprobación de una reforma de la ley procesal penal, en virtud de la cual el juez de instrucción tenga capacidad para, ante una denuncia formulada en la que se aporten pruebas mínimas indispensables de la titularidad del bien por parte del denunciante y la inexistencia de título alguno por parte del ocupante, llevar a cabo la expulsión inmediata antes del transcurso de la 72 horas desde la petición de la expulsión y formulación de la denuncia.

Hay una cuestión aquí que es fundamental, como es la relativa a que ante el requerimiento formulado por parte de la autoridad judicial ocupante para que abandone el inmueble, estos puedan presentar un título falso para prolongar la expulsión del inmueble en estos casos, como lo es un contrato de arrendamiento falso con la firma del propietario, y que podría servir como causa suspensiva para la expulsión.

En el caso de que se aporte el mismo cabría la urgente práctica de una pericial caligráfica para comprobar si, efectivamente, la firma del contrato de arrendamiento es la que corresponde al propietario del inmueble y en el caso de que así no concurra proceder a la inmediata expulsión, tras el análisis de la validez del documento aportado por el ocupante.

En esta situación cualquier documento distinto de aquellos que puedan acreditar el derecho de posesión debería ser rechazado, tales como tickets de compra de productos, o el pago de gastos de comunidad, lo que debería recogerse con claridad en el artículo que reformara la Ley de Enjuiciamiento Criminal para habilitar la expulsión del inmueble en ese plazo de 72 horas fijando cuál es el título que habilitaría la suspensión de la expulsión, circunscribiéndolo tan solo a la existencia de prueba concurrente de que existe un contrato de arrendamiento, dejando claro en el precepto que cualquier otro documento, tal como los citados, no permitiría la suspensión de la expulsión al no ser títulos válidos para acreditar la

existencia de un derecho posesorio sobre el inmueble sobre el que se ha denunciado la ocupación ilegal.

Debe tenerse en cuenta que es fundamental una regulación legal nueva en estos casos que disciplinen las razones que pueden permitir tanto la expulsión inmediata como la suspensión de la misma. Así, debe constar con claridad en el precepto de la LECRIM que proponemos bajo la numeración del artículo 544 sexies y que sirva como garantía para los propietarios de viviendas, así como también para aquellas personas que tengan en la realidad un contrato de arrendamiento real que pretendan alegar cuando se les imputa una ocupación ilegal, sobre todo para garantizar la debida protección de ambas partes en el proceso, evitando también expulsiones indebidas de personas que tienen un título válido admitido en derecho.

4. LA FLAGRANCIA PARA PERMITIR LA ENTRADA DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La entrada en una vivienda por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado solo puede tener lugar como consecuencia de la comisión de un delito flagrante, o por las causas autorizadas legalmente, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo.

En otro caso los agentes pueden entrar en una vivienda con la voluntad de sus moradores, o con autorización judicial.

Señala el artículo 15 antes citado que:

Artículo 15. Entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.

Pues bien, un tema importante en materia de ocupación ilegal de inmuebles es el establecimiento de una clara seguridad jurídica para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a la hora de que estas puedan acceder a un inmueble sin orden judicial cuando se haya cometido un delito flagrante de ocupación ilegal.

De esta manera, es preciso que se regule con claridad el concepto de flagrancia para entender el periodo temporal transcurrido desde el acceso de forma ilegal al inmueble para que la policía pueda actuar y entrar sin orden judicial para la expulsión de los okupas.

Así, podría regularse por ley que el plazo para poder acceder la policía en un inmueble ocupado ilegalmente es de 24 horas desde que se tenga conocimiento del acceso ilegal, lo cual podría acreditarse bien por el sistema de alarmas instalado en el inmueble, o bien por declaración de algún vecino que pudiera dejar constancia con su declaración del momento exacto en el que se ha producido el acceso ilegal al inmueble, avisando en este caso a la policía de esta circunstancia.

Con ello, está declaración del vecino, que sería identificado a los efectos oportunos sería clave para poder establecer la hora exacta de acceso ilegal tras la denuncia del mismo y fijarse como cómputo del plazo de las 24 horas para que la policía pueda entrar en el inmueble y expulsar a los okupas sin necesidad de orden judicial, al estar, incluido el acto policial dentro del concepto de la flagrancia que se exige que se regule de forma clara y concreta para evitar que actuaciones policiales tendentes a resolver el problema de la ocupación ilegal sean luego derivadas a una actuación ilícita de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, lo cual resulta evidente que puede producir un efecto de freno en la actuación policial cuando no tengan claro que se ha producido el acceso de forma flagrante, y que esas dudas se extiendan al rechazo de actuar policialmente y que se recurra a la orden judicial para evitar una actuación delictiva de la policía en estos casos si los agentes no tienen claro que puedan actuar sin orden judicial.

Por otro lado, es aconsejable la articulación de protocolos de coordinación dentro de las comunidades de propietarios para que por mayoría simple se acuerde la necesidad de que los vecinos establezcan sistemas de autoprotección mediante la denuncia de aquel que haya detectado el acceso ilegal en un inmueble ante la policía, marcando un alto nivel de solidaridad entre ellos para que con este sistema de autoprotección trasladar a Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado que se ha producido un acceso ilegal de inmueble por parte de okupas, lo que permitiría la expulsión policial de forma inmediata.

La existencia de estos protocolos de coordinación vecinal en las comunidades de propietarios contra okupas se aprueban tan solo por mayoría

siempre, porque supone una modificación de las normas de régimen interno de la comunidad que tan solo requieren esta mayoría de simple del artículo 17.7. LPH para mejorar la protección *ad intra* de los propietarios de viviendas y permitir la expulsión inmediata del inmueble por parte de los agentes policiales.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre este delito y cuáles son sus características y circunstancias a la hora de poder destacar la tipología de un delito que sigue sorprendiendo que se cometa con tanta impunidad y que se permita actuar a los autores de este delito como lo están haciendo, siendo conscientes estos de la permisividad que van a recibir de retrasar la expulsión, y sin que existan medidas eficaces por la vía de unas cautelares concretas y específicas que permitan una recuperación posesoria urgente e inmediata ante la privación de la posesión al propietario de un inmueble, para el cual no debería retrasarse la devolución de su posesión más allá de las 72 horas a las que estamos refiriéndonos, y lo que supondría aplicar el mismo criterio que sigue en todo nuestro entorno europeo.

A una persona le pueden privar de un bien mueble del que, incluso, pueda prescindir y que no le sea absolutamente necesario para su vida, pero de lo que no se le puede privar a una persona es de la posesión de un bien inmueble, y menos de aquel que constituye su morada y que disfruta de forma permanente por estar empadronado en el mismo, o bien de forma provisional, o esporádica, ya que, reuniendo los requisitos de estar debidamente amueblado y con los servicios de alta en regla, sigue constituyendo la morada de estas personas y, en consecuencia, absolutamente protegible y con derecho a una recuperación inmediata de la misma.

Veamos la referencia jurisprudencial en la respuesta a la comisión de este tipo penal.

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2018 de 13 jun. 2018, Rec. 10776/2017

Se trató de un caso en el que existía una orden de alejamiento de una persona sobre su ex pareja y este la quebrantó y se acercó a la casa y, además, accedió de forma inconsentida, por lo que se trata de un concurso

real del artículo 468 CP y del artículo 202 CP, no de un concurso medial. Existe autonomía entre ambos.

«Del relato de hechos probados se produce una actuación desdoblada del recurrente, en tanto en cuanto la llegada de éste al radio de acción del "perímetro de prohibición» que tenía la víctima supone ya la comisión del delito del artículo 468 CP nada más llegar al inmueble residencia de los padres de la víctima, ante el desplazamiento de la víctima al mismo por razones de seguridad, vulneración que consta nada más que detecta la presencia de la víctima en el lugar esperando a actuar posteriormente como consta en los hechos probados. Más tarde, el acceso inconsentido a la vivienda supone el delito de allanamiento de morada, dos hechos delictivos que atentan a bienes jurídicos distintos, ya que mediante la comisión del delito del artículo 468 CP se comete un delito contra la administración de justicia y con el delito de allanamiento de morada se comete un delito contra la inviolabilidad del domicilio, habiendo admitido esta aplicación con autonomía esta Sala del Tribunal Supremo entre otras en el Auto 2084/2014 de 18 Dic. 2014, Rec. 10722/2014. La sucesión del hecho está dotada de una clara autonomía, ya que el quebrantamiento de medida cautelar se comete de forma autónoma el mismo día que llegó al inmueble, con independencia de que cuando toma la decisión de acceder al inmueble comete el delito de allanamiento de morada.»

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 89/2022 de 4 feb. 2022, Rec. 895/2020

Las conclusiones que se obtienen de esta sentencia respecto a condena por el artículo 203 CP es que un despacho profesional no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal. Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

La intimidad personal es el bien jurídico tutelado en el tipo del artículo 203.1 CP. Un despacho no es «morada» pero puede albergar actos propios del desarrollo de la intimidad personal, o de protección de la intimidad de terceros al albergar documentos con datos sensibles. Es una conducta delictiva el acceso a un espacio privado, en contra la voluntad de su titular y pese a las previas advertencias por parte de la secretaria del bufete. Resulta indiferente que en ese momento estuviera o no abierto al público, pues esa apertura no se hace extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal, que era de acceso claramente restringido y solo permitido a compañeros o empleados con los que mantenía una relación de confianza o terceros previamente autorizados.

Señala la sentencia que:

«El bien jurídico protegido es la intimidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE.

Es obvio que en principio, un despacho profesional, como en nuestro caso ocurre, no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

El recurrente accedió a la zona de despachos privados, en concreto al despacho privado de la Sra. Nuria contra la voluntad de ésta. Esta circunstancia era conocida por el mismo pues así se lo indicó la secretaria del Despacho Sra…

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal de la Sra…

Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

Ahora bien, se trataba de un recinto cerrado en el que la perjudicada y otros compañeros desarrollaban su actividad profesional. El despacho personal era de acceso claramente restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados. El derecho fundamental a la intimidad del que era acreedora la Sra… y el hecho de que el despacho personal lógicamente servía a la custodia de los expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confería a

aquella «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso. En nuestro caso, tal derecho le facultaba a excluir la entrada en su despacho del Sr… como así se lo hizo saber a través de su secretaria. Por ello la invasión injustificada de tal espacio por parte de aquel, entrando en dependencias de acceso restringido, puso en riesgo efectivo el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, esto es la intimidad.»

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 389/2020 de 10 jul. 2020, Rec. 2428/2018

Condena por allanamiento de morada. Como consecuencia de las desavenencias entre los cónyuges, el marido sale del domicilio común, pero vuelve a él, de vez en cuando a ver a la hija y a llevarse algunos objetos personales. Sin embargo, con motivo de la iniciación del procedimiento de divorcio, la esposa le requiere para que no vuelva más y le hace saber que ha cambiado la cerradura de la vivienda. No obsta para la condena la inexistencia de resolución judicial que atribuyera su uso a la denunciante, pues la misma ostentaba una posesión de hecho exclusiva, materializada con el cambio de cerradura, desde hacía meses que el acusado conocía. El acusado accede forzando la cerradura.

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 587/2020 de 6 nov. 2020, Rec. 10126/2020

Se trata en este caso de destacar varias cuestiones:

1. El concepto de morada no es unitario. Una persona puede tener varias moradas, porque no se identifica como el lugar donde una persona vive todos los días, o el lugar donde está empadronado, sino que puede tener varias moradas, siempre que las tenga amuebladas y en condiciones de ser habitadas.
2. Para que se trate de morada no hace falta que esté en condiciones correctas de «habitabilidad». Las condiciones de habitabilidad mejores o peores del inmueble no excluyen el sentido de la vivienda como morada si al momento de los hechos, era el domicilio de la víctima, bien en concepto de dueño, bien de ocupante.

Se recoge en la sentencia que «La cuestión que nos surgiría es la relativa a qué concepto debemos tener por morada, y si es posible que la consideración de "morada» sea doble, en el sentido de poder disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habi-

tual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a «elegir» cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos «eligiendo» cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto.»

Pues bien, ofreciendo un rayo de luz sobre este tema se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 731/2013 de 7 Oct. 2013, Rec. 11142/2012, que señala que:

«El concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que solo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales.

… Por tanto, el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, a efectos registrales, no añade un signo distintivo sin cuya concurrencia deba quedar en suspenso la protección constitucional del círculo de privacidad que cada ciudadano dibuja como frontera de exclusión frente a los poderes públicos y a terceros. Como se desprende del *factum*, el inmueble en el que se introdujo el acusado era una «… pequeña vivienda», en la que existía un dormitorio, con una cama y una puerta cerrada para excluir cualquier injerencia no consentida. El bien jurídico protegido no queda subordinado al tamaño de la vivienda ni a su regularidad administrativa. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar.»

También, el Tribunal Supremo en Sentencia 1775/2000 de 17 Nov. 2000, Rec. 1458/1999 señala que:

«… debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes

próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta.»

6. LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS DE EFICIENCIA Y LA AFECTACIÓN AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y DE USURPACIÓN DE BIEN INMUEBLE

Una importante reforma se ha producido en los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de bien inmueble de los artículos 202 y 245.2 CP en la LO 1/2025, de 2 de enero en la LECRIM.

Así, se añaden dos nuevas letras i) y j) a la circunstancia 2.ª del apartado1 del artículo 795, que quedan redactadas como sigue:

«i) Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal.

j) Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal».

Con ello, lo que se lleva a cabo es derivar a la vía del juicio rápido el trámite procesal ante estos dos delitos. Se trató de una enmienda al proyecto inicial introducida en el Congreso de los Diputados con el fin de agilizar la tramitación de estos procedimientos.

Sin embargo, la redacción que se ha aprobado en el artículo 795 LECRIM para añadir, tanto el delito del artículo 202 CP como el del 245 CP en la vía de las diligencias urgentes de este precepto se han omitido cuestiones importantes que debieron subsanarse en el trámite del Senado, pero no se hizo, ya que era preciso subsanar y corregir que el delito de allanamiento de morada es competencia de la Ley Orgánica del tribunal del jurado y era precisa la modificación de esta normativa para suprimir de la competencia

del jurado el delito de allanamiento de morada para evitar la desconexión del texto incluido en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero.

De la misma manera, era preciso resolver, – y tampoco se hizo– que el delito del artículo 245.2 del Código Penal es un delito leve, y que, en consecuencia, debió procederse a la modificación oportuna para admitir la regulación por la vía de las diligencias urgentes en la tramitación de este delito.

Se debió modificar, también, el artículo 14 LECRIM para introducir un apartado que dijera: *«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 795.1.2.º j) de esta Ley los procedimientos referidos al delito del artículo 245.2 CP de usurpación de bien inmueble se tramitarán por la vía de las diligencias urgentes del citado precepto en lugar de hacerlo por la vía del procedimiento de los artículos 963 y ss para los delitos leves.»*

Asimismo, la modificación de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado en el artículo 1.2 d) para suprimir de la competencia del jurado el delito de allanamiento de morada para acomodarlo al artículo 795 LECRIM en su nueva redacción que remite a la vía de las diligencias urgentes del juicio rápido el delito de allanamiento de morada en la nueva redacción propuesta del artículo 795.1.2.º i) LECRIM.

Y, sin embargo, se debía haber añadido un artículo 544 sexies LECRIM con la siguiente redacción que proponemos de cara al futuro:

«En los casos en que se presente una denuncia por delito de allanamiento de morada o usurpación de bien inmueble de los artículos 202 y 245 del Código Penal el juez de instrucción podrá adoptar la medida cautelar urgente de expulsión del inmueble a cualquier persona que se halle en el mismo al momento del lanzamiento y devolución posesoria al propietario del inmueble, a fin de que antes de que transcurra el plazo de 72 horas desde la denuncia sobre la ocupación indebida del inmueble se proceda a la expulsión de los ocupantes del mismo, aun cuando exista o concurra una situación de vulnerabilidad que debe entenderse ajena en cuanto a la resolución y ejecución de la medida cautelar adoptada, por cuánto se ha perpetrado un delito de ocupación ilegal de inmueble y la vulneración del artículo 9, c) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

En cualquier caso, el juez de instrucción en el mismo día de la recepción de la denuncia remitirá un atento oficio a la Administración competente en materia de vivienda alertando de la urgente fecha fijada para el lanzamiento, al objeto de que pueda proceder a la adopción de las medidas oportunas del realojamiento, en su caso, de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad a los

efectos procedentes, pero sin suspensión de la medida de lanzamiento acordada judicialmente».

Es decir, la necesidad de proceder a una regulación específica de la posibilidad de que el juez de Guardia adopte la decisión de medida cautelar de expulsión urgente por parte de los ocupantes ilegales del bien inmueble como medida específica, además de la genérica posibilidad contemplada en el artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Se hace en esta propuesta una especial mención a que esta expulsión se producirá en el plazo máximo de 72 horas desde la petición de la medida cautelar, a fin de no dilatar la recuperación posesoria, poniéndose el acento en que no será válida la alegación de la vulnerabilidad por parte de los ocupantes ilegales de inmuebles por el incumplimiento de la exigencia del respeto de la propiedad ajena por parte de los ocupantes que exige el artículo 9 de la ley de vivienda.

En virtud de lo expuesto, se recoge expresamente en este precepto que se propone la necesidad de la adopción de esta medida cautelar urgente sin paralización de la expulsión ante el alegato de la vulnerabilidad por parte de los ocupantes, siendo en este caso la Administración la que, en su caso, deberá proceder al intento del realojo por parte de los okupas, pero sin posibilidad alguna de suspensión de la expulsión, a cuyo fin se podrá proceder a dar traslado a la Administración de forma urgente de la fecha de expulsión para que se adopten las medidas oportunas, pero sin suspensión de la decisión judicial.

A los propietarios de vivienda que han sido ocupadas lo que les interesa es la adopción de la medida cautelar urgente de expulsión antes de que transcurran 72 horas desde la denuncia, y con independencia de cualquier alegato sobre vulnerabilidad, habida cuenta que la agilización de la fecha del juicio es un complemento acertado en estos casos, pero que no es la mejor solución para los propietarios de viviendas a los que puede resultarles irrelevante cuál fuera la pena que se le puede imponer en el juicio rápido celebrado frente a los okupas.

Por ello, lo que verdaderamente le importa al propietario de vivienda ocupada es la recuperación posesoria del inmueble que ha sido ilícitamente vulnerada, y, en consecuencia, lo que reclama y aspira es a esa devolución de su posesión más que la posible pena que se pueda imponer a los que han cometido el ilícito penal.

De esta manera, se debe poner más el acento en la adopción de las medidas cautelares urgentes de expulsión que en modificaciones de penas, o, incluso, en la agilización del procedimiento, aunque en cualquier caso acudir a la vía del juicio rápido es una fórmula muy acertada, pero sin que pueda olvidarse que la adopción de medidas cautelares es la mejor

solución para que los propietarios de viviendas que han sido ocupadas recuperen la confianza en el sistema y que puedan obtener esa recuperación posesoria de forma urgente y rápida, que es la que se plasma con una medida cautelar por parte del juez de Guardia que ha recibido la denuncia o querella y la devolución posesoria de forma inmediata.

Por todo ello, la reforma operada en el artículo 795 LECRIM tendría mejor recorrido si se le hubiera adicionado este artículo 544 sexies LECRIM, lo que reforzaría la persecución judicial ante el delito de ocupación ilegal de inmuebles en sus dos manifestaciones de allanamiento de morada y usurpación de bien inmueble, y permitirían la recuperación de la confianza en el sistema por parte de los propietarios que son víctimas de estos ilícitos penales que están causando tantos perjuicios a muchos ciudadanos en este país.

Respecto de los problemas observados de la no reforma de la Ley Orgánica del jurado y de la consideración como delito leve del artículo 245.2 CP entendemos que, en cualquier caso, existe una modificación *ope legis* por una derogación tácita por la LO 1/2025 de 2 de enero, de tal manera que, pese a todo, a partir del 3 de Abril de 2025 cualquier denuncia o querella por estos delitos debe ser tramitado por la vía del juicio rápido a tenor del artículo 795 LECRIM con la adición expuesta por tratarse de Ley posterior con rango de Ley Orgánica que modifica la anterior en lo que se le oponga.

7. CONCLUSIONES

Como conclusiones que podemos llevar a cabo ante una reforma en materia de ocupación ilegal en cuanto al delito de allanamiento de morada del artículo 202 del código penal, podemos fijar la siguientes:

1. Es necesario la aprobación del artículo 544 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fije con claridad la adopción de medida cautelar urgente de expulsión por parte del juez de instrucción en los casos de allanamiento de morada del artículo 202, no solo del artículo 245 CP, para que el juez adopte la expulsión en un plazo máximo de 72 horas si no existe aportación de título bastante que acredite de forma clara y fehaciente la existencia de un contrato de arrendamiento, o título que habilite en el mantenimiento de la posesión por parte del denunciado como ocupante ilegal de inmueble, no siendo admisibles documentos ajenos a un contrato firmado en legal forma por el propietario que pueda acreditar que realmente existió una arrendamiento y no una ocupación ilegal de inmueble.

2. Es preciso definir legalmente el concepto de fragancia para fijar que la policía pueda acceder a un inmueble sin necesidad de orden judicial durante el plazo de 24 horas desde la ocupación ilegal hasta la expulsión, tiempo en el que concurre el concepto de flagrancia para que la policía pueda expulsar a aquellos que han accedido ilegalmente a un inmueble de pertenencia ajena.

3. El juez de instrucción no deberá supeditar la concurrencia de la vulnerabilidad y la del realojo de los ocupantes ilegales en otro inmueble por parte de la Administración, – y así deberá constar en la normativa que se apruebe–, sino que tan solo dará cuenta de esta situación para que esta Administración responsable competente en la materia pueda adoptar las medidas necesarias, fijando el juez de instrucción un plazo máximo de dos semanas para que se adopten las medidas procedentes desde que sean requeridos para la expulsión de forma inmediata por la policía tras la orden del juez y que la Administración pueda comprobar la existencia de menores en el hogar, o una situación clara de vulnerabilidad, lo que dará lugar al traslado urgente a la Administración pública, concediendo un plazo máximo de un mes para la adopción de las medidas oportunas, transcurrido el cual se procederá a la expulsión inmediata del inmueble sin mayores esperas, ni retrasos, y acordándose en el auto por el que se ha trasladado a la Administración esta circunstancia, la fijación de la fecha de lanzamiento sin mayores esperas ni suspensiones, aunque la Administración no haya procedido a solucionar el problema del realojo, lo que se le advertirá en la comunicación del juez a la Administración.

4. Debe procederse a una reforma de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda incluyendo la solución a los problemas creados por la ocupación ilegal de inmuebles para recoger que:

a. Artículo 9. Deberes del ciudadano en relación con la vivienda.

Todos los ciudadanos tienen el deber de:

c) En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte, debiendo ser expulsados en el plazo máximo de 72 horas desde la ocupación ilegal, ante el análisis del juez de instrucción de la existencia de una ocupación ilegal de inmueble y que en el caso de que existen menores de 14 años en el inmueble darse traslado por el juez a la Administración pública para que adopte las medidas oportunas en un plazo

máximo de 30 días transcurrido el cual se procederá al lanzamiento aunque la Administración haya incumplido su obligación.

b. Suprimir del artículo 11 a) la referencia de que constituya un deber de los propietarios el *Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda.*

No puede admitirse que constituya un deber utilizar y ejecutar la posesión sobre las viviendas que tenga en propiedad una persona, ya que resulta imposible ese disfrute efectivo en el caso de que los propietarios de viviendas que dispongan de más de una, ya que está en el derecho de los propietarios de viviendas el uso y disfrute de las mismas, o, incluso, tenerlas vacías, o no usarlas sencillamente, y sin que pueda constituir un deber del propietario la utilización constante y permanente de las viviendas que tiene en propiedad.

Las políticas de vivienda no deben llevarse a cabo estableciendo un deber de los propietarios de poner las mismas en alquiler, o usarlas y disfrutarlas, sobre todo en un momento en el que la tramitación de los procedimientos de desahucio se han ralentizado, obviamente, ante la concurrencia de los requisitos del análisis por el juez de primera instancia de la vulnerabilidad y de la necesidad del realojo por parte de la Administración Pública, poniendo en las espaldas de los propietarios de vivienda y arrendadores el problema de la carencia de vivienda que tiene muchos ciudadanos, por lo que existe una absoluta desconfianza en el sistema por parte de los propietarios que dificulta que estos tengan la confianza de poner sus viviendas en el mercado de alquiler ante las dificultades procedimentales existentes para recuperar la inmediata posesión de las viviendas cuando concurra alguna causa de resolución del contrato de arrendamiento.

c. Suprimir de la regulación de la LEC la suspensión del procedimiento de tramitación del desahucio por las exigencias de valorar la vulnerabilidad o del realojo. (Art. 441. 5, 6 y 7 LEC).

d. Suprimir el concepto gran tenedor de la LEC para exigirle a estos propietarios trámites extrajudiciales para el ejercicio de acciones civiles. (art. 439 LEC).

e. Acabar con las prórrogas de suspensión de lanzamiento de vivienda a los ocupantes ilegales de inmuebles y ejecutarlas de inmediato sin posibilidad de decretos de prórroga, sean cualesquiera las circunstancias socioeconómicas que concurran, debiendo ser la Administración Pública la que cumpla con la función social de la vivienda y su propia obligación de atender y cumplir el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos que por cualquier circunstancia carezcan de ella.

5. Debe evitarse que ante una intervención judicial para expulsión de okupas se pueda evitar esta por la exhibición de un título falso de arrendamiento por el que se pretenda suspender el lanzamiento para presentar un documento que simule un contrato de arrendamiento que sea falso. Y ello, mediante una disposición legal en la LAU que fije la obligatoriedad del registro de los contratos de arrendamiento en la oficina pública de la Comunidad autónoma en materia de vivienda por la que junto a la exigencia legal de consignar el importe de la fianza arrendaticia se selle por la CA el contrato de arrendamiento, a fin de evitar que los okupas puedan alegar que existe un arrendamiento con un contrato que es falso, pero que su aportación sin las exigencias de ese sello puede aparentar un arrendamiento y retrasar el lanzamiento hasta que se pudiera acreditar su contenido falsario(1).

Otra vía sería la exigencia de inscribir los arrendamientos en el registro de la propiedad, con lo cual también se evidenciaría, en su defecto, la falsedad del contrato exhibido por los okupas.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 281/2020 de 4 May. 2020, Rec. 3445/2018 se condenó por delito de estafa procesal del artículo 250.1.7.º CP al acusado que engañó a un órgano judicial aportando un documento en el que simulaba que su salida de la vivienda ilegítimamente ocupada era falso, pues su firma habría sido imitada. Ese engaño provocó un claro y patente perjuicio a los titulares del inmueble, y constituye un fraude procesal que llevó al juzgador a dictar varias resoluciones interlocutorias claramente perjudiciales para la acusación. Se le condenó a la pena de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de diez meses con una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 560/2021 de 24 Jun. 2021, Rec. 3056/2019 se condena por simulación total de contrato de arrendamiento. Estafa procesal y usurpación de inmueble. Aportación del contrato falso como prueba documental en procedimiento de desahucio por precario con el que el entonces demandado y ahora acusado consiguió la desestimación al presentar título que legitimaba aparentemente la posesión. Penas de 4 años y 6 meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses en cuota diaria

(1) Propuesta realizada por Cuena Casas, M., «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma». Post publicado en el Blog de la Fundación Hay Derecho el 14 de noviembre de 2022 https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/.

de 6 euros y como autor de un delito leve de usurpación de bien inmueble, a la pena de multa de cuatro meses, con cuota diaria de 6 euros.

6. En el caso de inmuebles ocupados propiedad de personas jurídicas debe otorgarse la debida protección ante casos de «okupas».

No es posible admitir la desprotección de las personas jurídicas en materia de ocupación ilegal de inmuebles y deben adoptarse también medidas cautelares de expulsión en este caso aun en el caso de que el inmueble ocupado no esté teniendo un uso concreto por parte de la persona jurídica, dado que este tipo de situaciones han dado lugar a apropiaciones de edificios enteros por «okupas» que han creado un clima de malestar en el vecindario donde se producen los hechos. Por ello, en estos casos se debería regular que se acordará la medida cuando la víctima sea una persona jurídica de naturaleza privada, siempre que exista efectivo, riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma. Y en aquellos supuestos en que el inmueble no goce de un uso o expectativa de uso actuales deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida cautelar en todo caso, cuando la ocupación ocasiona problemas vecinales graves de convivencia causados por los ocupantes de la vivienda sin título.

F. Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (II): El delito de usurpación de inmuebles. Procedimientos penales para recuperar la posesión de un inmueble: diligencia de entrada y registro y medidas cautelares

Carlos Viader Castro
Magistrado
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala II.
c_viader@hotmail.com

Resumen: *El delito de usurpación de bienes inmuebles sin violencia ni intimidación aparece regulado en el artículo 245.2 CP, como leve, que tipifica la ocupación ilegal de un inmueble que no es morada, lo que lo distingue de otras figuras afines, como el allanamiento de morada, el precario y el impago de rentas de alquiler. Es posible la apreciación de la eximente de estado de necesidad por vulnerabilidad económica de los ocupantes, si bien muy restrictivamente. Para el desalojo inmediato de los ilegales ocupantes, el Juzgado de Instrucción puede acordar una medida cautelar, que deberá reunir los requisitos de fumus boni iuris, periculum in mora y proporcionalidad. Es*

posible su adopción inaudita parte. La policía puede desocupar sin necesidad de autorización judicial ante la flagrancia del delito, si bien debe contar con indicios suficientes de la comisión delictiva. El desalojo mediante la fuerza sin intervención judicial no está amparado legalmente. Se proponen como medidas para acabar con el fenómeno de la ocupación una regulación transversal más detallada, coherente y completa y la adopción de medidas sociales y económicas en materia de vivienda.

Palabras clave: *usurpación, bien inmueble, medida cautelar, desalojo, estado de necesidad, flagrancia.*

Abstract*: The crime of usurpation of real estate without violence or intimidation is regulated in artículo 245.2 PC, as a minor offence, which criminalises the illegal occupation of a property that is not a dwelling, which distinguishes it from other related offences, such as breaking and entering, precariousness and non-payment of rent. It is possible to consider the exoneration of the state of necessity due to the economic vulnerability of the occupants, albeit very restrictively. For the immediate eviction of the illegal occupants, the Court can agree on a precautionary measure, which must meet the requirements of fumus boni iuris, periculum in mora and proportionality. It can be taken inaudita parte. The police can evict without judicial authorisation if the offence is flagrante delicto, although there must be sufficient evidence of the commission of the offence. Eviction by force without judicial intervention is not legally protected. A more detailed, coherent, and comprehensive cross-cutting regulation and the adoption of social and economic measures in the field of housing are proposed as measures to end the phenomenon of squatting.*

Keywords: *Usurpation, real estate, precautionary measure, eviction, state of necessity, flagrancy.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El delito de usurpación de inmueble. 2.1 Concepto. 2.2 Naturaleza. 2.3 Delimitación de figuras afines. 2.3.1 Allanamiento de morada. 2.3.2 Impago de rentas de alquiler. 2.3.3 Precario. 2.4 Eximente de estado de necesidad. 3. Medida cautelar de desalojo. 3.1 Concepto. 3.2 Requisitos. 3.3 Tramitación. 4. Intervención policial en caso de delito flagrante. 5. El ejercicio arbitrario del propio derecho. 6. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y cómo afecta al delito de usurpación de bien inmueble. 7. Propuestas de mejora. 7.1 Reforma legal que clarifique las vías de recuperación del inmueble ocupado ilegalmente por las vías civil y penal. 7.2 Regulación específica de medidas cautelares para el caso de usurpación de bien inmueble. 7.3. Regulación específica de la intervención policial en caso de flagrancia. 7.4 Elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles. 7.5 Mayor dotación medios para los Servicios Sociales y mejora de la coordinación con la Administración de Justicia. 7.6 Inversión en alquiler social. 8. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La alarma social creada por los medios de comunicación en relación con la ocupación ilegal de inmuebles no ha hecho más que crecer durante los últimos años. Sin embargo, deberíamos preguntarnos si este miedo metódicamente expandido responde a la realidad, o, por el contrario, se trata de una burbuja inflada por determinados *lobbies* que persiguen sus propios intereses económicos y políticos.

Lo cierto es que el problema existe. El año 2023 cerró con 15.289 denuncias por ocupación ilegal en España, lo que supone un descenso del 8,8 % respecto al año anterior, cuando se registraron 16.765 ocupaciones repartidas por las distintas comunidades autónomas (1). Sin embargo, pese a disminuir el número de denuncias en 2023, en 2017, el número de denuncias fue de 10.619 (2), por lo que, en seis años, el aumento ha sido de un 44 %, lo que representa un dato indudablemente alarmante.

La ocupación de un inmueble, desde un punto de vista penal, puede calificarse como allanamiento de morada, cuando el inmueble constituye, a efectos legales, morada; o como usurpación, en los demás casos. En virtud de esta distinción, es evidente que el allanamiento de morada, que supone privar a su titular del lugar donde ejerce su intimidad, reviste una mayor gravedad social que la usurpación.

En el año 2021 (último dato publicado), se condenaron a 4.302 personas por usurpación, pero solo 230 (3) por el delito de allanamiento de morada, es decir, que, del total de condenados por ocupaciones de inmuebles, solo el 5 % lo fue por hacerlo en uno que constituyese morada. Si se tiene en cuenta que, en 2020 (último dato publicado), el número total de hogares en España fue de 18.754.000 (4), vemos que la ocupación ilegal de inmuebles que realmente preocupa a la sociedad, como es la que afecta a una vivienda donde efectivamente residen personas, es, al menos estadísticamente, completamente residual.

Sin embargo, el dato es relativo a los *condenados*, es decir, aquellas personas que, una vez incoado un procedimiento penal, han resultado condenadas mediante sentencia judicial firme, lo que no siempre representa una imagen real de la verdadera delincuencia. En este sentido, no son pocas las trabas que el perjudicado por los delitos relativos a la ocupación inmobiliaria encuentra a la hora de verse restituido en su derecho, ya que el sistema penal no siempre es efectivo, ni, desde luego, rápido. Es

(1) Ministerio del Interior.
(2) Ministerio del Interior.
(3) INE.
(4) INE.

precisamente esa falta de eficiencia lo que ha dado lugar a la proliferación de empresas *Desokupa*.

En este capítulo, analizaremos el delito de usurpación de bien inmueble, no solo su regulación, características esenciales, y las medidas cautelares que existen para la restitución del derecho, sino también cuáles podrían ser la reformas que habrían de ser acometidas para que los propietarios puedan recuperar su inmueble con mayor velocidad y garantías.

2. EL DELITO DE USURPACIÓN DE INMUEBLE

2.1 **Concepto**

Como adelantábamos, cuando hablamos del fenómeno de la *okupación*, son dos las figuras delictivas las que deben ser objeto de análisis: por un lado, el allanamiento de morada, objeto de estudio en el capítulo anterior; y, por otro, el delito de usurpación de bien inmueble sin violencia ni intimidación en las personas, que ahora examinaremos.

Su tipificación la encontramos en el artículo 245.2 CP, cuya ubicación sistemática se encuentra en el Capítulo V (*De la usurpación*), del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*), del Libro II (*Delitos y sus penas*), que dispone que *El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*

En cuanto al bien jurídico protegido, la Audiencia Provincial de Albacete, en su sentencia 526/2022, de 24 de octubre, dispone que:

Buena parte de las resoluciones de diversas Audiencias Provinciales se han inclinado por entender que el bien jurídico protegido de este delito estriba no tanto en el derecho de propiedad, o en la situación jurídica denominada por la doctrina posesión civil, sino en la conocida como posesión natural o material.

Así, la intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales de este orden jurisdiccional a una interpretación, que, acorde con los principios básicos que informan al Estado de Derecho, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del interdicto posesorio y del precepto penal. Se trata de establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes, que permitan resolver en cada situación particular la posible tipicidad de la conducta concreta realizada.

En conclusión, el bien jurídico protegido lo constituye la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. Por esta razón, para poder considerar que un determinado supuesto de hecho sea constitutivo de un delito de usurpación del artículo 245.2 CP es necesario que se haya perturbado, con la acción presuntamente delictiva, la llamada «posesión inmediata», o «real y efectiva», del bien inmueble en cuestión y no solamente la llamada «posesión civil» inherente a la propiedad.

La delimitación del bien jurídico protegido tiene trascendencia práctica en el presente caso, ya que, al identificarlo con la llamada *posesión inmediata*, o *real y efectiva*, quedan fuera del ámbito penal muy frecuentemente la ocupación de inmuebles de propiedad de bancos, fondos de inversión y sociedades patrimoniales, que no pocas veces se encuentran abandonados o sin mantenimiento. Estas entidades, en estos supuestos, tendrán que recurrir a la vía civil para recuperar sus inmuebles.

La STS 800/2014, de 12 de noviembre, estudia el artículo 245.2 CP en profundidad, y fija la doctrina sobre los elementos que lo conforman, la cual ha sido recordada recientemente por la STS 432/2024, de 17 de mayo, por lo que continúa plenamente vigente. Así, dispone que dichos elementos son:

a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia;

b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo;

c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y

el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión;

d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio «contra la voluntad de su titular», voluntad que deberá ser expresa;

e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.

Sobre la base de esta definición, la Audiencia Provincial de Barcelona ha recordado en su sentencia 313/2024, de 2 de abril de 2024, que no serían, por tanto, punibles, las siguientes conductas:

1) las ocupaciones transitorias u ocasionales sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir; 2) las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad o ruina total; y 3) los casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual.

Uno de los principales problemas que se plantean entorno al delito de usurpación de bien inmueble es si los sujetos activos de este delito, una vez que se han introducido en el inmueble, son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, *ex* artículo 18.2 CE.

Así lo ha considerado parte de la doctrina, que ha dispuesto que, cuando la *okupación* se hace de un inmueble que no constituye morada, es decir, cuando estamos en un auténtico supuesto de usurpación de bien inmueble, «si el *okupa* destina el mismo a constituir su vivienda, el legítimo propietario habrá de acudir al juez para obtener el desalojo efectivo. En estos casos, la inviolabilidad del domicilio prima sobre el legítimo derecho del propietario[5]».

Considero que esta afirmación es merecedora de una matización. En este sentido, no entiendo que los *okupas* sean titulares del derecho fun-

(5) Fuentes: Rojo Rius, A., coordinador, «¿Tiene el okupa protección posesoria?», *Diario La Ley*, Actualidad Civil núm. 2, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, febrero de 2022.

damental a la inviolabilidad del domicilio, sino que, ante el hecho de que están viviendo, y ejerciendo su intimidad pacíficamente en un inmueble, existe una suerte de presunción *iuris tantum* de que los *okupas* son titulares de dicho derecho, basada en la apariencia de que *efectivamente* tienen derecho a residir allí, la cual únicamente podrá ser desvirtuada en virtud de un procedimiento judicial, con la finalidad de evitar la comisión de un delito de ejercicio arbitrario del propio derecho, como veremos.

Esta presunción, sin embargo, como también abordaremos, no debería operar en los supuestos en los que es evidente, en virtud de una mera comprobación visual, que el inmueble ha sido ocupado, en cuyo caso el delito es flagrante, y, por ende, el desalojo puede acometerse inmediatamente.

2.2 **Naturaleza**

En atención a la pena (multa de 3 a 6 meses), se configura como un delito leve, en virtud de los artículos 33.4.g (*es pena leve la pena de multa de hasta tres meses*), y 13.4 CP (*cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*), por lo que su enjuiciamiento deberá seguirse conforme a lo dispuesto en el Libro VI LEcrim (*del procedimiento para el juicio sobre delitos leves*).

Ahora bien, en virtud de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, se añade el delito de usurpación de bien inmueble *ex* art. 245 CP al listado del delitos que deben ser resueltos mediante el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, de modo que, entiendo que, cuando se reúnan los requisitos del artículo 795 LECRIM se deberá seguir el trámite del enjuiciamiento rápido, y, cuando no sea así, el del delito leve, con la paradoja de que el primer procedimiento cuenta con fase de instrucción, y el segundo no, lo que podría conllevar que la reforma, en lugar de acortar el trámite, lo alargue.

2.3 **Delimitación de figura afines**

2.3.1 *Allanamiento de morada*

Artículo 202 CP: la esencial diferencia respecto del delito de usurpación de bien inmueble reside en que, mientras que el allanamiento tiene por objeto la protección de una *morada*, es decir, de un domicilio, y, por ende, del derecho constitucional a su inviolabilidad, artículo 18.2 CE (no

en vano, está ubicado en el Título X del Libro II, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*); la usurpación de bien inmueble ampara el derecho de propiedad sobre un *inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada*.

Por tanto, se hace necesario distinguir el inmueble que se constituye como morada a efectos penales de aquél que no debe considerarse como tal, ya que, en el primer caso estaremos ante allanamiento de morada, y, en el segundo, de usurpación de bien inmueble. En este sentido, la STS 954/2022, de 13 de diciembre, dispone que:

El concepto de morada como equiparable a domicilio no coincide en términos estrictos con la noción de este efectos administrativos o civiles, sino que abarca todo espacio en el que se ejerce la privacidad. De esta manera se incluyen en el ámbito de protección del artículo 202 CP las viviendas destinadas a usos vacacionales o segundas residencias, aptas para ser ocupadas por sus titulares o quienes estos autoricen.

Por ello, el sujeto pasivo del delito de usurpación es el titular-propietario del inmueble-vivienda no constitutivo de morada, o poseedor legítimo, que puede ser una persona física o una persona jurídica de carácter privado o público, o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública[6]. También es sujeto pasivo el arrendatario, el usufructuario o la persona con derecho a poseer dicho inmueble, si bien es necesario que esté desocupado, por lo que no puede haber inquilinos ni usufructuarios poseyendo, en calidad de morada, el inmueble, en el momento de la ilícita posesión de éste[7].

2.3.2 *Impago de rentas de alquiler*

En el caso de un inmueble arrendado, cuando el arrendatario deja de abonar las rentas, no nos encontramos ante un supuesto penal, como se cree popularmente, sino de incumplimiento contractual que debe ser resuelto mediante las herramientas que prevé la LEC, como es el juico verbal de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador del artículo 250.1.1.º LEC, para el que el legislador, durante los últimos años, ha introducido numerosas modificaciones con la finalidad que mejorar la agilidad en su tramitación.

(6) Gutiérrez Albentosa, J. M., «Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021.

(7) Fiscalía Provincial de les Illes Balears, Instrucción de 10 de junio de 2019, p. 2.

Ahora bien, si el inquilino, desde un principio, tuvo voluntad de no abonar las rentas del alquiler, de modo que ejecuta una ocupación ilegal de inmueble bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento, que, en principio, pretende evitar el ejercicio de la acción penal por el propietario por la vía del allanamiento de morada y/o usurpación de bienes inmuebles, podríamos estar hablando de un delito de estafa *ex* artículo 248 CP[8].

2.3.3 *Precario*

Su concepto, elaborado por el Tribunal Supremo, comprende casos de posesión concedida, de posesión tolerada y de posesión sin título: 1) La posesión concedida tiene su causa en una concesión graciosa, que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente; 2) En la posesión tolerada, hay una situación iniciada por el precarista sin previa concesión o voluntad expresa, pero que implica una actitud de condescendencia o de beneplácito, que es también revocable en cualquier tiempo.

De este modo, cuando ese consentimiento del titular se revoca, nos encontramos con la paradoja de que, tratándose de un supuesto que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito de usurpación *ex* artículo 245.2 CP, se conceptúa como un mero ilícito civil que se tramita a través del juicio verbal de desahucio por precario *ex* artículo 250.1.2.º LEC[9], con la consiguiente confusión de jurisdicciones.

Asimismo, es también común en la práctica judicial la interposición de denuncias en supuestos civiles, lo que supone un retardo importante en la solución de la ocupación, por cuanto se debe esperar al sobreseimiento de la causa, o al dictado de una sentencia absolutoria para recurrir a la vía civil, máxime si se tiene en cuenta la demora en la tramitación de la que adolecen nuestros Juzgados.

2.4 **Eximente de estado de necesidad**

Es común que, por parte de la defensa de un investigado por un delito de usurpación de bien inmueble, se alegue la eximente del estado de necesidad *ex* artículo 20.5.º CP, sobre la base de que la *okupación* respon-

(8) Magro Servet, V., «¿Puede ser delito de estafa? El fenómeno de la "inquiokupación"», *Diario La Ley*, núm. 10268, Sección Doctrina, 17 de abril de 2023.

(9) Gutiérrez Albentosa, J. M., «Conceptos básicos…», cit., p. 5.

de a una precaria situación económica. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 328/2024, de 17 de junio, ha dispuesto que *esa situación* –económicamente difícil–*, si bien podría componer un escenario que podría llevar a apreciar cierta minoración de la responsabilidad criminal ante una necesidad puntual (acceder a una vivienda sin autorización, con hijos a cargo), con una ocupación temporal, se diluye cuanto más se mantiene en el tiempo.*

Por su parte, la Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia 224/2024, de 27 de mayo, dispone que:

La doctrina jurisprudencial tiene establecido que la situación económica de una persona, solo en casos muy excepcionales, puede llegar a justificar la comisión de un hecho delictivo. También hay que tener en cuenta que la esencia de la eximente radica en la inevitabilidad e inminencia del conflicto, y se exige, además, que el mal ha de ser actual, inminente y grave. Desde la perspectiva subjetiva del delito la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado excluiría el estado de necesidad. Por último, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Y finaliza desestimando la petición de aplicación de esta eximente sobre la base de que:

No cabe aplicar la eximente de estado de necesidad como completa ni incompleta, pues conforme a lo señalado, no se ha acreditado por medio alguno de prueba, que la denunciada, haya experimentado alguna perdida repentina de ingresos o actividad laboral, u otro grave contratiempo patrimonial ni tampoco que no hubieran algunas otras vías alternativas, institucionales como los servicios sociales, o familiares, no acreditándose por medio alguno de prueba la inexistencia de familiares que pudiera ayudarle, no alegándose tan siquiera por la denunciada en el acto del juicio el desencuentro con su madre que se alega en el recurso por primera vez como causa de ocupación de la vivienda oral, ni acreditándose que la denunciada haya solicitado ayudas, ni en concreto una vivienda a los servicios sociales que le haya sido denegada.

En el mismo sentido, la sentencia 379/2024, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima la petición de esta eximente porque *no solo no consta de manera clara y diáfana la existencia de una situación de extrema necesidad que justifique la conduc-*

ta, sino que tampoco se hace constar la utilización de los mecanismos necesarios que permitan entender por cumplido el requisito de la subsidiariedad.

3. MEDIDA CAUTELAR DE DESALOJO

3.1 **Concepto**

Cuando un inmueble es *okupado*, el principal objetivo de su titular es recuperarlo lo más rápidamente posible, es decir, sin esperar a que los *okupas* sean condenados mediante una sentencia penal firme. Jurídicamente, este objetivo puede ser alcanzado mediante la adopción de la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble, mediante la cual se pretende desalojar a los ilegítimos ocupantes del inmueble, y que este sea recuperado por su titular.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 259/2007, entre otras).

Así, el artículo 13 LEcrim dispone que *se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley*.

Este artículo abarca la citada medida cautelar de desalojo y restitución, y así lo ha entendido la jurisprudencia menor. En este sentido, el auto 402/2024, de 15 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, dispone que:

El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, […], consagra el principio de protección a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art.544 bis o la orden de protección prevista en el art.544 ter de la referida ley, pero sin que quede restringida a estas medidas cautelares citadas en la ley las posibles medidas cautelares a adoptar que se extienden a to-

das aquellas que tiendan a la protección efectiva de los ofendidos o perjudicados por el delito, entre ellas, en el caso del delito de allanamiento de morada o del delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles que es el que aquí nos ocupa, la medida cautelar de desalojo de la finca ocupada.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de diciembre de 2018 –*asunto Casa di Cura Valle Fiorita SRL contra Italia* –, recuerda que la demora prolongada de las autoridades públicas en la ejecución del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble (aun en aquellos casos en los que obedezca a la necesidad de planificar y garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad) vulnera el derecho del poseedor legítimo a un proceso equitativo del artículo 6.1 CEDH, así como, en su caso, el derecho de propiedad proclamado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH.

3.2 **Requisitos**

Una vez sentado que es posible la adopción de la medida de desalojo, debemos analizar cuáles son los presupuestos que deben concurrir para su adopción.

La respuesta la encontramos en el artículo 764 LEcrim, que se remite al artículo 728 LEC, en cuyo apartado primero se dispone que *solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*; y, en su segundo, que el *solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*, es decir, que los requisitos son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, además de la proporcionalidad.

En este sentido, la sentencia 355/2024, de 16 de abril de 2024, de la Audiencia Provincial de Burgos, dispone que:

El desalojo de los ocupantes de una vivienda requiere, como toda medida cautelar, la concurrencia de dos requisitos: a) la existencia de indicios racionales y relevantes de la comisión del delito

de usurpación pacífica de bienes inmuebles, previsto y penado en el artículo 245.2 C, esto es, que se objetive una apariencia de buen derecho (fumus boni iuris); y b) la existencia de una situación objetiva de riesgo de vulneración del bien jurídico protegido (periculum in mora). En este caso se ve afectada la legítima posesión del inmueble por el perjudicado, y el perjuicio ya se ha consumado y despliega sus efectos con carácter permanente mientras dure la ocupación ilegal, por lo que requiere de la medida cautelar con el fin de conseguir el cese de la situación antijurídica y la restauración del orden jurídico vulnerado. Nada obsta, por otra parte, a que la medida cautelar se adopte aun tratándose de un delito leve ni tampoco que se adopte en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves (arts. 962 y ss. LECR) que es el que corresponde a este tipo de delitos.

Esta medida cautelar, en caso de ser estimada, producirá una evidente restricción de derechos fundamentales de la persona llamada a cumplirla, pues podría haber constituido su morada en el inmueble usurpado, por lo que la decisión judicial afectaría a derechos de rango fundamental, lo que requiere la efectiva ponderación de todas las circunstancias concurrentes para determinar qué derecho resulta sacrificado. Por lo tanto, como toda restricción de un derecho fundamental, ha de estar presidida, en primer lugar, por un fin constitucionalmente legítimo que la justifique y, en segundo lugar, ha de cumplir el canon de proporcionalidad.

En cuanto a esta proporcionalidad, la Fiscalía Provincial de Valencia (10) dispone:

Que (la proporcionalidad) *no ha de venir determinada por la calificación jurídica de los hechos, delito leve, sino por las circunstancias concretas del supuesto. No podemos olvidar que el delito de usurpación de bien inmueble se enmarca en los delitos contra el patrimonio por lo que habrá que realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes (estado del inmueble ocupado, explicación ofrecida por los ocupantes, realización de actividades en el inmueble que puedan resultar dañinas o peligrosas, necesidad del titular de disponer con urgencia de la posesión, etc.). En este sentido será necesario que se haya desplegado una mínima actividad*

(10) Fiscalía Provincial de Valencia, «Unificación de criterios de actuación respecto del delito del artículo 245.2 CP (ocupación de bien inmueble sin violencia ni intimidación», Decreto de 20 de agosto de 2020.

de comprobación de al menos tres extremos: la titularidad del inmueble, falta de autorización y ausencia de título legítimo en la ocupación.

A todo lo anterior se une la obligatoriedad de la prestación de caución, *ex* artículo 764.2 LEC.

3.3 **Tramitación**

La Fiscalía General del Estado[(11)] dispone que, a pesar de que el artículo 13 LECrim permite la adopción de las medidas cautelares objeto de análisis *inaudita parte,* el escrupuloso respeto por las garantías del investigado aconseja que el afectado por la medida disponga de la posibilidad de aportar el título que considere pueda justificar su posesión del inmueble, así como de ofrecer su versión de los hechos.

No obstante, señala la Fiscalía, en aquellos casos en los que el investigado desoyeran la citación sin alegar justa causa, el Ministerio Fiscal deberá interesar la adopción de medidas cautelares *inaudita parte,* si bien velando por que se confiera traslado de la petición al abogado defensor, conforme a lo dispuesto por el artículo 967.1 párrafo 2.º LECrim y a fin de que pueda efectuar las alegaciones que estime oportunas en defensa de su defendido.

La petición *inaudita parte* de la medida cautelar de desalojo también podrá solicitarse en aquellos casos en los que la citación del investigado, o incluso su identificación, no puedan llevarse a efecto a causa de la deliberada actuación de éste. Si bien resulta inviable el dictado de una condena respecto al ignorado ocupante de la vivienda ilícitamente allanada o usurpada, no existe obstáculo alguno que impida, en esas mismas condiciones, la adopción de una medida cautelar dirigida a preservar los bienes jurídicos de que sean titulares los legítimos poseedores del inmueble.

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que esta medida cautelar no solo puede solicitarse antes del juicio oral, sino también con posterioridad en el acto del plenario, con la finalidad de evitar que, en caso de dictarse sentencia condenatoria, la situación antijurídica se prolongue en el tiempo hasta que la resolución devenga firme.

---

(11) Fiscalía General del Estado, «Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles», publicado en el *BOE* de 25 de septiembre de 2020.

4. INTERVENCIÓN POLICIAL EN CASO DE DELITO FLAGRANTE

No siempre se necesita una autorización judicial para la ejecución de un desalojo, ya que es posible una intervención policial si el delito se considera flagrante. El artículo 795 LEcrim dispone que *se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto.* Al tratarse el delito de usurpación de bien inmueble de un delito permanente[12], la flagrancia se mantendría todo el tiempo que el inmueble se encuentre ocupado ilegítimamente.

Ahora bien, ello no implica que la entrada policial pueda acometerse en cualquier momento, sino únicamente en aquellos supuestos en que el hecho mismo de la ocupación sea tan cercano en el tiempo que puedan apreciarse evidencias de que el inmueble no ha llegado a transmutarse en ese *santuario* de la privacidad que cuenta con la pantalla protectora de la inviolabilidad domiciliaria. Evidencias que lleven a la correspondiente dotación policial a constatar que la ocupación se está materializando en ese mismo momento, desde su apreciación por propia iniciativa o por el aviso de vecinos o particulares de que se está produciendo en ese momento la ocupación (la puerta de entrada está fracturada, y las herramientas aparentemente empleadas para ello están junto a la puerta) o el carácter reciente de la ocupación (se aprecia desde el exterior cómo colchones, bolsas de ropas o enseres se encuentran simplemente apilados a la entrada o alguna de las dependencias del inmueble) no deberían comportar ningún obstáculo para llevar a efecto el desalojo de forma expeditiva, sin necesidad de acudir al auxilio de la autoridad judicial[13].

Esta intervención policial, sin necesidad de autorización judicial, permitirá la restitución, asimismo, del inmueble a su legítimo titular, como efecto del delito que es el inmueble supuestamente usurpado, lo que encuentra su arraigo en el artículo 15 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (*los Estados miembros garantizarán que, previa decisión de una autoridad competente, se devuelvan sin demora a las víctimas los bienes restituibles que les hayan sido incautados en el curso de un proceso penal*), y se infiere del mandato de los artículos 334 y 338, en relación con los artículos 282, párrafo primero y 284.3, todos de la LECRIM. Asimismo, el

(12) STS 432/2024, de 17 de mayo.

(13) Rodríguez Lainz, J. L., «¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?», *Diario La Ley,* núm. 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.

artículo 11.1, g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reconoce una competencia genérica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en concreto, para *asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente*[14].

José Luis Rodríguez Lainz[15] es muy gráfico cuando dice que, mientras que cuando un vigilante de seguridad de un supermercado descubre cómo un cliente se introduce entre sus ropas varias cajas de berberechos y llega a abandonar el establecimiento sin pagarlos, nadie entra a discutir por qué se procede a la restitución inmediata de dichas cajas al supermercado, sin embargo, las trabas legales y procesales para la recuperación de un inmueble cuando es indebidamente ocupado son enormes, trabas que, añado, se basan en la presunción *iuris tantum* del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la que se benefician los *okupas*.

Se podría argumentar, en contra de lo que señala Rodríguez Lainz, que una vivienda no es una lata de berberechos, de modo que su restitución, por el perjuicio que le supone al (ilegítimo) poseedor, como es quedarse sin vivienda, debe estar revestido de garantías judiciales, al estar en juego un derecho fundamental de especial relevancia constitucional.

En cuanto a la detención del *okupa*, una vez desalojado el inmueble, no cabe, al configurarse el delito de usurpación de bien inmueble como leve, salvo que no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, *ex* artículo 495 LEcrim.

5. EL EJERCICIO ARBITRARIO DEL PROPIO DERECHO

Como adelantábamos, ante la deficiente respuesta por parte de los Juzgados, cada vez son más las empresas que se han especializado en desalojar a los *okupas*, lo que supone su expulsión mediante el empleo de la fuerza al margen de la necesaria intervención judicial. Existe una gran confusión social en torno a si estas prácticas cuentan con amparo legal.

Pues bien, si la función de la empresa se limita a mediar entre propietarios e ilegítimos ocupantes, la conducta es conforme a nuestra legislación. Ahora bien, todos aquellos que no acudan a los tribunales para recuperar la posesión y empleen medios violentos o intimidatorios podrían estar cometiendo el delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455

(14) Rodríguez Lainz, J. L., «Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente», *Diario La Ley*, núm. 9709, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2020.

(15) Magistrado titular del Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba.

CP, que dispone que *1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos*.

Este delito lo cometerían tanto el poseedor que contrate la empresa como los administradores de la empresa y sus trabajadores[16].

6. LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y CÓMO AFECTA AL DELITO DE USURPACIÓN DE BIEN INMUEBLE

En lo que se refiere a cómo ha afectado esta reciente norma al delito de usurpación de bien inmueble, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo relativo al delito de allanamiento de morada, donde se acomete la materia en profundidad.

Solo hay que destacar aquí que su más importante innovación ha sido derivar a la vía del juicio rápido el trámite procesal de los delitos de allanamiento de morada *ex* artículo 202 CP, y de usurpación de inmuebles *ex* artículo 245 CP, vía la modificación del artículo 795.1.2.º LECRIM, lo que, *a priori*, supone un gran avance, sin perjuicio de lo incompleto e incoherente de la reforma, como explica amplia y acertadamente Vicente Magro en su capítulo.

7. PROPUESTAS DE MEJORA

7.1 **Reforma legal que clarifique las vías de recuperación del inmueble ocupado ilegalmente por las vías civil y penal**

De lo expuesto en la presente obra se infiere que son numerosas las vías para la recuperación de un inmueble cuando este es ocupado ilegalmente. Sin embargo, la práctica judicial demuestra que existe una enorme confusión entre los profesionales y operadores jurídicos en relación con cuándo nos encontramos antes un ilícito civil y cuándo ante uno penal. Y ello responde, inevitablemente, a la falta de claridad de nuestra legislación.

(16) Frías Martínez, E., «El fenómeno de la ocupación. Aspectos civiles, penales y procesales», *Diario La Ley*, núm. 9768, Sección Doctrina, 12 de enero de 2021.

En lo que a este capítulo atañe, el artículo 245.2 CP es tan escueto, que ha dado lugar a numerosas interpretaciones tanto en cuanto al bien jurídico protegido (concretamente en relación con el tipo de posesión que protege), como en lo que respecta a la duración temporal que la ocupación debe tener para que sea delictiva. En este sentido, hemos dicho que la jurisprudencia dispone que la posesión amparada por el delito es la real, material, y efectiva, y que la ocupación debe tener notas de permanencia, sin que, sin embargo, estas matizaciones aparezcan en el tipo.

Esta deficiencia ha provocado que numerosos procedimientos judiciales penales se hayan saldado con sentencias absolutorias por no concurrir dichas notas jurisprudenciales (que no legales), lo que ha dado lugar a que se extienda socialmente la creencia de que los juzgados de instrucción son inútiles para la recuperación de la posesión de los inmuebles, que, efectivamente, lo son, en aquellos supuestos de posesión ilícita de un inmueble que no revisten trascendencia delictiva.

Igualmente, nos encontramos con supuestos que sí son subsumibles en el artículo 245.2 CP que, sin embargo, son objeto de enjuiciamiento en el ámbito civil, lo que ha dado lugar a una paradójica situación en la que casos civiles se tratan de resolver de forma frustrante en el ámbito penal, y supuestos delictivos penales en el civil, lo que no ocurriría si el tipo penal fuese más claro.

En este sentido, sería enormemente útil, y más conforme al principio de legalidad *ex* artículo 9.3 CE, que, en el artículo 245.2 CP, se concretase, por un lado, el número de días que son necesarios para que se entienda que existe delito; y, por otro, el tipo de posesión que debe ostentar su titular sobre el inmueble para que quede amparado penalmente.

El legislador debe perder el miedo a una regulación más completa del artículo 245.2. En este sentido, resulta extraño que haya reformado recurrentemente la tipificación determinadas conductas delictivas, en el sentido de hacer los tipos más complejos, y, sin embargo, mantenga inalterado el artículo 245.2 CP, cuya breve redacción es evidente que está dando lugar a importantes problemas, los cuales son especialmente relevantes si se tiene en cuenta la alarma social que la *okupación* provoca actualmente.

7.2 **Regulación específica de medidas cautelares para el caso de usurpación de bien inmueble**

Los ríos de tinta que han corrido doctrinal y jurisprudencialmente para dilucidar si se podía adoptar una medida cautelar de desalojo inmediato de *okupas* en el caso del artículo 245.2 CP, lo cual planteaba numerosos problemas profusamente analizados por la doctrina ante su configu-

ración como delito leve, se habría evitado si se hubiese acometido una regulación específica de medida cautelar para estos supuestos. En este sentido, Vicente Magro[17], ha propuesto ya desde 20218, y, por última vez, en 2023[18], que se reforme la LEcrim en el sentido de que se incorpore un nuevo artículo (544 sexies), que dispusiese:

1. En los procesos relativos a allanamientos de morada o usurpación de bienes inmuebles o de un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente el desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición a instancia de parte legítima o desde la remisión del atestado policial, sin necesidad de la prestación de caución, si los ocupantes del inmueble no exhibieran en dicho plazo el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble.

2. Cuando con motivo de la adopción y ejecución del desalojo al que alude el apartado primero se pusiera de manifiesto la existencia de personas en riesgo de exclusión social o de especial vulnerabilidad o una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, el Juez o Tribunal lo comunicará inmediatamente a la entidad pública local o autonómica competente en materia de servicios sociales y de protección de menores así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias».

Como ello, como señala el Magistrado, se otorga al juez de instrucción un específico y especializado poder para evitar la perpetuación posesoria del *okupa*, lo que permitiría resolver de forma inmediata la indebida posesión que se detenta por quienes han accedido a un inmueble sin derecho alguno para ello.

7.3 **Regulación específica de la intervención policial en caso de flagrancia**

Con la legislación actual, como hemos visto, es posible que la policía, ante un caso de usurpación de bien inmueble, pueda, sin necesidad de intervención judicial, proceder al desalojo de los ocupantes ilegales, si bien se requiere, para ello, que existan indicios claros externos que permitan a la policía presumir racionalmente que está teniendo lugar una usurpación de bien inmueble.

(17) Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

(18) Magro Servet, V., «La eficacia de las medidas cautelares ante la ocupación de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 10219, Sección Doctrina, 1 de febrero de 2023.

Sin embargo, muchas son las ocasiones en las que nos encontramos con cierta reticencia por parte del cuerpo policial para realizar una intervención de este tipo, y ello responde a la falta de claridad legislativa en este caso, es decir, a su temor a incurrir en responsabilidades disciplinarias, administrativas o incluso penales por proceder a irrumpir en un inmueble sin causa que lo ampare. La solución para acabar con esa reticencia pasa por una regulación más clara y específica sobre los casos en los que la policía puede ejecutar estas intervenciones sin miedo a consecuencias indeseadas, que deberá conllevar la formación a estos cuerpos que asegure que actúen conforme a ella.

7.4 **Elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles**

En línea con las reformas legales anteriores propuestas, y como señala José Hidalgo García[19], es innegable la conveniencia de la elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles, que serviría de guía a la Policía Judicial, a los Servicios Sociales –para los casos en que se haga necesaria una actuación o asistencia social–, y a Jueces y Fiscales. Esa necesidad se refuerza, tras la emisión, por la Fiscalía General del Estado, de la Instrucción 1/2020 de 15 de septiembre de 2020, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles[20].

Con ello, se trataría de unificar la actuación de todos los operadores citados implicados en la lucha contra la *okupación*, con la finalidad de dotar de seguridad jurídica los procedimientos de recuperación de inmuebles, dada la disparidad de criterios que encontramos prácticamente en cada Juzgado.

7.5 **Mayor dotación medios para los Servicios Sociales y mejora de la coordinación con la Administración de Justicia**

El problema de la *okupación* está normalmente relacionado con situaciones de pobreza y vulnerabilidad. Por ello, los procesos de usurpación

(19) Inspector Fiscal de la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado.

(20) Hidalgo García, J., «Hacia un protocolo de actuación integral en materia de ocupaciones de viviendas y bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9719, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2020.

de inmueble no deben restringirse al ámbito penal, sino que deberían contar con una mayor implicación de los Servicios Sociales, con la finalidad de que estos puedan proporcionar alternativas habitacionales a los *okupas* que realmente lo necesiten, especialmente si concurren menores o personas con discapacidad. No debe descargarse sobre el propietario la carga de mantener en un inmueble de su propiedad a familias vulnerables, sino que debe ser el Estado el que aborde ese problema, lo que necesariamente exige una mayor inversión en estos recursos.

Asimismo, la coordinación de los juzgados y los Servicios Sociales debe intensificarse, con la finalidad de que los operadores jurídicos tengan una visión real de los problemas que existen detrás de cada *okupación*, lo que también revestiría de utilidad de cara a la apreciación, o no, de la eximente por estado de necesidad.

7.6 **Inversión en alquiler social**

Hemos abordado las posibles soluciones legales y judiciales. Sin embargo, también aproximarnos a este problema desde una perspectiva social y, para eso, se debe analizar quiénes son las personas que *okupan* las viviendas y cuáles son las causas que los ha llevado a tomar la decisión de delinquir para poder dormir bajo un techo.

El aumento del precio del alquiler se ha disparado en los últimos años. Desde 2016, el incremento ha sido de aproximadamente un 40 %[21]. Sin embargo, el salario medio actual aún no ha recuperado el poder de compra que tenía en 2009[22].

A pesar de dicha realidad, la administración pública no ha producido suficiente vivienda social de alquiler. El alquiler social solo representa el 2,5 % del total de las viviendas públicas en España[23], ocurriendo que el gasto directo en vivienda pública se ha reducido drásticamente en los últimos años, lo que supone que el 75 % del desembolso en vivienda se centre básicamente en la inversión indirecta en el sector privado[24]. Ese 2,5 % coloca a España muy por debajo de la media de la Unión Europea (9,3 %), y lejos de otros países de nuestro entorno, como Países Bajos (30 %), Austria (24 %), y Francia (16,8 %)[25], a pesar de tratarse de países con un nivel de renta per cápita muy superior al de España.

(21) INE.
(22) INE.
(23) INE y Eurostat.
(24) Fernández Rodríguez, F., «Gestión híbrida de la vivienda social. Hacia modelos colaborativos de provisión pública al margen del lucro», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas.
(25) Observatorio de la Vivienda y el Suelo, Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana.

Visto el dispar ritmo de crecimiento de unos datos y otros, no es de extrañar que, en 2022, el 26,5% de la población residente en España estuviese en riesgo de pobreza o exclusión social y que un 9% se encontrase en situación de carencia material severa[26].

Por ello, abordar el problema de la escasez de vivienda en España debe también ponderarse como solución al fenómeno de la *okupación*, el cual debe analizarse sin prejuicios y desde una perspectiva, no solo jurídica, sino también social y económica.

8. CONCLUSIONES

Es evidente que, actualmente, el tipo penal de la usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 CP plantea más problemas que soluciones. Su escueta redacción, que ha tenido que ser jurisprudencialmente completada, supone que la disparidad de criterios sobre su aplicación sea inadmisible. El artículo 9.3 CE no solo fija el principio el legalidad, sino también el de seguridad jurídica, lo que exige que las normas sean claras, y que las soluciones judiciales dadas a los problemas de los ciudadanos sean previsibles. Esto no ocurre actualmente cuando un inmueble es *okupado*.

Es cierto que el legislador se ha esforzado por aportar diferentes soluciones ante una ocupación ilegal inmobiliaria, pero ese esfuerzo se ha traducido en una amalgama normativa que los operadores jurídicos no siempre saben interpretar y aplicar. Por ello, una visión holística y transversal del problema debe ser acometida, que dé lugar a un ordenamiento jurídico en la materia coherente, claro y sin superposiciones ni contradicciones. Los políticos, para variar, deberían alcanzar un pacto de Estado sobre una cuestión que provoca una gran alarma social, si bien esta parece catalizada por determinados sectores.

Esta nueva regulación, sin embargo, quedaría sin eficacia real si no se acomete igualmente una inversión en la Administración de Justicia. Ya no solo se trata de invertir más dinero, ya que España cuenta con un gasto medio en Justicia prácticamente en la media europea, sino de diseñar nuestra estructura judicial de conformidad con los últimos avances tecnológicos y organizativos. Con los mismos medios con los que se cuenta actualmente, se podría, con una nueva visión estratégica, dotar de una mayor agilidad a la tramitación procesal.

La reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en su exposición de motivos,

(26) Encuesta de Condiciones de Vida del INE.

dispone que «se trata de una norma necesaria, ya que constituye el instrumento idóneo y el único posible para alcanzar el objetivo de conseguir una reforma de la organización judicial y de la oficina que le sirve de apoyo con el objetivo de que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia organizativa».

Efectivamente, esta norma supone un cambio sustancial en la organización judicial, si bien me temo que meramente dialéctica y no real a la vista de la nula inversión prevista para su materialización. A los antecedentes me remito en relación con normas que han supuesto una reorganización de la Justicia: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina judicial, sigue, 16 años después, sin estar verdaderamente implantada; y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, tuvo una *vacatio legis* de más de 10 años.

Por último, el problema de la vivienda es uno de los que más preocupan a los españoles, y hay razón para ello. El esfuerzo económico que supone actualmente adquirir o alquilar una vivienda es mucho mayor que hace unas décadas. No es una opinión, son datos. Por ello, facilitar el acceso a una vivienda digna no solo es clave para paliar la *okupación*, sino que también es un mandato constitucional, según el artículo 47 CE.

Asimismo, dar una solución rápida y eficaz a la recuperación del inmueble es clave para que los propietarios pierdan el miedo a alquilarlo y no solo se limiten a especular con él a la espera de su subida de precio, lo cual se entiende si se tiene en cuenta que los precios han subido un 62 % en los últimos nueve años[27]. En 2023 se registraron 3,8 millones de viviendas vacías en España[28], de lo que se infiere, si se añade el dato de que en España se necesitan 600.000 nuevas viviendas[29], que la puesta en el mercado de menos del 16 % del parque de inmuebles vacíos podría paliar, en gran medida, el problema de la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Rodríguez, F., «Gestión híbrida de la vivienda social. Hacia modelos colaborativos de provisión pública al margen del lucro», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas.

Frías Martínez, E., «El fenómeno de la ocupación. Aspectos civiles, penales y procesales», *Diario La Ley*, núm. 9768, Sección Doctrina, 12 de enero de 2021.

(27) INE.
(28) Censo de Población y Viviendas, INE.
(29) Banco de España.

Gutiérrez Albentosa, J. M., «Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021.

Hidalgo García, J., «Hacia un protocolo de actuación integral en materia de ocupaciones de viviendas y bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9719, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2020.

Magro Servet, V., «La eficacia de las medidas cautelares ante la ocupación de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 10219, Sección Doctrina, 1 de febrero de 2023.

— «¿Puede ser delito de estafa? El fenómeno de la "inquiokupación"», *Diario La Ley*, núm. 10268, Sección Doctrina, 17 de abril de 2023.

Rodríguez Lainz, J. L., «¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?», *Diario La Ley,* núm. 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.

— «Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente», *Diario La Ley*, núm. 9709, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2020.

G. Remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles: La actuación de las denominadas «empresas desokupas» (1)

Sílvia Pereira Puigvert
Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad de Girona
Red PROBATICIUS
silvia.pereira@udg.edu

Resumen: *El presente trabajo analiza los remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles. Con la mirada puesta en la actuación, legal o no, de las llamadas «empresas desokupas». Un tema de rigurosa actualidad y que abre un considerable debate con múltiples interrogantes: ¿qué son y cómo funcionan estas empresas?; ¿es una vía preferible o no a la judicial?; ¿su actuación se ampara en el marco de la legalidad?; etc., a los que se intentará dar respuesta o tratar de algún modo.*

(1) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Nacional de I+D+I (PID2020-112683GB-I00). «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas».

Palabras clave: *Ocupación ilegal, propiedad privada, vía extrajudicial, autotutela, vivienda.*

Abstract: *This chapter analyzes the extrajudicial remedies against the squatting. With an eye on the legal or not, of the so-called «de-squatting companies». This is a highly topical issue that opens a considerable debate with multiple questions: what are these companies and how do they work?; is it a preferable way or not to the judicial system?; does their action fall within the framework of legality?; etc., to which we will try to give an answer or deal with in some way.*

Keywords: *Squatting, private property, out-of-court proceedings, self-protection, housing.*

Sumario: 1. Consideraciones preliminares: la problemática en materia de vivienda como factor desencadenante del fenómeno de la ocupación. 2. La vía judicial y, sobre todo, extrajudicial frente a la ocupación de inmuebles. 2.1 La solución de los conflictos jurídicos. Breve *excursus*. 2.2 La vía judicial. 2.3 La vía extrajudicial: «Empresa Desokupa», métodos legales, en menos de 72 horas recupera la vivienda y eficacia en más del 90 % de los casos. 3. Pero ¿qué ha motivado la aparición de estas empresas? Lentitud *versus* eficiencia de la justicia. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA PROBLEMÁTICA EN MATERIA DE VIVIENDA COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN

En la sociedad actual ha aparecido un fenómeno problemático conocido como «Okupación», que consiste en la ocupación ilegal de las viviendas. Durante los últimos años, se ha generado un gran debate confrontándose los derechos de los propietarios cuando su posesión ha sido ocupada frente a los derechos de los okupas. Otro aspecto que se ha cuestionado son los remedios judiciales y no judiciales que existen para solucionar este determinado conflicto.

A efectos de contextualización, un okupa es un individuo que se instala en un edificio deshabitado sin el consentimiento de su propietario. Así las cosas, cuando un okupa empieza a vivir en la casa sin poseer la debida titularidad, el propietario, para poder desalojarlo, debe iniciar un procedimiento judicial que se convertirá en una vía efectiva, pero lenta y costosa.

Realmente este hecho genera importantes consecuencias tanto para el propietario como para los residentes de los inmuebles vecinos. En primer lugar, se originan consecuencias económicas porque los okupas no se hacen cargo de pagar los gastos ordinarios ni extraordinarios derivados del uso y mantenimiento del inmueble y sus servicios. Por tanto, los gastos de luz, agua, etc., los debe pagar el propietario. Al mismo tiempo, surgen consecuencias de índole personal porque se ocupa una vivienda de forma ilegal, sin el consentimiento del propietario, y este quiere desalojarlos con el menor tiempo posible, generándose situaciones de estrés emocional. Por último, las consecuencias que pueden experimentar los vecinos que conviven en la zona por la conducta de los okupas.

Por lo que respecta a la evolución de este movimiento okupa, la primera fase se sitúa entre 1980 y 1995. Es cuando comienza a extenderse la ocupación por las principales ciudades de España: Madrid, Barcelona, Zaragoza, Bilbao y Valencia. Los okupas no solo ocupaban los inmuebles para poder residir en ellos, sino también para realizar actividades como conciertos de música, reunirse, celebrar debates. De esta forma, se creó el concepto de «Centros Sociales Okupados y Autogestionados (CSOA)» que consiste en ocupar inmuebles determinados para poder ejecutar actividades culturales, políticas y productivas abiertas a otros movimientos sociales, con el fin de que se adhieran más jóvenes al movimiento. Hay que tener en cuenta que, en esta fase, las autoridades para desalojar a los okupas les sancionaban económicamente y les obligaban a desalojar previa autorización judicial.

El segundo período es entre 1995 y 2000. El CSOA empezó a tener fuerza y ser responsable de todas las ocupaciones. Hay una fecha clave que es el día 28 de octubre de 1996 en que se produce una violenta batalla entre la policía y los ocupantes, como consecuencia de que 30 jóvenes ocuparan un edificio antiguo conocido como Cine Princesa, localizado en la Vía Layetana de Barcelona, y con una orden cientos de agentes policiales fueron a desalojarlos haciendo uso de la fuerza. La operación terminó con 48 detenidos y una quincena de heridos y estos hechos marcaron la historia del movimiento okupa.

En la tercera fase, entre 2001 y 2006, fue cuando irrumpió el uso de Internet y las nuevas tecnologías en la sociedad. El movimiento okupa aprovechó las TIC y, a través de las redes sociales, compartían sus experiencias y se convertían en reclamo de más personas. Luego llegaría la crisis financiera de 2007-2008.

Es bien sabido que, a partir de mediados del 2007, tras una época de bonanza económica en la que en España se construían viviendas con evidente desmesura y el sector de la construcción logró su máximo esplendor, empiezan a percibirse los primeros síntomas de una fuerte crisis económica

que se resistió a desaparecer. El estallido de la burbuja inmobiliaria, la especulación con el precio de la vivienda, el aumento del paro o el endeudamiento de las familias han sido y son desgraciadamente realidades aún no superadas en la actualidad. Sin poder acometer, desde luego, un estudio pormenorizado de fenómeno de tan amplio espectro sí resulta útil examinar alguna de las razones que convergen en el objeto de nuestro trabajo[2].

Uno de los primeros y principales motivos de esta crisis tan severa lo hallamos en la desaceleración en la demanda de vivienda. Pero no es el único. La prolongada crisis de la deuda soberana en el área del euro, el ajuste en el mercado laboral o el gran número de créditos solicitados a los bancos que después no pudieron ser devueltos fueron otros de los condicionantes que influyeron en este panorama de crisis[3].

A dichas consideraciones hay que añadir otras de no menor trascendencia. Con frecuencia, se habla de prácticas abusivas bancarias en torno a las hipotecas[4]. Tal es el caso, por ejemplo, de las llamadas cláusulas suelo, que como es conocido, impiden que las cuotas de un préstamo disminuyan, aunque el índice de referencia (principalmente, el EURÍBOR) sí lo haga. A lo expuesto se une el desconocimiento de muchos particulares ante la contratación de algunos productos financieros (preferentes o «swaps», una especie de seguro que en realidad se asemeja más a una apuesta, ya que, si los tipos de interés sobrepasan un nivel, paga el banco, pero si bajan, paga el usuario)[5]. Se trata de materias controvertidas que deparan no pocos quebraderos de cabeza tanto a particulares como a entidades financieras y que con el retroceso experimentado en la economía nacional se han convertido en un tema recurrente en los procedimientos judiciales y en los medios de comunicación.

Así pues, se multiplicaron las ejecuciones hipotecarias en paralelo al aumento también de denuncias de ocupaciones ilegales de inmuebles de todo tipo. En un país en el que, a diferencia de la mayoría del continente europeo, la propiedad inmobiliaria es claramente preferida al alquiler y todavía se percibe como un claro signo de posición social, fueron numerosas las familias que sufrieron las consecuencias de la crisis. La

(2) Más información al respecto en: Ortega, E., y Peñalosa, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM* (Documentos ocasionales del Banco de España), 2012, pp. 19 ss.

(3) Pereira Puigvert, S., «Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a "Ofideute"» en *Actualidad Civil,* número 11, 2014.

(4) «Las prácticas abusivas de los Bancos generaron el esquema especulativo que está en el origen de la crisis. Los Bancos no solo concedían hipotecas a personas con bajos ingresos, también se las concedían muchas veces insoportables. Estas prácticas, que forman parte ya de la actividad bancaria, son consecuencia de la desregulación financiera auspiciada por el neoliberalismo», Garzón Espinosa, A., y Torres López, J., «Las prácticas abusivas de los Bancos» en *Temas para el debate,* número 199, junio, 2011, *op. cit.*, pp. 59-60.

(5) Un estudio sobre participaciones preferentes es Gómara Hernández, J. L., *Participaciones preferentes. Arbitraje, acciones civiles y penales,* Madrid, 2013.

recesión económica puso de manifiesto la vulnerabilidad de amplios colectivos sociales que no pudieron hacer frente al alquiler en las cuotas de sus préstamos hipotecarios.

Interesante, en este sentido, es la radiografía que hace un informe del Instituto Cerdà (año 2017) que, a pesar de que hayan transcurrido unos años, sigue plenamente vigente. En Cataluña, especialmente en sus grandes ciudades, nos encontramos con la existencia de hogares sin ningún tipo de ingreso, la multiplicación de los lanzamientos desde 2008 y un parque de viviendas vacías que todavía se arrastra. Todos estos factores desembocan inevitablemente en una necesidad permanente y enquistada de vivienda social. En definitiva, en un papel muy reivindicativo de todas las administraciones implicadas y con competencias en la materia(6).

Ha quedado patente que hay deficiencias en inversión pública en materia de vivienda. La Administración Pública descarga incontables recursos en salud, educación o políticas sociales, pero deja el coste de la vivienda principalmente en manos de las familias (excepto por emergencia residencial). La realidad actual es que el crecimiento demográfico no ha ido acompañado, en la práctica, de la producción de nuevas viviendas y, menos aún, de parques de viviendas públicos que se mantienen en el 2,5 %. El crecimiento demográfico actual se ha centrado en las viviendas de alquiler. Circunstancia que ha tensionado el mercado, aumentando los precios, y se ha traducido en que el 40 % de los hogares en España tienen dificultades para pagar el alquiler. Se proponen algunas soluciones como, por ejemplo, la evaluación del impacto; mayor gasto para aproximarnos al promedio de la UE, o un pacto nacional y social que implique el consenso necesario(7).

2. LA VÍA JUDICIAL Y, SOBRE TODO, EXTRAJUDICIAL FRENTE A LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES

2.1 **La solución de los conflictos jurídicos. Breve *excursus***

La existencia de conflictos –jurídicos– tiene que ver o se remonta a la existencia de las relaciones sociales y humanas. Estos conflictos se pueden resolver mediante diferentes mecanismos, siendo el más coherente o, mejor dicho, amistoso, *el recurso a técnicas como la mediación, negociación y transacción.*

(6) Instituto Cerdà. *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución,* publicación núm. 4/2017.

(7) Reflexiones extraídas de la lección magistral impartida por la economista Carme Trilla Bellart en la inauguración del curso académico 2024-25 de la Universidad de Girona.

El aumento de la importancia de estos medios, conocidos con el acrónimo ADR o MASC[8], se explica, principalmente, por tres razones: a) crisis de la justicia (representada por su excesiva lentitud y tardanza en proporcionar respuesta a las solicitudes de tutela); b) la necesidad de sustituir el tradicional acceso a la justicia contenciosa (que implica disputas entre las partes) por una nueva justicia, de tipo conciliador y reparador; c) la necesidad de dar una protección adecuada a determinados bienes o derechos a los que la tutela estatal siempre ha sido un tanto esquiva.

De hecho, a partir de abril de 2025, las demandas de desahucio por precario, por ejemplo, deben ir acompañadas del documento que acredita haber intentado un acuerdo a través de un MASC.

Como mecanismo primitivo de solución de controversias existe, asimismo, e*l sistema de la justicia privada o autotutela*, prohibido en nuestro ordenamiento. El artículo 455 del Código Penal reza como sigue: «el que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos». Se trata de castigar las situaciones en las que las personas se «toman la justicia por su mano» (la conocida como Ley del talión de ojo por ojo, diente por diente).

Como bien apuntan algunos autores, la autotutela no garantiza una solución justa al conflicto. Además, la autotutela encierra un peligro adicional, esto es, que las actuaciones llevadas a cabo por los particulares para solucionar el conflicto sean desproporcionadas y el conflicto no se resuelva, sino que se acabe perpetuando[9].

Más allá de la prohibida autotutela y los medios alternativos de solución de controversias, hay la opción de que sea *un profesional neutral e imparcial, un juzgado o tribunal*, que intente dirimir la disputa como órgano encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)[10].

---

(8) Son diversas técnicas y sistemas encaminados a permitir que las partes enfrentadas lleguen a una solución pactada: encajan aquí figuras muy diversas, como la conciliación, la mediación o la negociación, que normalmente conducen a un acuerdo por el que las partes ponen fin por sí mismas a la controversia –aunque la eficacia del acuerdo puede variar–. También encaja en esta categoría de MASC o ADR la labor de ciertas entidades, a menudo públicas, que tienen competencia para recibir quejas o reclamaciones de consumidores.

(9) Gascón Inchausti, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24, pp. 28-29.

(10) En algunos supuestos, el tercero imparcial es un particular, lo que nos sitúa ante el fenómeno del arbitraje, que goza de gran aceptación especialmente en materia comercial y en situaciones transfronterizas y/o internacionales. El problema de esta modalidad de heterotutela privada radica en la forma de conseguir que sea eficaz la solución del conflicto decidida por el árbitro: al ser el árbitro un particular, carece de legitimación para imponer por sí mismo, de modo coactivo, el laudo que haya dictado. En consecuencia, si alguna de las partes no quiere cumplirlo, o bien el conflicto permanece abierto, o bien es preciso acudir a los tribunales del Estado para que ejecuten el laudo, Gascón Inchausti, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24, p. 29.

2.2 **La vía judicial**

Enlazando con lo anterior, y en el caso que nos ocupa aquí, para hacer más efectiva la recuperación del inmueble en el menor tiempo posible, y no tener que recurrir a la vía penal, que es otra de las posibilidades, el legislador aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, conocida también como la «Ley anti-okupas».

La finalidad de la reforma operada por la Ley 5/2018 es introducir un procedimiento *ad hoc* para poder recuperar la posesión del inmueble de forma inmediata. La Ley 5/2018, en el artículo 250.1.4.º de la LEC, ha incorporado un segundo párrafo que establece los sujetos que pueden iniciar este procedimiento y que son las personas físicas, que pueden ser el propietario o poseedor legítimo con otro título, y también las personas jurídicas, como las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de viviendas sociales.

Respecto a las particularidades del trámite de juicio verbal para la recuperación inmediata del inmueble también se han realizado modificaciones en ciertos preceptos de la LEC. En concreto, en el artículo 437 LEC se ha añadido el apartado 3 bis, que dispone que cuando el demandante interponga la demanda que, para la presentación de la misma no es necesario el requisito de procedibilidad, podrá dirigirse al conjunto de los okupas desconocidos que están dentro de la vivienda, sin especificaciones. En el artículo 441 LEC, por su parte, se añade el apartado 1 bis, que expresa que el demandante, en el momento de enviar la demanda, adjuntará el título por el que acredita que tiene el derecho a la posesión, así cuando se dicte el decreto de admisión de la demanda, se requerirá al supuesto okupa para que en el plazo de 5 días desde la notificación de la admisión aporte el título por el que se justifica su situación.

En caso de que el okupa no lo aporte y el demandante inicialmente sí lo haya adjuntado, se dictará un auto requiriendo la entrega inmediata de la posesión y se desalojará a cualquier ocupante que esté dentro de la vivienda. Contra este auto no cabrá ningún recurso. En el artículo 444 LEC también se ha creado el apartado 1 bis, que estipula que cuando el demandante ya ha enviado su demanda y los demandados, que son los okupas, no contestan en el plazo previsto por la ley, el tribunal directamente dictará una sentencia. En el supuesto de contestar a la demanda, el fundamento por parte del okupa debe ser, o bien presentar un título suficiente acreditando que tiene el derecho a la posesión de la vivienda, o bien mencionar que existe una falta de título por parte del actor. Por último, en el artículo 150 LEC se crea el apartado número 4 por el que se establece que cuando la notificación de la resolución contenga la fecha de desalojo, se

facultará a los servicios públicos competentes para proceder con la actuación determinada, siempre que los interesados den su consentimiento.

2.3 La vía extrajudicial: «Empresa Desokupa», métodos legales, en menos de 72 horas recupera la vivienda y eficacia en más del 90% de los casos

Con este eslogan del título, se presenta la empresa o empresas «desokupas»[11]. Se trata de empresas privadas que ofrecen servicios con el objeto de ayudar a los propietarios a desalojar a los ocupantes ilegales de sus propiedades. El objetivo es devolver los inmuebles a sus legítimos titulares sin la necesidad de iniciar un proceso judicial de larga duración ante los tribunales.

Cuando un cliente desea hacer uso de sus servicios tendrá que acreditar que realmente goza del título correspondiente del inmueble y firmar un contrato con la empresa asegurando que se pagarán sus servicios. Una vez pagada la cantidad que oscila entre 3.000 y 8.000 euros, dependiendo de la complejidad de la situación, empezarán a desarrollar su método de trabajo que consiste primero en negociar o intermediar con los okupas para que abandonen la vivienda, y en caso de no acceder, colocan personas de silueta musculosa y perfil amenazante (personas boxeadoras) en las entradas de la vivienda durante 24 horas con el firme propósito de incomodar a los okupas y, finalmente, poder llegar a una negociación. La empresa justifica que, en ningún caso, estas personas boxeadoras hacen uso de su fuerza hacia los okupas, sino que en caso de una situación tensa llamarán a la policía[12].

La empresa en sí misma no se considera ilegal, pero las técnicas que utilizan sí podrían sobrepasar, de algún modo, el límite fijado por el marco legal.

---

(11) El número de empresas «desokupas» se ha doblado desde la pandemia. Si en 2019 eran tres, ahora se contabilizan muchas más.

(12) Rodríguez Ríos, S. F., «Intento legal e "intento empresarial» de frenar la ocupación ilegal de viviendas». Análisis de la Ley 5/2018 y breve apunte sobre desokupa, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, número 2*, 2021, 260-282.

Además, el formato de actuación es montar un control de acceso a una propiedad privada mediante un contrato firmado con el propietario. El cliente tiene que demostrar que es propietario de ese inmueble y que ha sido ocupado por la fuerza. Comprobado eso, nos acercamos a la vivienda con las escrituras en la mano, muchas veces junto al propietario, y negociamos la salida de los okupas. Si no se avienen a negociar, entonces instalamos un operativo de control de acceso a esa vivienda con varios integrantes, todos con titulación en control de acceso, y nos limitamos a controlar la entrada las 24 horas. Eso les provoca tal incomodidad que, al final, acceden a negociar una compensación económica por su marcha, bajo la advertencia de que, si un día la vivienda se queda vacía, no podrán volver a entrar y se irán a la calle por cero euros. Si en algún momento la situación se tensa, llamamos a la policía, nunca usamos la fuerza»: https://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-02/desokupa-comando-boxeadores-desaloja-usando-ley_1268872/ (última fecha de consulta 3 de octubre de 2024).

A mayor abundamiento, un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 580/2019, de 18 de octubre, hace alusión a los métodos polémicos y poco ortodoxos de estas empresas. La forma de intimidación o advertencia empleada hacia los okupas por parte de estas empresas podría llegar a considerarse o tipificarse como un delito de amenazas o coacciones[13].

De hecho, varias entidades sociales les acusan de allanamiento, coacciones y vulneración de derechos fundamentales. Y hay varios pronunciamientos judiciales en esta dirección.

A título indicativo, otro Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 1658/2023, de 26 de octubre, que establece los requisitos que configuran un delito de coacciones, viéndolo en la actuación de Desokupa, siendo preciso: 1.º) una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2.º) cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3.º) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta o delito leve; 4.º) que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler»; y 5.º) una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente. El cual (el agente del hecho) no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación.

El elemento subjetivo hay que inferirlo de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues basta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar. Intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a deseos o criterios propios.

La misma doctrina jurisprudencial admite que la violencia típica no solo abarca la violencia física, sino también la intimidación o «vis psíquica», que puede proyectarse tanto sobre quien es obligado a actuar o dejar de actuar contra su voluntad, como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia. Por último, es necesaria una actuación dolosa, que debe abarcar la utilización de la violencia en cualquiera de sus formas como instrumento para imponer la voluntad del sujeto activo sobre la libertad de la víctima para someterla a los deseos o voluntad propia[14].

---

(13) Barja de Quiroga, J., «Empresas "desokupas»: ¿Al límite de la legalidad?» en *Okupación ilegal de viviendas. Paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión,* Colex, 2020, pp. 103-105.

(14) Más resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 591/2023, de 28 de julio; Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, número 184/2024, de 25 de abril; Auto de la

Otra jurisprudencia destacable es el Auto de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, número 470/2019, de 31 de julio, que resalta algo a tener en cuenta: remitir, con automatismo, de forma sistemática, a quien impetra legítimamente la tutela judicial penal a la vía jurisdiccional civil puede abocar a la permisividad, es decir, traducirse ello en el efecto 'llamada' a colectivos 'ocupas', además de propiciar un terreno abonado para empresas que, de forma similar a las que se dedican a la recuperación de créditos, al denominado cobro de morosos, se ofrezcan en el mercado para, con métodos harto discutibles, y, en muchas ocasiones poco ortodoxos, cuando no, en algunos supuestos, ribeteando el ilícito penal, se anuncian a los propietarios afectados ofreciéndoles soluciones céleres y expeditivas ante reclamada pronta respuesta penal que no se obtiene, cuando es sabido que el proceso civil de desahucio por precario se dilata en el tiempo, o los instrumentos interdictales no resultan de inmediata eficacia, tanto como se prolonga el abuso de esos colectivos 'okupas', y, se incrementa el perjuicio para la propiedad de los dueños de los bienes inmuebles afectados, máxime cuando superada o en vía de superarse, la desaceleración y atonía en el sector inmobiliario, parece actualmente repuntar un progresivo incremento en el mercado de alquiler y de venta en ese relevante sector de la economía que, ante la estrepitosa bajada de los tipos de interés, se convierte en atractivo producto de inversión, ante la nula o muy escasa remuneración de los depósitos bancarios o cuentas de imposición a plazo fijo.

En la misma línea de actividad casi delictiva de estas empresas, al cierre de este trabajo, saltaba la noticia de que el líder de «Desokupa Tarragona» ha ingresado en prisión sin fianza por prácticas que lesionan derechos y recurriendo a métodos de autotutela y violencia contra sectores de población vulnerables.

3. PERO ¿QUÉ HA MOTIVADO LA APARICIÓN DE ESTAS EMPRESAS? LENTITUD *VERSUS* EFICIENCIA DE LA JUSTICIA[15]

Cabe destacar que en todas las acciones regulatorias llevadas a cabo sigue habiendo vacíos legales fruto de la necesaria, pero quizá excesiva,

---

Audiencia Provincial de Barcelona, número 715/2020, de 2 de julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 178/2022, de 12 de abril; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 222/2022, de 5 de mayo, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, número 16/2023, de 13 de enero.

(15) Para extraer más conclusiones, me remito al trabajo publicado en este mismo Tratado (y bloque) de Cuena Casas, M., «El problema de la ocupación ilegal en España», Tratado de Derecho de la Vivienda.

visión garantista con la que se han articulado. Para evitar que estas lagunas sean aprovechadas para poner en práctica las más variadas técnicas de dilación, se podría emprender una nueva reforma legal y que tuviera en cuenta la actuación de las empresas «desokupa»[16].

A su vez, debe tratarse el papel que ha desempeñado la jurisprudencia con su intervención sumamente determinante. Sin ir más lejos, es la responsable de la articulación del concepto amplio de precario que dota de sentido y utilidad a la acción de desahucio por precario, ya que, si no quedaría bastante reducida e, incluso, inoperante; o de defender con vehemencia la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes con el fin de proteger en la mayoría de los casos el derecho a la tutela judicial efectiva de los actores. Así pues, evidenciando que los instrumentos jurídicos están presentes en nuestro ordenamiento, tanto de derecho procesal como sustantivo, las preguntas que se formulan a continuación son inevitables: ¿cómo puede explicarse que su incidencia práctica haya sido tan escasa, tan poco efectiva? ¿cómo han proliferado estas empresas de tan dudosa reputación?

La respuesta podría enmarcarse en el colapso endémico que sufre la Administración de Justicia en nuestro país y en su fragilidad[17]. No es ninguna novedad el gran retraso que sufren todos los procedimientos judiciales que, ya sea por falta de medios humanos o por falta de medios materiales, puede dejar sin efecto las previsiones legales encaminadas a la agilización y eficiencia de la tramitación procesal.

La justicia, en España, necesita reaccionar. Resulta imprescindible que la eficiencia (también vinculada con la simplificación y aceleración de los procesos) y la sostenibilidad son parte esencial de esta reacción. Al igual que la digitalización, la tecnología y el recurso a la inteligencia artificial, considerados como una auténtica «tabla de salvación».

En el escenario de reformas legislativas proyectado hay un denominador común: la eficiencia (procesal, organizativa, digital). Ahora bien, confiarlo todo (las situaciones límite que viven nuestros juzgados en su día a día) a proyectos de ley de eficiencia no parece que sea la mejor solución.

---

(16) La proposición de ley orgánica contra la ocupación ilegal, aceptada por el Congreso en febrero y aprobada por el Senado en julio de este año, no parece incluir previsiones sobre estas empresas. Si bien contempla modificaciones del Código Penal para desalojar okupas rápidamente.

(17) Según los datos recogidos por el informe sobre el estado de la Administración de Justicia en Cataluña, que elabora la Cátedra UAB-CICAC y su Observatorio Social y Económico de la Justicia, y aunque sean de 2016 y, por tanto, anteriores a la pandemia, son igualmente alarmantes. 45 días son los que se tarda de media en admitir una demanda y 84 días es el período entre el señalamiento de una vista y su celebración. Por consiguiente, el tiempo mínimo de duración de un juicio verbal no puede ser inferior a 150 días hábiles y se estima que la duración puede alcanzar casi los 29 meses si se agotan todos los recursos, Pérez Daudí, V., y Sánchez García, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble», *Diario La Ley,* número 9008, 2017, pp. 19-30.

Falta inversión presupuestaria, recursos humanos y, sobre todo, no perder de vista los principios y garantías procesales.

Volviendo a «Desokupa», está a punto de cruzar una línea roja y sus actuaciones no pueden blanquearse porque revisten caracteres de acoso, amenazas, manipulación o coacción. Un negocio en el que colaboran policías (recordemos que el sindicato unificado de policía ha firmado con «Desokupa» un acuerdo de formación en defensa personal para 30.000 policías) [18] y que cuenta con el plácet de algunas formaciones políticas [19].

Esta alternativa o solución a la jurisdicción nos puede llevar a una peligrosa maniobra de autotutela que puede suponer una privatización de la justicia y una quiebra del imperio de la ley en un Estado democrático, moderno y de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Barja de Quiroga, J., «Empresas "desokupas»: ¿Al límite de la legalidad?» en *Okupación ilegal de viviendas. Paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión.* A Coruña, 2025.

Gascón Inchausti, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24.

Garzón Espinosa, A., y Torres López, J., «Las prácticas abusivas de los Bancos» en *Temas para el debate,* número 199, junio, 2011.

Gómara Hernández, J. L., *Participaciones preferentes. Arbitraje, acciones civiles y penales,* Madrid, 2013.

Instituto Cerdà, *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución,* publicación núm. 4/2017.

Ortega, E., y Peñalosa, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM* (Documentos ocasionales del Banco de España)*,* 2012.

Pereira Puigvert, S., «Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a "Ofideute"» en *Actualidad Civil,* número 11, 2014.

Pérez Daudí, V., y Sánchez García, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble», *Diario La Ley,* número 9008, 2017, pp. 19-30.

Rodríguez Ríos, S. F., «Intento legal e "intento empresarial» de frenar la ocupación ilegal de viviendas». Análisis de la Ley 5/2018 y breve apunte sobre desokupa, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje,* número 2, 2021.

(18) Hay otras noticias recientes sobre la colaboración entre «Desokupa» y el cuerpo de Policía: https://www.publico.es/sociedad/desokupa-policia-unen-fuerzas-desahucio-carabanchel.html (última fecha de consulta 19 de mayo de 2025).

(19) Se insiste en el blanqueamiento de su conducta por parte de autoridades policiales, el apoyo de algunos medios de comunicación, inmobiliarias y personalidades políticas de la extrema derecha, y en un discurso anclado en el racismo, la xenofobia, el machismo y la aporofobia.

H. La movilización de la vivienda vacía, entre el fomento y la coerción

Cristina Argelich Comelles
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Resumen: *Esta aportación versa sobre la movilización de la vivienda vacía. Entre las medidas de fomento, encontramos los instrumentos de carácter tributario, mientras que las medidas coercitivas pasan por diversos instrumentos administrativos como la expropiación temporal. Esta investigación aporta datos prácticos y propuestas legislativas comparadas, centradas en las órdenes de gestión de viviendas vacías y la intermediación inmobiliaria de la Administración.*

Palabras clave*: Vivienda vacía, impuesto, expropiación, gestión de las viviendas vacías.*

Abstract: *This research deals with the compulsory measures regarding empty dwellings. The main measure of promotion refers to taxation, while coercive measures include administrative instruments such as temporary expropriation. This research provides practical data on the application of these instruments on a comparative level, as well as suggests the legal transplant of empty dwelling management orders and housing intermediation.*

Keywords: *Empty dwelling, taxation, expropriation, empty dwelling management.*

Sumario: 1. Introducción a la movilización de la vivienda vacía en España. 2. Incentivos negativos en materia de vivienda vacía de los legisladores estatal y autonómicos. 2.1 Resultados de los incentivos negativos en España. 2.2 Resultados de las medidas de movilización de la vivienda vacía en Europa: el trasplante legal en España de las órdenes de gestión de viviendas vacías de Inglaterra y Gales. 3. Hacia la intermediación inmobiliaria de la Administración para la movilización de la vivienda vacía en España. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN A LA MOVILIZACIÓN DE LA VIVIENDA VACÍA EN ESPAÑA

La mejora del acceso a la vivienda es un reto que los legisladores estatal y autonómico deben abordar con soluciones definitivas, sin acudir a los múltiples incentivos negativos dispuestos en los últimos años[(1)], ni a una norma de aplicación potestativa como la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[(2)]. Desde la crisis hipotecaria de 2007, momento en el que se evidenció el fracaso de las medidas de fomento estatales, los instrumentos reactivos para hacer frente a sus efectos han pasado por diversos incentivos negativos[(3)], mediante limitaciones administrativas de derechos a la facultad de exclusión –como la suspensión de los lanzamientos–, y transferencias coactivas no expropiatorias a la facultad de disposición –como el control de rentas– de la Ley 12/2023, que se corresponden con los límites en interés público del derecho de propiedad y que suponen un vaciamiento no indemnizable de su contenido, a diferencia de las limitaciones del dominio[(4)]. Los más intrusivos para los derechos de los ciudadanos, son la previsión e inaplicación de la expropiación temporal del uso de viviendas por parte de diversos legisladores autonómicos,

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación. Alude al concepto de «incentivos negativos» como respuesta autonómica a la crisis en España, recoge en un útil cuadro-resumen sus principales características, y reflexiona críticamente acerca de los mismos Nasarre Aznar, 2020, pp. 463-476. Argelich Comelles, 2023, pp. 1-454.

(2) *BOE* de 25 de mayo de 2023.

(3) Sobre las medidas estatales y autonómicas, véase Argelich Comelles, 2017, pp. 277-333.

(4) A fondo, nos remitimos a Verdera Server, 2023, pp. 912-940.

los recargos tributarios en el IBI, que vuelven a regularse en esta norma, y mecanismos sancionadores.

Encontramos otros incentivos negativos de menor intensidad, relativos a la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria o el desahucio por impago de rentas –articulado en Cataluña, Murcia y la Comunidad Valenciana–, y la obligación de realojamiento de las personas en riesgo de exclusión residencial de Cataluña. Los instrumentos que presentan una menor afectación a los derechos de los ciudadanos, pero que tienen otros inconvenientes, son los siguientes: el derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de las viviendas objeto de una ejecución hipotecaria que se encuentren en zonas con alta demanda residencial –previsto en Cataluña, el País Vasco, Extremadura y, recientemente, limitado en la Comunidad Valenciana a las viviendas protegidas–, que implica un coste por la paralización de la transmisión hasta el ejercicio del derecho de adquisición preferente[5]; la reserva de suelo para vivienda protegida[6], que puede alcanzar el 40 % *ex* DF cuarta LDV, que ocasiona una reducción de las promociones inmobiliarias destinadas a vivienda; y, finalmente, las mediaciones autonómicas de consumo.

2. INCENTIVOS NEGATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA VACÍA DE LOS LEGISLADORES ESTATAL Y AUTONÓMICOS

Nos centraremos en el contenido de los incentivos negativos dispuestos, a los efectos de cuantificar posteriormente los resultados de su aplicación y contextualizarlos con las alternativas comparadas disponibles. Por lo que respecta a la suspensión de los lanzamientos, la DF quinta LDV introduce diversas modificaciones en los preceptos relativos al procedimiento ejecutivo de lanzamiento y al procedimiento declarativo de desahucio por impago de rentas cuando el arrendatario es vulnerable. En virtud de la STC 26/2025, de 29 de enero, el Alto Tribunal ha anulado parcialmente los apartados 6 c) y 7 del artículo 439 LEC, los apartados 1 y 2 del artículo 655 bis, y el artículo 685.2 LEC, relativos a los requisitos

(5) Arruñada, 2021, p. 75: «se contempla una suerte de expropiación cuyo justiprecio es inferior al valor real del bien expropiado, pues la Administración no compensa los costes de información y negociación en los que el comprador ha incurrido para llevar a cabo la transacción que la intervención administrativa frustra».

(6) Arruñada, 2021, p. 75, indica con acierto respecto de los límites en interés público –no indemnizables– del derecho de propiedad que «se están agravando de manera retroactiva y muy intensa las cargas que la legislación estatal básica impone a los propietarios de suelo urbano consolidado, lo que supone una vulneración de la misma».

de procedibilidad para los grandes tenedores de vivienda en los procedimientos indicados. No obstante esto, procede la crítica a la medida de suspensión de los lanzamientos, como institución civil que afecta a la facultad de exclusión, así como a los requisitos de procedibilidad para los grandes tenedores, por su carácter discriminatorio. La Exposición de Motivos expresa erróneamente que se refiere a «la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad», confundiendo el procedimiento declarativo de desahucio por impago de rentas con el procedimiento ejecutivo de lanzamiento, tras la firmeza del primer procedimiento. Esta reforma elimina el consentimiento del interesado en el traslado a la Administración competente en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación riesgo de exclusión social, para comprobar su situación de vulnerabilidad en procedimientos de desahucio *ex* artículo 150.4 LEC.

Tras su tramitación parlamentaria, se ha añadido el artículo 440.5 LEC, pues la inclusión de los artículos 439.6 y 7 LEC ha sido anulada por el Alto Tribunal. Advertimos que, en las situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario: ello justifica la calificación de estas situaciones de «inquiocupación». Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial, para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento. Ello garantiza que la atención a los colectivos vulnerables no devenga abusiva para el propietario, encontrando como única excepción material que este concurra en los supuestos de la obligación legal de alimentos, previstos en el artículo 143 CC.

En cuanto al control de rentas establecido mediante la Ley 12/2023, en virtud de la modificación del artículo 17.6 LAU 1994, los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado se limitarán permanente en la actualización de la renta –como control de rentas impropio, por su carácter definitivo–, junto con el establecimiento de un control de rentas propio y generalizado; en suma, un tratamiento legal de la renta «duro» para los grandes tenedores y «blando» para el resto de los arrendadores. A estos efectos, se regularán las rentas de las denominadas zonas de mercado residencial tensionado, previa declaración por la Administración competente autonómica –de momento solo aprobado en Cataluña–, donde se aplicará un control de rentas impropio para los contratos de arrendamiento en vigor, mediante la limitación permanente de su actualización, así como un control de rentas propio para los nuevos contratos. En este último caso, los límites de su actualización se establecerán dependiendo de la modalidad

de contrato y propiedad, distinguiendo en función del arrendador: para los grandes tenedores, mediante un índice *ad hoc* de contención de precios y, con la previsión del siguiente punto hasta que no se apruebe dicho índice; y, para el resto de los arrendadores, a este mismo índice si la vivienda está sita en una zona de mercado residencial tensionado, o bien vinculando su indexación a la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que quepa fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de otros gastos.

Por lo que respecta a la expropiación temporal del uso o del usufructo de las viviendas deshabitadas, prevista por diversos legisladores autonómicos (7), el elemento común a esta legislación autonómica de acceso a la vivienda es el objeto abstracto sobre el que recae: el incumplimiento de la función social del derecho de propiedad. Para apreciar dicho incumplimiento, esta legislación atiende a dos elementos: a la deshabitación –en particular el tiempo de deshabitación– y a las circunstancias relativas a la vivienda deshabitada y a su propietario. El plazo de deshabitación exigido corresponde a dos años en Cataluña, el País Vasco y la Comunidad Valenciana, mientras que se reduce a seis meses en el curso de un año en Andalucía, Navarra, Canarias y Extremadura. Las circunstancias referentes a la vivienda deshabitada y a su propietario, previstas en prácticamente todas las normas autonómicas, salvo en Cataluña y el País Vasco, se concretan en que la vivienda sea objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidad de gestión de activos, cuyo propietario –avalista o trabajador autónomo en determinadas circunstancias– se encuentre en especiales circunstancias de emergencia social. Asimismo, el País Vasco lo extiende a los procedimientos de desahucio por impago de rentas y lo reduce, en el caso de ejecución hipotecaria, solo al propietario, sin admitir ni a los avalistas ni a los trabajadores autónomos.

Ninguna legislación determina si la emergencia social debe preexistir al lanzamiento o si tiene que estar originada por esta situación. Para ser beneficiario, todas las normas expropiatorias –salvo las de Cataluña– establecen como requisito que se produzca una situación de emergencia o exclusión social, a lo que el legislador vasco añade una situación de carencia habitacional, es decir, que dicha situación de emergencia o exclusión social provoque un déficit en la cobertura habitacional del beneficiario. La expropiación tiene carácter temporal, una temporalidad que implica la

(7) Argelich Comelles, 2017, pp. 277-333.

existencia de un plazo máximo de expropiación en cada norma que oscila entre tres y diez años. Finalmente, atendiendo a la configuración ordinaria de la expropiación forzosa, la persona beneficiaria deberá pagar a la Administración expropiante el justiprecio completo, como se dispone en Cataluña, o una cantidad en concepto de contribución al pago del justiprecio, en una cuantía que no supere al justiprecio y que no supere cierta proporción de los ingresos de la unidad familiar.

Por lo que respecta al recargo en el IBI para las viviendas vacías, y la previsión autonómica del impuesto a las viviendas vacías, debemos realizar diversas apreciaciones. La DF tercera LDV establece una modulación del recargo en el IBI respecto de los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente. Este recargo se aplica a los contribuyentes que sean propietarios de viviendas que estén vacías durante más de dos años, con un mínimo de cuatro viviendas por propietario, salvo causas justificadas de desocupación temporal. Obsérvese que, respecto de la consideración de gran tenedor, se ha reducido el límite objetivo de diez a cuatro viviendas, lo que demuestra la inoperancia del criterio cuantitativo ya expuesto. Asimismo, el incremento del recargo, situado en el 50 % de la cuota líquida del IBI, puede alcanzar hasta un máximo del 150 %, en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal. La finalidad, indica la Exposición de Motivos, es «que tenga un mayor efecto en la optimización del uso del parque edificatorio residencial y refuerce el instrumento de los Ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad». Debemos indicar que este recargo no resulta incompatible con la previsión del impuesto a las viviendas vacías, pues se presenta como un estímulo o sanción a la deshabitación. Sin embargo, el recargo en el IBI para las viviendas deshabitadas y el impuesto a las viviendas vacías conllevan el riesgo de que acaben siendo consideradas como un coste más para seguir manteniéndolas vacías, y que la finalidad desincentivadora que persigue la medida no se produzca materialmente.

Una vez sentadas las bases y contexto de esta reforma, precisamos que la DF tercera LDV dispone que los ayuntamientos podrán establecer tipos diferenciados para el gravamen de la propiedad sobre los bienes inmuebles urbanos, excluidos los de uso residencial, y en atención a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Cuando los inmuebles tengan atribuidos varios usos, el tipo aplicable será el correspondiente al uso de la edificación o dependencia principal. El límite máximo de estos tipos impositivos es del 10 % del valor catastral de los bienes inmuebles urbanos en el término municipal que, de conformidad a cada uso, tengan un mayor valor. A estos efectos, la orde-

nanza fiscal del impuesto señalará el umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual se aplicarán los tipos incrementados. En particular, indica que el gravamen de los inmuebles de uso residencial, que se encuentren desocupados con carácter permanente, llevará aparejado un recargo de hasta el 50 % de la cuota líquida del IBI. Se considerará un inmueble como desocupado con carácter permanente cuando lo esté, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento de la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Ese recargo será del 100 % cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del tiempo de desocupación.

Finalmente, y con carácter potestativo, los ayuntamientos podrán aumentar hasta en un 50 % adicional el porcentaje de recargo, cuando los inmuebles pertenezcan a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. Algunos legisladores autonómicos han apostado por utilizar determinados impuestos como sanción ante las conductas que se consideran antisociales, en lugar de acudir al mecanismo sancionador tradicional y en la línea de otros Estados de nuestro entorno. La finalidad de esta utilización atípica del gravamen se resume en conseguir un concreto efecto ejemplificante: que los grandes tenedores de viviendas, por su posición asimétrica en el mercado, dejen de mantener esas viviendas deshabitadas en el actual contexto económico. Este impuesto persigue, en el fondo, que esta conducta no se siga produciendo, como sucede con la sanción. Pese a este elogioso fin, muy probablemente se puede llegar a asumir como un coste adscrito a esta conducta.

2.1 **Resultados de los incentivos negativos en España**

Es momento de cuantificar la oportunidad de estas medidas, para poder anticipar los efectos que tendrá la aplicación de la Ley 12/2023, que contiene algunos de estos incentivos negativos. La expropiación temporal del uso de viviendas en España ha tenido la siguiente aplicación: en Andalucía se incoaron dos procedimientos administrativos que caducaron[8], y

(8) Esta información ha sido provista por el Servicio de Atención al Ciudadano de Servicios Centrales, adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Los Decretos de iniciación de los expedientes de expropiación están compuestos por: el Decreto 190/2013, de 15 de octubre de 2013, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Alonso de Ercilla, núm. 7, 3.º B, de Huelva, y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el *BOJA* de 16 de

en Baleares se anunció la expropiación de 56 viviendas de grandes tenedores[9], cuya aplicación final se ha reducido a 16 por las ventas de las viviendas sujetas a la medida expropiatoria[10]. Lo mismo ha sucedido con sus antecedentes legislativos directos dispuestos en Francia y Bélgica, relativos a la expropiación y requisa de viviendas vacías, que solamente se han aplicado una vez en Valonia[11]. Existen mecanismos menos costosos y más rápidos para aportar soluciones a las viviendas vacías; así, encontramos las *Empty Dwelling Management Orders* u órdenes de gestión de viviendas vacías del Reino Unido, previstas en Inglaterra y Gales, que presenta unas estadísticas de aplicación superiores y un efecto disuasorio constatable[12].

Algunos legisladores autonómicos han apostado por utilizar determinados impuestos como sanción ante las conductas que se consideran antisociales, en lugar de acudir al mecanismo sancionador tradicional y en la línea de otros Estados de nuestro entorno. Este es el caso del impuesto a las viviendas vacías, previsto por los legisladores de Cataluña, País Vasco y Navarra, y que, respecto de la regulación catalana, se ha declarado constitucional en la Sentencia de 17 de enero de 2019[13]. La existencia de viviendas deshabitadas supone una utilización de la propiedad privada contraria a la función social que debe cumplir, que en este caso se concreta en destinarlas al uso habitacional de manera habitual, y por ello se establece este impuesto como gravamen a la deshabitación. En Cataluña, se trata de un impuesto de carácter finalista, porque con la cuantía recaudada se deben adquirir viviendas vacías para destinarlas al arrendamiento social. Sin embargo, en el País Vasco y en Navarra únicamente se plantea como un mecanismo recaudatorio y, por tanto, de sanción ante la deshabitación, sin destinar la cuantía recaudada a una finalidad relacionada con la conducta que pretende mitigar, aunque en el País Vasco se dispone que con estos ingresos se dote el patrimonio municipal de suelo. La finalidad de esta utilización atípica del

---

octubre de 2013, y el Decreto 236/2013, de 10 de diciembre, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Río Trueba, núm. 5, 1.º A, en Torremolinos (Málaga), y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el *BOJA* de 22 de enero de 2014.

(9) Europa Press, de 2 de marzo de 2021.

(10) El Mundo, de 9 de diciembre de 2021.

(11) Fue en el municipio valón de *Philippeville,* en 1998. Véase la revista *Mouvement communal*, de 8 de septiembre de 1998, pp. 435-439.

(12) House of Commons, 2019, pp. 1-24. En el periodo de 2004-2010 se aplicaron 28 órdenes, y a partir de junio de 2010 un total de 38, de conformidad con los datos proporcionados por los *Residential Property Tribunals.* El total de viviendas vacías ha disminuido de más de 300.000 viviendas en 2010 hasta 206.236 viviendas en 2019, lo que supone que estas viviendas constituyen menos del 2 % del total de viviendas.

(13) RTC 2019\4.

gravamen se resume en conseguir un concreto efecto ejemplificante: que los grandes tenedores de viviendas, por su posición asimétrica en el mercado, dejen de mantener esas viviendas deshabitadas en el actual contexto económico. Este impuesto persigue, en el fondo, que esta conducta no se siga produciendo, como sucede con la sanción. Pese a este elogioso fin, muy probablemente se puede llegar a asumir como un coste adscrito a esta conducta, es decir, pagar el impuesto para seguir deshabitando la vivienda.

Estas normas se inspiran en otras medidas que se han impulsado al respecto en el Derecho comparado. En Francia, se dispone una tasa de carácter compensatorio consistente en un tributo a cargo de los propietarios por la deshabitación de la vivienda, denominada *taxe d'habitation sur les logements vacants.* Asimismo, cuando la vivienda no está ocupada, se aplica la *taxe sur les logements vacants,* es decir, una tasa cuyo importe se incrementa con el paso del tiempo. Finalmente, en el caso de habitar una vivienda, el propietario siempre debe pagar una tasa llamada *taxe d'habitation*. En Bélgica, en concreto en Flandes, pueden aplicarse varias medidas fiscales para hacer frente a la oferta insuficiente de viviendas, como la *activeringsheffing* o tarifa de activación, si existe desabastecimiento estructural de viviendas, o la *leegstandsheffing,* que es una tasa que se aplica a los grandes tenedores de viviendas vacías. Sin embargo, Bruselas y Valonia han dejado a los municipios que sancionen la deshabitación de las viviendas, sin que exista una normativa regional al respecto. Finalmente, en el Reino Unido, no se han articulado estos impuestos sobre las viviendas vacías, aunque se eliminan las reducciones en el impuesto municipal equivalente a nuestro IBI, denominado *Council Tax,* limitándolas del 50 % al 10 % hasta desaparecer, mediante la aprobación de la *Local Government Act 2003*, si así lo deciden las autoridades municipales respecto de estas viviendas[14].

Respecto de la aplicación del impuesto a las viviendas vacías[15], en Cataluña se ha pasado de recaudar casi 19 millones de euros en 2016 a menos de 12 millones en 2018, mientras que no disponemos de datos oficiales en cuanto a su aplicación en Navarra y el País Vasco; en esta última Comunidad Autónoma, se ha aprobado el Decreto 149/2021, de 8 de junio, de vivienda deshabitada y de medidas para el cumplimiento de la función social de la vivienda[16], en el que se establece un impuesto de 10 euros por metro cuadrado para aquellas viviendas que estén vacías durante más de dos años, cuantificadas en 15.134 en su Registro de Viviendas Deshabi-

(14) United Kingdom Official Documents de 18 de setiembre de 2003.

(15) Esta información ha sido proporcionada por la Consejería de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda.

(16) *BOPV* de 18 de junio de 2021.

tadas. Respecto de las sanciones pecuniarias a los propietarios de viviendas vacías, previstas primigeniamente por diversos municipios y que se disponen en la Ley 12/2023, el resultado global en los diversos municipios donde se ha aplicado es una recaudación del 50 % respecto a la prevista, a la que se suman diversos pleitos y un elevado coste de los procedimientos administrativos en cuestión[17]. Finalmente, el recargo en el IBI para las viviendas vacías se encuentra regulado en las Ordenanzas Fiscales de algunos municipios[18], en virtud de la normativa estatal relativa a las Haciendas locales, y establece un porcentaje progresivo del 50 % hasta el 150 % tras la modificación de la DF tercera LDV, cuya aplicación es potestativa por parte de los municipios.

Cabe indicar, a la vista de los datos y de las diversas Administraciones intervinientes, que las culpas son compartidas en el tiempo y en el espacio, y buena prueba de ello es que en diversos contextos las soluciones no han sido las adecuadas. Solo eso explica el nefasto resultado de las infinitas medidas reguladas, copiadas e inaplicadas a partes iguales en el periodo 2013-2022: no superan la prueba de idoneidad ni el de proporcionalidad, pues la Administración está obligada a utilizar los medios menos lesivos para los ciudadanos en el ejercicio de sus potestades. En suma, presentan una escasa utilidad para resolver el problema que nos ocupa. Los legisladores han confundido el jarabe adecuado y la dosis necesaria, para solucionar el acceso a la vivienda, con un elixir compuesto de medidas efectistas y poco efectivas. A los efectos de reequilibrar el acceso a la vivienda, sería conveniente plantear mecanismos que no dependan de situaciones coyunturales relativas a la falta o sobreoferta de viviendas, a la capacidad económica o a la coyuntura económica, para que pueda articularse un verdadero sistema de acceso a la vivienda, que sigue pendiente de una solución permanente o, al menos, estable. Lamentablemente, abordar este problema requiere de una acción conjunta entre los legisladores estatal y autonómico que trascienda sus intereses, para dotar de cierta unidad a la política española de vivienda. Esta acción conjunta no se observa en la legislación autonómica, cuya aplicación puede cuantificarse y, probablemente, a la luz de sus disposiciones, la aplicación de la Ley 12/2023 siga la misma suerte. Antes de intervenir en materia de vivienda en el ámbito civil, una injerencia oportuna y conveniente ante la desafortunada gestión privada del uso habitacional de la vivienda, resulta necesario e incluso ejemplificante una correcta actuación de la Administración en el destino completo al uso habitacional de

(17) Millar Powell; Brys; O'Reilly; Rehm, y Thomas, 2022. En este sentido, véase lo sucedido en el municipio de Terrassa en Queralt, de 16 de octubre de 2016.

(18) Estos municipios son Valls, Calafell, Torredembarra y El Vendrell.

sus viviendas protegidas, en atención a la desclasificación producida en los últimos años[19]. Insiste el Preámbulo en los datos de viviendas protegidas construidas, siendo en el periodo 1962-2020 de 5,7 millones de viviendas, que representan un 31,5 %. Sin embargo, estos datos requieren de contextualización, pues no se ponen en relación con el régimen de tenencia de arrendamiento y propiedad, a diferencia de los datos de EUROSTAT.

2.2 **Resultados de las medidas de movilización de la vivienda vacía en Europa: el trasplante legal en España de las órdenes de gestión de viviendas vacías de Inglaterra y Gales**

En el ámbito del Derecho comparado, diversas instituciones podrían adoptarse en nuestro Derecho mediante un *legal transplant*[20], en aras de favorecer el acceso a la vivienda vacía y habida cuenta de sus resultados. En cuanto a las medidas para favorecer el destino habitacional de la vivienda, es necesario destacar, por su éxito, el *Low Cost Home Ownership* o programa de vivienda asequible del Reino Unido, implementado en 1980. El contexto en el que se reguló este programa es importante, pues la vivienda en propiedad había alcanzado su límite –cuya prueba fue la crisis de los años noventa–, y se requerían alternativas más allá de promover el arrendamiento de mercado libre, debido a la exclusión práctica por falta de capacidad económica de las personas vulnerables[21]. Este programa consta de diversas medidas que, con modificaciones, siguen en su mayor parte vigentes en la actualidad: la propiedad temporal o *Shared Ownership*, que ha sido objeto de un *legal transplant* por el legislador de Cataluña y su consideración en el Informe España 2050; la denominada *Affordable Housing,* cuyo objetivo consiste en planificar la edificación de una zona residencial para obtener un precio inferior e incluir medidas como la propiedad temporal y el arrendamiento social o *Social Rented Housing*; y, para finalizar, se introdujo un nuevo producto de renta variable compartida, conocido como *HomeBuy,* que permitió seleccionar una vivienda de mercado libre mediante un préstamo hipotecario sin intereses sobre el 25 % del valor de la vivienda, accediendo a una propiedad compartida. Las dos primeras medidas reducen la subvención directa por parte de la Administración, fomentando la reducción del coste de la vivienda

(19) Fernández-Rubio Hornillos, 2021, pp. 137-169.

(20) En cuanto a las medidas alternativas referidas, indicamos aquí las propuestas de *legal transplant* que, a la luz de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, deberían adoptarse, remitiéndonos para su desarrollo a Argelich Comelles, 2023, pp. 1-454.

(21) Cowan; O'Mahony, y Cobb, 2016, p. 38.

en la misma ubicación donde existían viviendas a precio de mercado. Respecto de la última medida, aunque no proporcione directamente una vivienda, presenta como ventajas que el incremento del valor no suponía ningún coste para la Administración, los gastos iniciales de la compra se reducían y se eliminaba el depósito previo a la compra[22]. Además, los compradores tenían disponible más oferta de vivienda y se reducían los riesgos al contratar un préstamo hipotecario.

Asimismo, cabe considerar, encarecidamente, la posibilidad real de gestionar las viviendas vacías, más allá de garantizar su uso habitacional, aunque sería lo deseable, con medidas de intermediación de la Administración provenientes del Derecho comparado europeo: estas formas de gestión de viviendas vacías, que no siempre garantizan su uso habitacional, se encuentran dispuestas en la *Housing Act 2004*, del Reino Unido, en el *Code de la construction et de l'habitation*, de Francia, y en Bélgica, en el *Code bruxellois du Logement*, de Bruselas, en el *Code wallon du Logement*, de Valonia, y en el *Vlaamse Wooncode*, de Flandes, por tratarse de un Estado plurilegislativo. De entre estas formas de gestión entendemos que las más adecuadas serían las previstas en el Reino Unido, porque se han establecido en estadios de intervención de temporales a definitivos, gozan de unas disposiciones muy pormenorizadas –y en ocasiones desarrolladas mediante las denominadas *Housing Orders*–, y han tenido una buena implementación práctica y duradera en el tiempo. Por ello, dedicaremos este apartado a su examen pormenorizado, partiendo de su aplicación práctica y analizando sus disposiciones.

La principal ventaja que poseen las órdenes de gestión de viviendas vacías u EDMOs –*empty dwelling management orders*– es que se configuran como un instrumento de aplicación progresiva y de último recurso, con la finalidad de conseguir el cumplimiento voluntario del propietario. Por este motivo, y por la intervención proporcionada que supone, creemos que su incorporación mediante un *legal transplant* puede ser un buen mecanismo para mejorar el acceso a la vivienda. Sin embargo, su aplicación práctica requiere de algunos matices, fruto de leves desajustes en su aplicación. Los *Local Councils* ingleses han aludido que las EDMOs presentan un procedimiento de aplicación demasiado complejo, y que carecen de unidad de actuación porque, debido a la intensidad de la intervención, se plantean diferentes orientaciones políticas sobre cuáles son las medidas más adecuadas[23]. Podría parecer, en una primera aproximación, que parte del éxito de las EDMOs radica en que es precisamente la Administración más cercana al ciudadano quien la aplica, que es la

(22) Whitehead, y Monk, 2011, p. 330.
(23) Henderson, 2015, p. 69.

que mejor puede conocer donde existen viviendas deshabitadas y demanda residencial. No obstante, la expectativa de reducir las viviendas vacías no puede alcanzarse por completo debido al contexto político e institucional.

El complicado encaje práctico de las EDMO se manifiesta también en las resoluciones de los *Residential Property Tribunals* o RPT, que señalan los diferentes inconvenientes en su aplicación[24]: la diversidad de situaciones en la práctica y la respuesta de los propietarios ante los requerimientos de la LHA; y los comportamientos estratégicos para evitar la imposición de una EDMO, como la solicitud de ocupación de la vivienda por parte del propietario, reclamaciones referentes a la falta de adecuación de la EDMO en la práctica, o demandas relativas a la salud de su propietario. Para evitar estos inconvenientes, los *Local Councils* prefieren utilizar mecanismos como las *Compulsory Orders* y las *Tax Charges o Council Tax*. A los efectos de solucionar los inconvenientes que presentan las EDMOs, garantizar su éxito y pensando en su eventual *legal transplant* en España, cabe proponer la creación de un ente público de carácter regional e independiente, como una agencia, encargado de ejecutarlas. Asimismo, debería reflexionarse sobre la oportunidad de reducir el plazo de dos años de deshabitación que requieren las EDMOs para poder ser aplicadas. La demora en la intervención de la vivienda puede ocasionar efectos perjudiciales, como la exclusión de las viviendas que sean más susceptibles de ser arrendadas, y provocar desajustes entre la norma y la financiación de la medida, especialmente respecto del coste de las obras de conservación necesarias[25].

3. HACIA LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA MOVILIZACIÓN DE LA VIVIENDA VACÍA EN ESPAÑA

Como reflexión final tras el análisis de la respuesta legislativa comparada, el fomento del acceso a la vivienda en España no se solucionará expropiándolas, ni gravando o sancionando a sus propietarios. Como ha venido siendo tradición en la legislación española, autonómica y estatal, suelen preverse soluciones cortoplacistas vinculadas a un contexto de acceso a la vivienda determinado, articuladas en forma de legislación motorizada y desasosegada, carente de la reflexión profunda que una solu-

(24) Sandercock, 2003, pp. 401-407.
(25) Baker, 2012, pp. 45-47. Ceranic; Markwell, y Dean, 2017, pp. 558-567.

ción a largo plazo para el acceso a la vivienda requiere. Ninguna norma de las aprobadas en los últimos 15 años ha contado con informes previos acerca de su idoneidad[26], en atención a la técnica legislativa utilizada, ni ha resuelto el problema de acceso a la vivienda, porque se planteaban como soluciones reactivas frente a pronunciamientos judiciales o contextos de incremento de los lanzamientos de vivienda. Por su parte, la Ley 12/2023 dispone del informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, que aludía su falta de oportunidad y justificación de las medidas allí previstas.

Los efectos de esta política de vivienda cortoplacista no han reducido su previsión legislativa, a pesar de su difícil implementación y escaso éxito en la mejora del acceso a la vivienda, ni han evitado anuncios prematuros con incidencia directa en el mercado: reducción de la oferta, incremento de los precios por falta de absorción de la demanda, tensión en el mercado inmobiliario, desincentivación de la inversión en vivienda, priorización de los arrendatarios más solventes frente a la escasez de vivienda, y el intervencionismo habitacional sin compensación en forma de limitación administrativa de derechos o de transferencia coactiva no expropiatoria, como límites en interés público del dominio que no requieren compensación. Estas medidas se demuestran ineficaces a largo plazo por los efectos negativos no previstos, así como por la repercusión al particular del coste de implementación de una determinada política pública de vivienda.

Este estadio intervencionista en el que nos encontramos respecto de la vivienda vacía y la mejora de su acceso puede superarse con lo que podríamos denominar una colaboración público-privada habitacional. El papel de la Administración debe evolucionar de los incentivos negativos y sus efectos a la intermediación, con la finalidad de conectar la sobreoferta de vivienda y la ingente demanda, e incluso estimulando que la demanda se redirija hacia la «España vaciada». Esta intermediación que se propone permite que la Administración no intervenga como parte en las relaciones jurídico-privadas que se deriven, reservando su papel al control público de su eficacia sin incidencia directa en sus prestaciones. En otras palabras, la Administración se libera de las vicisitudes de la ejecución de cualquier medida para centrar su actividad en el favorecimiento efectivo del acceso a la vivienda. Solo mediante una adecuada planificación y ejecución de las medidas de fomento del acceso a la vivienda, como origen del ansia legislativa de incentivos negativos que persiste en la actualidad, se conseguirá que el acceso a la vivienda en España deje de ser un problema acuciante pendiente de una solución permanente.

(26) Nasarre, 2020, pp. 299-482.

BIBLIOGRAFÍA

Argelich Comelles, C., *La expropiación temporal del uso de viviendas,* Madrid, Marcial Pons, 2017.

— *Ley por el derecho a la vivienda,* segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

Arruñada, B., *La seguridad jurídica en España.* Fedea, 2021, disponible en: https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-18.pdf.

Baker, C., «Empty homes: strategy or sticking plaster?», *Journal of Housing Law,* vol. 15, 3, 2012.

Ceranic, B.; Markwell, G., y Dean, A., «Too many empty homes, too many homeless – A novel design and procurement framework for transforming empty homes through sustainable solutions», *Energy Procedia,* 111, 2017.

Cowan, D.; O'Mahony, L. F., y Cobb, N., *Great Debates in Land Law,* London, Palgrave, 2016.

Doherty, J., «El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas», *Documentación social,* 138, 2005.

El Mundo, «El Govern balear ejecuta la expropiación de 16 pisos para destinarlos a vivienda social», de 9 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.elmundo.es/baleares/2021/12/09/61b1ff7bfdddffc73a8b45cd.html.

Europa Press, «El Gobierno balear inicia la expropiación de 56 casas de grandes tenedores, con un coste de 1,8 millones por siete años», de 2 de marzo de 2021, disponible en: https://www.europapress.es/illes-balears/noticia-govern-inicia-expropiacion-56-viviendas-grandes-tenedores-coste-total-18-millones-siete-anos-20210302123352.html.

Fernández-Rubio Hornillos, G., «Régimen jurídico de la descalificación de las viviendas protegidas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* vol. 55, 344, 2021.

Henderson, S. R., «State intervention in vacant residential properties: an evaluation of empty dwelling management orders in England», *Environment and Planning C: Government and Policy,* vol. 33, 2015.

House of Commons, *Briefing paper Empty Dwelling Management Orders (EDMOs),* 2019, disponible en: https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04129/SN04129.pdf.

Millar-Powell, B.; Brys, B.; O'Reilly, P.; Rehm, Y., y Thomas, A., «Measuring effective taxation of housing: Building the foundations for policy reform», *OECD Taxation Working Papers,* 56, 2022, disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/measuring-effective-taxation-of-housing_0a7e36f2-en. *Mouvement communal*, de 8 de septiembre de 1998.

Nasarre Aznar, S., *Los años de la crisis de la vivienda,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Palomar Olmeda, A., «Capítulo II: Derechos y libertades. Artículo 33», en Cazorla Prieto, L., Palomar Olmeda, A. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Queralt, R., «¿Qué hacen las Administraciones con los pisos vacíos?», La Vanguardia, 16 de octubre de 2016, disponible en: https://www.lavanguardia.com/vida/20161016/411001635131/pisos-vacios-catalunya.html.

Sandercock, L., «Towards Cosmopolis: Utopia as construction site», en Campbell, S., y Fainstein, S. (eds.), *Readings in Planning Theory,* Oxford, Blackwell, 2003.

Verdera Server, R., «*Pro Proprietate.* Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 76, 3, 2023.

Whitehead, C., y Monk, S., «Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project», *International Journal of Housing Markets and Analysis,* vol. 4, 1, 2011.

XII

VIVIENDA HABITUAL Y EJECUCIÓN FORZOSA

A. Embargabilidad de la vivienda. El empresario de responsabilidad limitada*

Bárbara Sánchez López
Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense
basanche@der.ucm.es

Resumen: *La protección de la vivienda familiar frente a los acreedores varía significativamente entre Europa y EE. UU., a pesar de que ambos sistemas jurídicos se rigen por el principio de responsabilidad universal del deudor. En el ámbito español, la vivienda habitual es, como regla, embargable, con dos recientes y tímidos cambios, que se circunscriben a los escasos supuestos de «emprendedores de responsabilidad limitada» y a la inembargabilidad temporal de la vivienda del deudor concursado durante el plan de pago aprobado judicialmente. Frente a este limitado panorama, en EE. UU. las «homestead exemptions» ofrecen una protección más robusta y variada para la vivienda familiar que permite a los deudo-*

* Este trabajo se enmarca en mis actividades realizadas como miembro del proyecto de investigación titulado «Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100), e investigadora del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense.

res mantener su hogar hasta ciertos límites de valor o de extensión, con ligeras variaciones que dependen de cada legislación estatal y, en caso de concurso de acreedores, de la federal. La consideración de ambos modelos invitan, en suma, a reflexionar sobre la necesidad de reformar las leyes en España para introducir, con carácter general, normas de inembargabilidad relativa de la vivienda habitual que ofrezca mayores seguridades jurídicas y económicas sobre el acceso y el mantenimiento de un bien que debe considerarse de primera necesidad para toda persona.

Palabras clave: *Embargo; Vivienda habitual; Bienes del deudor; Concurso de acreedores.*

Abstract: *The protection of the family home against creditors varies significantly between Europe and the USA, despite both legal systems being governed by the principle of universal liability of the debtor. In the Spanish context, the seizability of familiy home is a general rule except in two recent and limited cases: the «limited liability entrepreneur» and the temporary non-seizability of the debtor's home during the judicially approved payment plan. In contrast, the «homestead exemptions» in the United States offer more robust and varied protection for the family home, allowing debtors to keep their home until certain limits of value or extension, with slight variations depending on each state's legislation and, in the case of bankruptcy, federal law. The consideration of both models promotes a reflection on the need to reform Spanish law in order to introduce, in general terms, a regulation on the relative unseizability of the family home, which would offer greater legal and economic security in terms of access to and maintenance of an asset that should be considered a basic necessity for every person.*

Keywords: *Seizure; Family home; Homestead exemption; Bankruptcy.*

Sumario: 1. Inembargabilidad de la vivienda y tradiciones político-jurídicas. 2. La tradición romano-continental. 2.1 El *beneficium competentiae* en Roma. 2.2 La pervivencia del *beneficium competentiae* en el Derecho eurocontinental. 3. La inembargabilidad de la vivienda habitual en España. 3.1 La inembargabilidad de la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada. 3.1.1 Los presupuestos de la «afección negativa» de la vivienda habitual de la persona emprendedora. 3.1.2 Balance crítico de la inembargabilidad de la LAEI. 3.2 La incentivación de la conservación de la vivienda habitual en la LCon y su «inembargabilidad temporal» durante el plan de pagos. 4. Las *homestead exemptions* del *common law*. 4.1 Correlación entre las *homestead exemptions* y la política de asentamiento territorial en el Oeste norteamericano. 4.2 De la Ley estatal de Texas de 1839 a la Ley federal de 1862. 4.3 Las *federal exemptions* de las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*. Créditos excluidos. 4.4 La *homestead* y las *personal property*

exemptions del estado de Texas. 4.5 Irlanda, una muestra más de los sistemas de *civil law*. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA Y TRADICIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

La *embargabilidad* o, en su formulación negativa, *inembargabilidad* de la vivienda dista con mucho de pertenecer únicamente al terreno del Derecho procesal. Entendida la inembargabilidad –en sentido amplio– como la cualidad legal de ser un bien susceptible –o no– de afección y realización forzosa[(1)], la disciplina procesal presta su aparato científico y técnico al servicio de lo que no es sino una decisión de política jurídica en la que concurren consideraciones políticas, sociales y jurídicas de la máxima importancia. En lo que ahora nos ocupa, no es en absoluto exagerado afirmar que estamos ante una cuestión poliédrica. En la determinación de la inembargabilidad legal de la vivienda influyen, en mayor o menor medida, aspectos tan social y políticamente relevantes como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y el derecho a la vida (art. 10.1 CE), la protección de la familia (art. 39 CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), el régimen de la propiedad privada (art. 33 CE) o –como ahora nos disponemos a tratar– el grado de protección de la vivienda frente a la tutela del crédito que todo Estado debe plantearse en relación con la ejecución forzosa de un crédito, que es aspecto que entronca con el derecho a la ejecución comprendido en la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE.

El concepto mismo de inembargabilidad no está exento de estas consideraciones propedéuticas. Si en un sentido amplio, inembargabilidad es la cualidad negativa de no ser un bien susceptible de embargo, en un sentido estricto todavía hay que precisar –con Carreras Llansana– que «*el término inembargabilidad debe reservarse tan solo para aquellos bienes que siendo patrimoniales y alienables no pueden ser objeto de embargo por prohibición expresa […]*»[(2)]. Esta caracterización de la

(1) Lo definitorio del embargo –su esencia misma– es la afección de un bien determinado a un proceso concreto. Carreras Llansana, V., 1957, p. 128; Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 265 y 278; Cachón Cadenas, 2018, p. 109; Sánchez López, 2019, p. 220; y, en el mismo sentido, por todas, la SAP Las Palmas (Secc. 3.ª) núm. 403/2015, de 13 de julio (ES: APGC:2015:2470).

(2) Carreras Llansana, 1957, pp. 161-162.

inembargabilidad es del todo oportuna a la hora de considerar la vivienda del deudor como objeto de un posible proceso de ejecución a uno y otro lado del Atlántico.

De entrada, esta definición de inembargabilidad se ajusta perfectamente al sentido que el artículo 606 LEC atribuye a los bienes inembargables *ex lege*[3]; y tiene, además, la virtud de evidenciar que el régimen de inembargabilidad de los bienes del deudor *ex* artículo 606 LEC, aun cuando su titular puede transmitirlos o disponer de ellos, presenta un carácter extraordinario en nuestro ordenamiento. En nuestra tradición jurídica, la inembargabilidad de un bien supone una excepción al principio de responsabilidad universal que corona el derecho patrimonial[4] y, por ello, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE toda norma de inembargabilidad debe fundarse en una finalidad legítima tal que, en términos de proporcionalidad, justifique el sacrificio de las legítimas expectativas de ejecución patrimonial de los acreedores. De lo que se trata con la inembargabilidad –en palabras de la STC Pleno 113/1989, de 22 de junio– es de crear una dispensa legal por la que ciertos bienes queden situados en «*una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna*»[5]. En nuestro derecho hasta ahora solo se han previsto legalmente dos supuestos relativos a la vivienda habitual del deudor: (i) el supuesto de la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada, dentro de los límites que determina la LAEI, que introdujo esta figura; y (ii) la conservación y correlativa incoercibilidad temporal de la vivienda habitual que propicia la LCon en el marco del plan de pagos propuesto por el deudor al amparo de los artículos 495 y ss.

---

(3) El artículo 605 LEC enmarca la inembargabilidad, en general, en las coordenadas de la falta de patrimonialidad, alienabilidad y autonomía, que impiden absolutamente a todo bien ser embargable. Cierra este artículo 605 LEC un último ordinal –el 4.º– que extiende la inembargabilidad a cualesquiera «*bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal*». Esta previsión conecta la inembargabilidad absoluta con las normas especiales del artículo 606 LEC, en virtual del cual son legalmente inembargables diferentes bienes del deudor por motivos sociales y asistenciales entre los que no se encuentra *strictu sensu* la vivienda habitual.

(4) La configuración de la inembargabilidad como límite del principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC es una tradición que se asume la misma Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en relación con la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada (v. su artículo 8). Doctrinalmente, puede verse, por todos, Ríos Muñoz, 2018, 27-28; Casero Linares, 2012, 107; Cuena Casas, *RDCP*, 2015, p. 429; Ayllón García, 2020, 150.

(5) Valga recordar que esta STC (Pleno) 113/1889, de 22 de junio, declaró la inconstitucionalidad de una norma que hacía completamente inembargables ciertas prestaciones de la Seguridad Social «de manera incondicionada y al margen de su cuantía». De esta STC trae causa la existencia de nuestro actual artículo 607 LEC, relativo al embargo de sueldos y pensiones mediante tramos porcentuales de inembargabilidad en función de los ingresos del deudor.

En otros ordenamientos, en cambio, la inembargabilidad de la vivienda del deudor goza de cierta generalización con múltiples razones por fundamento, que van desde la protección de la familia a la dignidad y autonomía personal de la persona natural y de su familia, pasando por la configuración de la misma propiedad privada (6). Esta pluralidad de fundamentos se traslada también al objeto mismo de la inembargabilidad en estos otros contextos. Así, según los países, este objeto puede ser «el hogar» del deudor, la «vivienda familiar», los «bienes de familia», el «fondo patrimonial» de la familia, la «*residence principale*» y aun cualquier inmueble no destinado principalmente a un uso profesional. Cabe también que este objeto sea inembargable en términos absolutos o en forma relativa, de manera que –en este último supuesto– la ley consiente su embargo y realización forzosa en cuanto *res* por los acreedores, si bien garantizando un *quantum* de valor mínimo al deudor, destinado a garantizar la subsistencia de su persona y su familia. Y todavía más: existen ordenamientos jurídicos en los que la (in)embargabilidad de la vivienda no está sometida a un régimen legal indisponible, sino que la ley misma permite al deudor –dentro de ciertos presupuestos– crear la exención de embargabilidad mediante una declaración formal de voluntad, normalmente susceptible de inscripción en algún tipo de registro público, como paradigmáticamente sucede Italia o en Francia con la *loi Dutreil*, que constituye el ejemplo que ha seguido la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI, en adelante).

Pues bien, una aproximación útil a esta interesante cuestión de la inembargabilidad o privilegio de inmunidad que es susceptible de gozar la vivienda del deudor parte de la distinción entre los sistemas de tradición romano-continental, como el nuestro, y los sistemas de *common law*. Esta distinción es importante porque patentiza los orígenes modernos de la inembargabilidad de la vivienda en las legislaciones estatales norteamericanas y las consideraciones político-jurídicas que han animado la llamada *homestead exemption* o inembargabilidad de la vivienda familiar. Solo por situarnos, cabe señalar que la *homestead* norteamericana arranca de la expansión de los colonos hacia el oeste a mediados del siglo XIX y de un modelo de asentamiento poblacional basado en el minifundismo. Desde entonces la *homestead* ha terminado configurando un modelo de propiedad privada y de acceso al crédito que favorece el dinamismo económico y el cumplimiento crediticio del deudor responsable y ha

(6) Un panorama comparado puede verse en Fernández Domingo, 2006; Cuena Casas, *RDCP,* 2015; Yáñez Vivero, *RCDI*, 2016; y Ríos Muñoz, 2018, pp. 68 ss.

sido exportado a otros países del área de influencia americana, como México[7], Brasil[8] y Argentina[9].

En las páginas que siguen nos situaremos ante la tradición eurocontinental de embargabilidad general de la vivienda y sus recientes excepciones, para contrastarlas, a continuación, con la *homestead* de algunas de legislaciones americanas. El objetivo es mover a la reflexión sobre la suficiencia de los tímidos y limitados cambios que el legislador español ha dado en la última década para proteger *ex lege* de ciertos acreedores la vivienda habitual del deudor, dentro del marco que representan, por un

---

(7) En México, desde la Constitución Nacional de 1949 «*el Estado garantiza el "bien de familia" conforme a lo que una ley especial determine*», según dispuso su artículo 37.2.º En la actualidad, el artículo 434 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1943, en vigor hasta el 1 abril de 2027, declara que «*no son susceptibles de embargo*: *(I) Los bienes que constituyan el patrimonio de familia, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad*», además de muchos otros bienes muebles que entroncan con el derecho eurocontinental, como: «*(2) El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo; 3. Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado; 4. La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a efecto de lo cual oirá, el tribunal, el informe de un perito nombrado por él, a no ser que se embarguen juntamente con la finca; 5. Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales […]*».

La mayor parte de esta previsión ha pasado –con muy someras actualizaciones– al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de 2023 (Diario Oficial de 7 de junio de 2023), cuya entrada en vigor está prevista para el día 1 de abril de 2027, y que se hace eco de los nuevos modelos de familia actuales. Su artículo 1039 mantiene que «*no son susceptibles de embargo: (I) Los bienes que constituyan el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, Oficina Registral o cualquier otra Institución Registral análoga según la Entidad Federativa de la que se trate, en los términos establecidos por el Código Civil; (II) El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario de la persona deudora, su cónyuge o sus hijos, siempre que no se trate de artículos de lujo; (III) Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que la persona deudora esté dedicada; La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados a juicio de la autoridad jurisdiccional, a cuyo efecto oirá el informe de un perito nombrado por ella a costa de la persona deudora; (IV) Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales […]*».

(8) En la actualidad, la Lei núm. 8.009, de 29 de Março de 1990, sobre sobre *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de familia*, proclama en su artículo 1.º que «*o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei*». Entre estos supuestos en que responden estos bienes se encuentran el cobro de impuestos sobre el inmueble familiar o la ejecución de la hipoteca constituida sobre el inmueble familiar. Pero, a instancia de los acreedores, no cabe embargar el inmueble residencial propio de la pareja o familia en Brasil.

(9) Los ahora aplicables artículos 244 a 256 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.994 y promulgado por decreto 1795/2014 de 7 de octubre de 2017, regulan la inejecutabilidad –que no inembargabilidad– por deudas posteriores de «*un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor*», oponible a terceros a partir del momento de su inscripción registral. Pero.

lado, la LAEI, reguladora del régimen de la persona emprendedora de responsabilidad limitada y, por otro, los planes de reestructuración de deuda y exoneración del pasivo insatisfecho *ex* artículo 497.2 LCon, que son los supuestos legales que expresamente se refieren a la vivienda como bien –limitadamente– sustraíble a la responsabilidad patrimonial universal del deudor en nuestro ordenamiento.

2. LA TRADICIÓN ROMANO-CONTINENTAL

2.1 **El *beneficium competentiae* en Roma**

En el Derecho eurocontinental, la inembargabilidad aparece históricamente vinculada a los bienes públicos (10), pero no –al menos, expresamente– a la vivienda del deudor. Las razones de interés público o social no alcanzaron en Roma a fundar un privilegio de inembargabilidad de la vivienda del deudor, sino tan solo un mejor trato en el momento del embargo que ha llegado hasta nuestros días y que se basa en el llamado después *beneficium competentiae* y en la *excussio bonorum*.

El *beneficium competentiae* aparece ligado a ciertos supuestos de condena limitada a las posibilidades económicas del deudor (el «*id quod potest*») que, en lo que ahora importa, se introdujeron en la ejecución colectiva de los bienes del deudor en el procedimiento de la *bonorum venditio* y de la *cessio bonorum*. A partir del siglo XVI, este *beneficium* queda ya vinculado al derecho singular del deudor a retener una parte de su patrimonio para atender a su subsistencia, como ha llegado hasta nuestros días (11).

Por un lado, en el procedimiento de la *bonorum venditio* parece haberse introducido la praxis que, con el fin de que el deudor insolvente o *decoctor* –incluso, parece, de mala fe– pudiera rehacer su patrimonio, se le concedía, dentro del año siguiente a la ejecución colectiva, el beneficio de ser condenado dentro del límite de sus posibilidades económicas o *in id quod facere potest* (12). En virtud de la *lex Iulia de bonis cedendi*, la

(10) En el Derecho tardorromano, la inembargabilidad de bienes públicos tales como las *res fiscales*, las *communes omnium*, las *sacrae* y las *sanctae,* aparece en varias fuentes romanas, como C. 7.37.3 (*De publicis et sumptibus in publica opera*), D. 1.8.8 (*Ulpianus 6 ad Edictum*) o I. 2.1.7.

(11) La expresión latina de este *beneficium* no aparece en las fuentes romanas, sino que es una elaboración moderna de los comentaristas alemanes. Sobre el *beneficium competentiae* puede verse más en BIALOSTOSKI (*JADDUI*), FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2006), PÉREZ ÁLVAREZ (*RJUAM*), PRADO RODRÍGUEZ (*RGDR*) y VALENCIA VIROSTA (*ADCon*).

(12) Se acostumbra a señalar como fuente, aunque es objeto de interpretaciones contrarias, el fragmento de PAULO en D. 42.1.51 pr.: «*si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur*».

condena limitada a lo que el deudor tuviera se aplicó también al supuesto de que el insolvente hiciera desamparo de todos sus bienes mediante la *cessio bonorum* en favor de sus acreedores[13].

Por su parte, la *excussio bonorum* surge cuando la ejecución civil romana deja de tener carácter colectivo para proyectarse –a partir del siglo II d. C.– sobre bienes concretos del deudor, de tal manera que el embargo de sus bienes debe realizarse según cierto orden legal, recogido en D. 42.1.15.2, en el que eran preferidos los bienes muebles («*res mobiles et animales*») a los inmuebles («*etiam soli*»), y estos, a su vez, a los derechos y acciones del deudor («*etiam ad iura*»)[14]. Los inmuebles y predios –hay que comprender aquí la vivienda del deudor– quedaban, así, postergados en favor de los bienes muebles con el fin de lograr la mayor facilidad de realización de los bienes con el menor sacrificio patrimonial del deudor[15], pero ningún texto romano excluyó expresamente de los bienes embargables la vivienda del deudor.

La genuina protección asistencial del deudor ejecutado la encontramos en el Derecho justinianeo cuando, junto a la extensión de condena limitada a toda clase de deudores, se excluyen del embargo los bienes que sean necesarios para su subsistencia («*ne egeat*»)[16].

Todo ello pasó después, a través del Derecho común, a ser conocido como *beneficium competentiae*, que engloba distintas figuras de limitación de responsabilidad del deudor, como el desamparo de bienes[17] o las normas singulares de inembargabilidad[18], como sucede con el lecho o los enseres de la casa del deudor. En todo caso, lo que no llegaron a excluir las fuentes romanas es la casa misma del deudor.

En el mismo sentido, pero de la época de Diocleciano, encontramos el rescripto recogido en C. 7.75.6: «*Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti*».

(13) C. 7.71.4 pr.: «*Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*». Por su parte, en Ulpiano en D. 42.3.4 expresa que «*is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur*» (pr). «*1. Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari*».

(14) Sobre el proceso de ejecución en Roma y el régimen del embargo y de la realización forzosa, v., por todos, Díaz-Bautista Cremades, 2013.

(15) Así, Díaz-Bautista Cremades, 2013, p. 107.

(16) Así, C. 50.17.173, pr. (*Paul. L. VI ad Plaut.*): «*In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*». Otro fragmento atribuido también a Paulo y recogido en D. 12.1.19 expresa que al deudor en razón de una donación no se le arrebate todo lo que tiene («… *Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat*»).

(17) Esta es la perspectiva de los trabajos de Valencia Virosta (*ADEcon*, pp. 203-230) y de Grillone (2023), a quienes no faltan razones para conectar el *beneficium competentiae* con el novedoso mecanismo de segunda oportunidad de los deudores de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

(18) Así, Carreras Llansana, 1957, p. 187.

2.2 La pervivencia del *beneficium competentiae* en el Derecho eurocontinental

Por influjo del Derecho romano, en la generalidad de sistemas jurídicos eurocontinentales está fuertemente arraigada la idea de patrimonialidad y embargabilidad de la vivienda del deudor, con excepciones puntuales y recientes.

Por ceñirnos a nuestro contexto, el Derecho histórico castellano recogió muchos y variados bienes inembargables del deudor como pertenecientes a lo que hoy denominaríamos «mínimo vital inembargable», pero nunca referidos –como es de ver en la Partida 3.27.3– a la casa del deudor [19]. Los bienes inembargables eran, en la época alfonsina, bienes que o estaban vinculados al trabajo o al desempeño de oficios o eran tan personalísimos –como las ropas del deudor– que repugnaba a la conciencia su aprehensión y realización. Lo más cercano que encontramos a la inembargabilidad de la casa del deudor se halla, en sede de materia pignoraticia, en la Partida 5.13.5, en cuya virtud se excluye de la prenda de bienes del deudor «*su lecho de él de su mujer; e la ropa*» [20],

(19) Bajo el título «*En quales bienes deue ser cumplido el juyzio*», la Ley 3 de la Partida 3.27 sigue la misma prelación de bienes que D. 42.1.15.2, en cuanto dispone «*[…] primeramente tomando de las cosas que fueren muebles tantas en que se puede cumplir; e pagar la quantia de la debda que es puesta en la sentencia: e si el mueble non abondasse deuen tomar de las cosas que son rayz tantas que cumplan. E quando todo esto non cumpliesse para fazer la entrega, deuen entregar al vencedor de las debdas manifiestas que deuen al vencido, fasta que se cumpla la quantia de la sentencia. E non deuen entregar por razon de la debda sobre que fue dado juyzio en cauallos, nin en armas de caualleros: nin es soldada, nin en tierra que fuesse puesta para guisamiento dellos: nin en bueyes de arada cuyos quier que sean, fallando otros bienes del vencido en que se pueda cumplir el juyzio […]*».

(20) Bajo la rúbrica «*Qué cosas son aquellas que no son obligadas aunque el señor de ellas obligue todos sus bienes a peños*», la legislación alfonsina recoge como bienes especiales que no pueden ser tomados en prenda o embargo: «*barragana que tenga manifiestamente en su casa; e los hijos que hubiere de ella; e los criados; e siervo o sierva que tuviere señaladamente para servirle; e guardarle e criarle sus hijos; e las otras cosas de su casa que ha menester cada día para servicio de su cuerpo; o de su compañía, así como su lecho de él e de su mujer; e la ropa; e las otras cosas todas de su cocina que ha menester para servicio de su comer. E las armas; e el caballo de su cuerpo. E todas las otras cosas que hubiere entonces e aún las que atiende haber después, fincan obligadas por razón de tal empeñamiento. Salvo estas sobredichas u otras algunas si las hubiere, que sean semejantes de estas*». Otras leyes de la Partida 5 aluden expresamente a la prenda o embargo de la casa del deudor. La Partida 5.13.4 aclara, por ejemplo, que «*empeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna su heredad, o casa, entiendese que se empeña la heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta tambien, como si fuesse apoderado, de la possession della, aquel a quien la empeño* […]».

En materia de desamparo de bienes por el deudor insolvente, el rigor de la responsabilidad patrimonial del deudor se endurece en la Partida 5.15.1, que obliga al juzgador a «*tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suyo, por esta razon: sinon los paños de lino que vistiere: e non le deue otra cosa ninguna dexar. Fueras ende, si tal debdor como este, fuesse padre, o auuelo, o alguno de los otros ascendientes, que ouiessen algo a dar a alguno de aquellos que descendiessen dellos. O si fuesse fijo, o alguno de los otros descendientes, que ouiessen algo*

que –podemos inferir– ha pasado a nuestras leyes de enjuiciamiento modernas[21].

En el contexto del Derecho eurocontinental, la promulgación del *Code civil* francés de 1804 supuso la consagración legal del principio de responsabilidad patrimonial del deudor, configurado en su artículo 2.285 como «*le gage commun de ses créanciers*», con muy pocas salvedades (relativas a prohibiciones de disponer establecidas por testamento o donación). Pero las tradicionales normas de inembargabilidad basadas en garantizar la subsistencia del deudor se mantuvieron y pasaron a alojarse en el *Code de procédure civile* de 1806. En sus artículos 583 y ss. se reguló el embargo y la realización forzosa de los bienes del deudor en términos tales que disponían su notificación en el domicilio de la persona embargada («*la demeure du saisi*», dice el artículo 586), al que se podía acceder por la fuerza (art. 587), para proceder a la aprenhensión de los bienes del deudor, incluida la plata y el dinero (arts. 589 y 590). Por su parte, los artículos 673 y ss. regularon el embargo y la ejecución de los inmuebles, así rurales como casas urbanas, sin consideración a su destino como vivienda. Los únicos bienes declarados legalmente inembargables por este primer código procesal francés son los que figuran en su artículo 592, a saber: la ropa de cama necesaria para el deudor y sus hijos, así como los vestidos que porten; los libros relativos a la profesión hasta la suma de 300 Fr., a elección del deudor; máquinas e instrumentos utilizados para la enseñanza, la práctica o el ejercicio de las ciencias y las artes, hasta la misma suma, a elección del embargante; equipo militar,

---

a dar, a alguno de aquellos de quien descendiessen. O si fuesse ome que deuiesse algo a su muger: o ella o a su marido. O si fuesse ome que deuiesse algo a aquel a quien auia aforrado, o el aforrado a el. O si fuesse compañero de aquellos que firman compañia entre si, auiendo o trayendo sus bienes de so vno, que deuiesse algo al otro, o el compañero a el. O si fuesse ome a quien demandassen en juyzio sobre donadio que ouiesse fecho a otro. Ca estonce, el judgador deue dexar a cada vno destos sobredichos, tanta parte de sus bienes, de que puedan biuir guisadamente. E lo otro todo deue mandar vender en almoneda: e entregar el precio destos bienes a los debdores sobredichos».

(21) Valga mencionar, como paso intermedio, que la Novísima Recopilación mantuvo el mismo orden romano de practicar el embargo (Libro 11.28.12). De esta compilación cabe citar dos aspectos en la materia que nos ocupa. De un lado, la prevención, a fin de evitar expolios y robos, de que los corregidores no envíen ejecutores para allanar sin más las casas de los deudores ausentes que se encuentren cerradas, sino que, en su lugar, «*les Alguaciles no abran las dichas puertas sin estar presente.el Alcalde; y no le habiendo, un Regidor ó Jurado, y á falta destos, un vecino*» (*Novissima Recopilación* 11.29.6); y de otro lado, ciertas normas singulares de inembargabilidad y exenciones de ejecución relativas a los agricultores y a sus animales y aperos de labranza (*Novissima Recopilación* 11.31.14 a 17), luego extendidas a las personas e instrumentos del comercio de seda (ley 18, *ibidem*) que, finalmente, por real cédula de Carlos III en el año 1876, fueron reconocidas «*á todas las demas fábricas, artes y oficios del reyno», para que «los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas*» (Ley 19, *ibidem*).

según orden y rango; herramientas de artesanos, necesarias para sus ocupaciones personales; harina y alimentos básicos necesarios para el consumo del embargado y su familia, durante un mes; y, por último, una vaca, o tres ovejas o dos cabras, a elección del embargado, con la paja, forraje y grano necesarios para la cama y alimentación de dichos animales durante un mes[22].

Volviendo a España, la LEC de 1855 también mantuvo una norma muchas más restrictiva que la francesa sobre inembargabilidad de los bienes del deudor en el artículo 951, en virtud de la cual «*no se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijos; en las ropas del preciso uso de los mismos, ni en los instrumentos necesarios para el arte ú oficio, á que el primero pueda estar dedicado. Ningunos otros bienes se considerarán exceptuados*»[23]. Esta disposición, ampliada ligeramente en cuanto a su objeto, pasará al artículo 1449 LEC de 1881, que establecía que «*tampoco se embargará nunca el lecho cotidiano del deudor, de su cónyuge e hijos, las ropas del preciso uso de los mismos, el mobiliario, libros e instrumentos […]*», entre otros[24].

En nuestros días, el *beneficium competenciae* pervive en el artículo 606 LEC, que recoge –entre otros–, como bienes inembargables del ejecutado[25], «*1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse*

(22) En la actualidad, la inembargabilidad de los bienes muebles del deudor se contiene, genéricamente, en el artículo L112-2.2.º del *Code des procédures civiles d'exécution*, que atribuye esta condición a los bienes muebles necesarios para la vida y el trabajo del embargado y de su familia, salvo el pago de su precio, dentro de ciertos límites fijados reglamentariamente; así como su artículo R112-2, que contiene una relación más concreta que destaca por su actualidad (no en vano se introdujo mediante *Ordonnance* núm. 2011-1895 du 19 décembre 2011), a saber: 1° Ropa; 2° Ropa de cama; 3° Ropa de casa; 4° Objetos y productos necesarios para el cuidado personal y el mantenimiento de los locales; 5° Productos alimenticios; 6° Artículos domésticos necesarios para la conservación, la preparación y el consumo de alimentos; 7° Aparatos de calefacción; 8° Una mesa y sillas para las comidas en común; 9° Un armario para guardar la ropa blanca y la ropa de vestir y otro para guardar el menaje; 10° Una lavadora; 11° Libros y otros artículos necesarios para la continuación de los estudios o la formación profesional; 12° Artículos para niños; 13° Recuerdos de carácter personal o familiar; 14° Animales domésticos o de compañía; 15° Animales destinados a la subsistencia del embargado, así como los alimentos necesarios para su cría; 16° Herramientas de trabajo necesarias para el ejercicio personal de la actividad profesional; 17° Un teléfono que permita el acceso al servicio telefónico fijo o móvil.

(23) Mención aparte merecía el embargo de sueldos y pensiones, que el artículo 952 LEC de 1855 sometía porcentajes relativos de embargabilidad.

(24) Adviértase que casi con el mismo tenor la inembargabilidad de lecho y ropas del deudor la han recogido las codificaciones latinoamericanas de los siglos XIX y XX. Todavía hoy esta anacrónica inembagabilidad de lecho y ropas se mantiene en el claudicante Código Federal de Procedimientos Civiles de México, mientas que en Argentina se dejó ya atrás con la derogación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 1981.

(25) Un examen más desarrollado sobre los bienes y derechos susceptibles de embargo en España puede verse en SÁNCHEZ LÓPEZ, 2019, 234-269.

superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia», además de «*2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada*». Este artículo 606 LEC ha dejado atrás el obsoleto «lecho y ropas» del deudor; pero vale notar que declara inembargables, no la vivienda del deudor, sino el menaje y mobiliario de la casa y las ropas del ejecutado y su familia, siempre que no se reputen superfluos [26]. De esta manera, se da por sobreentendido que la vivienda en sí del deudor es –como es tradicional en nuestro derecho– un bien perfectamente embargable y, por ello, el artículo 592 LEC incluye como embargables todos los inmuebles sin distinción, con preferencia, en particular –según el ordinal 4.º de la prelación subsidiaria y dispositiva de bienes de este artículo [27]–, al embargo de «*sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas*» [28].

Esta concepción es coincidente con el § 811 (1) de la ZPO alemana, que recoge también como bienes inembargables las cosas necesarias para el deudor o sus convivientes para: a) desarrollar un estilo de vida y

---

(26) Para embargar estos bienes debe examinarse «*caso por caso para determinar el carácter de indispensable que los bienes deben tener, alejándose de automatismos nada adecuados, y examinando el caso concreto en función de las circunstancias concurrentes que relacionan los objetos o bienes embargados con la perspectiva ineludible de la dignidad humana y el mínimo vital que se recoge en nuestro ordenamiento de forma insoslayable*» (AAP Valencia, Secc. 7.ª, núm. 226/2017 de 26 de mayo, ES: APV:2017:5194A y AAP Lérida, Secc. 2.ª, núm. 91/2004 de 2 de septiembre, ES: APL:2004:407A). Achón Bruñén (2018, p. 152) puntualiza que este examen casuístico no debe diferenciar entre ejecutados en función de su estatus social o nivel de vida, por exigencias del principio de igualdad de trato, «sin perjuicio de que se deban tener en cuentas las especiales circunstancias que puedan concurrir en el ejecutado por razón de su avanzada edad, enfermedad, discapacidad, etc.». Como bienes embargables y no exentos de ejecución, la doctrina incluye joyas, abrigos de pieles; y como bienes inembargables, electrodomésticos de uso diario como la lavadora, el frigorífico o enseres que integran el ajuar doméstico (salvo los de una segunda residencia. V. Cachón Cadenas (2019, p. 130), Achón Bruñén (2018, pp. 152 y 157). Por lo demás, vale advertir que para la práctica del embargo de bienes muebles de la casa del deudor que resulten embargables y para la que resulte la entrada en domicilio, que es inviolable, debe cumplirse el canon de constitucionalidad que pide este tipo de medida de entrada en domicilio (Sánchez López, 2021), que los jueces están obligados a verificar en concreto. V. la STSJ Cantabria 711/2013, de 10 de octubre (ES: TSJCANT:2013:1223).

(27) Esta norma, por lo demás, es un precepto de naturaleza dispositiva («si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución», dispone el artículo 592.1 LEC). Por lo tanto, en línea con lo avanzado por Carreras Llansana (1957, p. 96), el orden de embargo «puede ser derogado por la voluntad de las partes conforme al artículo 6.2.º CC y conforme al propio artículo 592.1 i.f. LEC» (Fernández-Ballesteros, 2001, p. 273).

(28) La preferencia legal del artículo 592 LEC por los inmuebles es más que discutible, como ha criticado con razón Achón Bruñén, 2018, pp. 157-158.

gestión doméstica modestos («*für eine bescheidene Lebens– und Haushaltsführung*»); b) el empleo o la formación superior; c) los motivos de salud; y d) los ligados a las creencias religiosas siempre que superen los 500 euros de valor; así como (2) los cenadores, cabañas y estructuras similares utilizadas por el deudor o su familia como vivienda permanente que estén sujetos a embargo mobiliario («*gartenhäuser, Wohnlauben und ähnliche Einrichtungen, die der Schuldner oder dessen Familie als ständige Unterkunft nutzt und die der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen*;»), entre otros bienes. Los dos primeros supuestos, que comprenden muebles, electrodomésticos, vestido y ropa de cama, además del último supuesto mencionado, pueden ser objeto de embargo si previamente el acreedor proporciona al deudor un bien de reemplazo o el equivalente económico –este sí, inembargable– que permita su adquisición (§ 811. 2 ZPO). En suma, la vivienda es también embargable en general en Alemania.

En Italia, en cambio, la inembargabilidad del lecho y el menaje del hogar del artículo 514.2 *codice di procedura civile* de 1940 [29] convive, desde 1975, con el régimen de jurídico del «*fondo patrimoniale*», constituido convencionalmente por uno o ambos cónyuges –e inscrito registralmente– para subvenir a las necesidades de la familia nuclear [30]. Su regulación se contiene en los artículos 167 y ss. *codice civile* y configura un patrimonio de destino, por el que determinados bienes presentes –no futuros–, tales como inmuebles o muebles inscritos en registros públicos y créditos, quedan afectos al cumplimiento de las cargas de la familia (*ad sustinenda onera matrimonii*). Obviamente, la vivienda habitual es un bien perfectamente apto para ser incorporado convencionalmente a este fondo patrimonial (cuya constitución, por lo demás, puede ser impugnada por los acreedores mediante la acción revocatoria ordinaria del artículo 2901 *cc*). Pues bien, a los bienes que lo forman el artículo 169 *cc* les atribuye la condición de inalienables –salvo por mutuo acuerdo de los cónyuges o, si existen hijos menores, con autorización judicial–, mientras que el artículo 170 *cc*, por su parte [31], consagra

(29) Literalmente, su objeto recae sobre «*l'anello nuziale, i vestiti, la biancheria, i letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi; sono tuttavia esclusi i mobili, meno i letti, di rilevante valore economico anche per accertato pregio artistico o di antiquariato*».

(30) V. Paradiso, 2018, pp. 719-720.

(31) El artículo 170 *cc* dice así: «*L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*».

la sustracción de estos bienes de toda la ejecución forzosa por deudas que el acreedor supiera que se contrajeron para finalidades ajenas a las necesidades de la familia[32] [33].

En España, por el contrario, hasta que la crisis económica de 2007 no ha forzado al Estado a intervenir en protección de los deudores en situación de vulnerabilidad económica y a fomentar las iniciativas empresariales de particulares, no contamos con precedentes legales que sustraigan la vivienda del deudor de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. Hasta estos momentos bien recientes, el principio de la responsabilidad patrimonial universal ha gobernado la embargabilidad de la vivienda del deudor con las dos excepciones que se examinan seguidamente y que, a mi juicio, superan el canon de proporcionalidad de la STC 113/1989, de 22 de junio, a la luz, especialmente, del artículo 25 CEDH[34].

---

(32) La relación funcional entre la finalidad de la deuda y el levantamiento de las cargas familiares debe ser examinada judicialmente caso por caso, cualquiera que sea la naturaleza contractual o extracontractual de la deuda. Lo determinante es que tenga relación con las necesidades de la familia y, así, la reciente Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2021, n. 2904, ha sostenido que las obligaciones derivadas del ejercicio de una actividad empresarial o profesional, aunque guardan una relación directa con esta actividad, también circunstancialmente pueden servir a satisfacer las necesidades de la familia. «*La circostanza che il debito sia sorto nell'ambito dell'impresa o dell'attività professionale non è di per sé idonea ad escludere in termini assoluti che esso sia stato contratto per soddisfare i bisogni della famiglia* (v. Cass., 26/3/2014, n. 15886; Cass., 7/7/2009, n. 15862)». Y, así, en el caso de la sentencia, se concluyó que el embargo en favor del banco acreedor para pago de una deuda asumida por el padre deudor como fiador de un préstamo de la sociedad mercantil de la que es socio, «*appare del tutto legittimo presumere che dall'attività d'impresa di cui faceva parte il P. derivassero i mezzi di sostentamento del nucleo familiare, di modo che le obbligazioni fideiussorie assunte ricollegabili a tale rapporto societario ben possono ritenersi rientrare nell'alveo di quelle prestate nell'interesse della familia*».

(33) Un panorama comparado más amplio geográficamente puede verse en Ríos Muñoz, 2018, pp. 68 ss.

(34) La constitucionalidad de una norma de inembargabilidad de un bien debe medirse, como ha señalado la STC 113/1989, de 22 de junio, por el metro que proporciona el principio de proporcionalidad, que se proyecta sobre estos dos aspectos: «*en primer lugar, y con carácter general, [sobre] si la inembargabilidad de bienes y derechos constituye limitación constitucionalmente justificada del derecho del acreedor a que se ejecute la Sentencia firme que le reconoce su derecho de crédito y, en segundo lugar, y en caso afirmativo, [sobre] si la inembargabilidad de las pensiones que declara el artículo 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social es proporcionada a la finalidad constitucional que la justifica*». En el caso examinado en esta STC se consideró que una norma legal de inembargabilidad ilimitada de pensiones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva «*en la medida en que, al no señalar límite cuantitativo, constituye sacrificio desproporcionado del derecho a que las Sentencias firmes se ejecuten, garantizado, según se deja dicho, por el artículo 24.1 de la Constitución*». Estas consideraciones son, como poco, extrapolables, a mi juicio, a la inembargabilidad de la vivienda del deudor, que el artículo 25 CEDH entronca con el derecho de toda persona «*a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vestido, la vivienda…*». Corresponde al legislador estatal –*ex* artículo 149.1.1.º, 6.º y 8.º CE– determinar los límites llamados a conciliar el legítimo derecho de los acreedores al cobro y ejecución de deudas con la debida dignidad y subsistencia digna del deudor en una vivienda digna, como ya ha hecho en los supuestos legales que se examinan en el texto principal.

3. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN ESPAÑA

Cuanto se dice a continuación se refiere a la inembargabilidad de la vivienda que tiene origen legal o no convencional en nuestro ordenamiento. No se comprenden las limitaciones legales –que no límites o exclusiones de embargabilidad– que recaen sobre la vivienda familiar y que condicionan su transmisibilidad en el ámbito del Derecho de familia[35], ni se incluye la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, porque –aunque esto merecería una reconsideración– la ley no determina la inembargabilidad *ex lege* de la vivienda habitual[36].

El beneficio de exclusión de la vivienda habitual que se ha introducido en nuestro ordenamiento ha tenido por motivación –hasta ahora– incentivar la actividad económica o profesional del deudor, ya para emprender o ya para rehacerse tras una situación de insolvencia; pero no –más en general– en el desarrollo de los valores constitucionales que acostumbran a ligarse a la vivienda habitual, como espacio necesario para el desarrollo de la dignidad y la vida (art. 10.1 CE), la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), la protección de la familia (art. 39 CE) o el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE). Estas experiencias españolas son muy limitadas y parciales, como se verá seguidamente.

3.1 **La inembargabilidad de la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada**

La primera –y, de forma expresa o abierta, única– excepción legal de la vivienda habitual del principio de responsabilidad patrimonial universal que ha traído la crisis de los años 2008 en adelante es la que se contiene en el artículo 8 LAEI. Esta ley introdujo en el año 2013 un régimen alternativo a la responsabilidad limitada que conlleva la constitución de

(35) Así, p. e., las limitaciones a los actos dispositivos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges, que imponen los artículos 96.1 y 1320 CC.

(36) De hecho, en varias ocasiones del íter legislativo se rechazó la oportunidad de otorgar la condición de inembargable a los bienes –o a cierta clase de bienes– integrados en el «patrimonio protegido de las personas con discapacidad» constituido al amparo de esta ley en favor de personas afectadas con minusvalía de carácter psíquico igual o superior al 33 por ciento o de carácter física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Esto quiere decir que, a falta de norma expresa de inembargabilidad, el embargo que se proponga en concreto debe poder ser considerado «superfluo», de acuerdo con las previsiones del artículo 606.1.º LEC; otra cosa son las normas de Derecho foral. V. Sánchez López (2019, 253) y, más extensamente, Achón Bruñén (2018, 154-155).

una sociedad de capital unipersonal, para desarrollar una actividad económica o profesional, con la fundamental diferencia de que esta novedad legal consigue solo la limitación de un único bien, la vivienda habitual de la persona emprendedora; y acaso esto, precisamente, explica el escaso arraigo de esta figura en estos años.

3.1.1 *Los presupuestos de la «afección negativa» de la vivienda habitual de la persona emprendedora*

Bajo la influencia del precursor ejemplo francés[37], el artículo 8 LAEI regula –con la eufemística denominación de «*Eficacia de la limitación de responsabilidad*»– las condiciones de inembargabilidad de la vivienda habitual del «emprendedor de responsabilidad limitada», siempre que se cumplan determinados presupuestos[38] que encorsetan mucho esta «afección negativa»:

1.º) Subjetivamente, este beneficio está establecido en favor de quien cumpla simultáneamente la doble condición de (i) ser persona física que desarrolle en territorio español una actividad económica empresarial o profesional y se inscriba como tal persona emprendedora en el Registro Mercantil (arts. 2, 3 y 9 LAEI), incluso aunque no tenga tal obligación, como agricultores, profesionales, artistas[39]; y (ii) no haber actuado «*con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por*

(37) La Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompañaba al proyecto de la LAEI presenta la francesa *Loi de modernisation de l'économie* de 4 de agosto de 2008 (JORF de 5 de agosto de 2008), como antecedente, aunque la limitación de responsabilidad del emprendedor se remonta en Francia a la llamada *loi Dutreil* de 2003, luego reformada en el año 2015. El modelo francés, que se regula en el artículo L526-1 del *Code de Comerce*, propone la inembargabilidad legal –«*insaisissabilité de plein droi*»– de la residencia principal del empresario de responsabilidad limitada, que opera automáticamente con tal que (i) sea su residencia efectiva y actual (Cass. Com. 29 mai 2019, núm. 18-16.097); y (ii) el crédito empresarial sea posterior a la Ley de 6 de agosto de 2015 (Cass. Com. 13 avril 2022, n°20-23.165, FR: CCASS:2022: CO00249). Este este beneficio es extensible también, si bien mediante declaración de inembargabilidad del deudor sujeta a inscripción registral, a «*ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel*».

(38) Sobre esta figura, v. Vicent Chuliá, *LN*, Cuena Casas, *RDCP*; Yáñez Vivero, *RCDI*; y Berrocal Lanzarot, *CDC*.

(39) No puede tratarse de «autónomos societarios», es decir, personas que «*no desarrollan directamente la actividad profesional, sino mediante sociedades por ellos administradas*» (RDGSJ y FP de 26 de septiembre de 2022, *BOE* 27 de octubre núm. 258). Por otro lado, la falta de depósito de las cuentas anuales en los siete meses siguientes al cierre del ejercicio determina la pérdida de la inembargabilidad del artículo 8 de la Ley, respecto de las deudas el emprendedor perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad en relación con las deudas «*contraídas con posterioridad al fin de ese plazo. Recuperará el beneficio en el momento de la presentación*» (art. 11.3 LAEI).

sentencia firme o en concurso declarado culpable» (art. 8.4 LAEI). Este segundo requisito plantea el problema de que, por su modo de operar, está llamado a ser condición resolutoria de un beneficio cuya eficacia, en el seno de un proceso de ejecución singular, resulta difícil de coordinar con lo que resulte de un eventual y posterior proceso concursal.

2.º) En razón de la causa del beneficio, la inembargabilidad de la vivienda se disfruta únicamente «*por deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional*» (art. 8.1 LAEI), con independencia de su naturaleza contractual o extracontractual, y en todo caso con la excepción de las deudas de derecho público[40], cuya desmedida protección lastra los intentos por alentar el emprendimiento[41]. El resto del patrimonio del deudor no queda exento de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial o profesional; ni tampoco lo está la vivienda habitual ni los bienes de equipo respecto de aquella otra a responsabilidad que no tenga origen en la actividad empresarial o profesional de la persona emprendedora, ni aun de las que sí lo tengan pero sean anteriores a la anotación de esta afección negativa en el Registro de la Propiedad. Se da por descontado que la exención no opera frente al acreedor que es titular de un derecho real de hipoteca, pues va de suyo que la inembargabilidad solo opera frente a créditos posteriores y que ninguna entidad crediticia financiaría una operación con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual protegida del artículo 8 LAEI.

---

(40) La Disposición Adicional 1.ª de la LAEI excepciona de la limitación de responsabilidad de la vivienda habitual las deudas de derecho público, a cuyo fin cabe el embargo de la vivienda siempre que: «a) *No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio./ b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales*».

(41) De «lamentable» lo califica Cuena Casas (*RDCP*, 343), a la vista de que «el 51% de las PYME en España son personas físicas y según un reciente estudio, el 20% de su pasivo es crédito público». La crítica es generalizada en la doctrina y, especialmente, ha arreciado por el mantenimiento de este beneficio del fisco en relación con el mecanismo de segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho en el artículo 489.1.5.º LCon. Las dudas sobre su compatibilidad con los designios de plena exoneración de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia, han sido recientemente resueltos por la STJUE de 8 de mayo de 2024, C-20/23, *SF y MV*, en favor de la conformidad del beneficio del fisco español. Para el TJUE, las categorías de créditos del artículo 23 de la Directiva 2019/1023 que son susceptibles de quedar excluidos de la exoneración del pasivo insatisfechos, no son un *numerus clausus*; «*los Estados miembros tienen la facultad de excluir determinadas categorías específicas de créditos de la exoneración de deudas, como los créditos tributarios y de seguridad social, y de atribuirles con ello un estatuto privilegiado, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada en virtud del Derecho nacional*» (aptdos. 45 y 53).

3.º) Finalmente, en cuanto al objeto de la inembargabilidad, debe tratarse de «la vivienda habitual del deudor», propia o común[42], y que todavía concurran las siguientes circunstancias para resultar inembargable:

– Que el valor de la vivienda habitual –artículo 8.2 LAEI – no supere, conforme a ciertos criterios de valoración fiscal, la cantidad de 300.000 euros; o la de 450.000 euros –por aplicación de un coeficiente de 1.5%–, cuando la vivienda esté situada en una población de más de 1.000.000 de habitantes, es decir, en Madrid o en Barcelona, ya que son los únicos municipios que, según el censo anual de población 2021-2023 del Instituto Nacional de Estadística, superan esta cifra. Su valor se determina por «la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil» (art. 8.2 LAEI)[43].

– Además, la no vinculación de la vivienda habitual del deudor debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 10 LAEI); inscripción que es la que determina la oponibilidad de la inembargabilidad funcional de la vivienda frente a acreedores empresariales del emprendedor cuyo derecho sea posterior a la inscripción.

Qué debe entenderse por vivienda habitual del emprendedor se presta a diversas interpretaciones. En un sentido estricto, pudiera pensarse que debe tratarse de la vivienda propia o común del deudor en la que resida de forma efectiva y permanente, con exclusión de segundas residencias o de viviendas destinadas a usos profesionales; aunque se ha tratado de flexibilizar su definición para que quede comprendida la vivienda habitual aunque parcialmente se dedique a un uso profesional o económico[44]. A mi parecer, hay que inclinarse por que la interpretación de «vivienda habitual» comporte en todo caso el elemento material definitorio que supone residir en un domicilio habitable (art. 40 CC), aunque su uso no sea exclusivo ni excluyente.

Con posterioridad, la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ha extendido el beneficio a «*los bienes de equipo productivo a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios*» (art. 8.2 LAEI); y ha aligerado barreras regulatorias y administrativas, en un intento por fomentar el emprendimiento y el tejido que conforman las PYME.

---

(42) En caso de titularidad en régimen de comunidad ordinaria, el objeto recaerá sobre la cuota que corresponda al cotitular emprendedor, cuyos bienes y derechos son los que han de responder por las deudas de la actividad.

(43) Sobre este criterio de valoración, v. Lleonart Castro, *CDC,* pp. 42-44.

(44) Así, Muñoz García, *DLL*, p. 4; Cuena Casas, *RDCP*, p. 345; y Berrocal Lanzarot, *CDC*, pp. 74-75.

3.1.2 *Balance crítico de la inembargabilidad de la LAEI*

El artículo 8 LAEI configura, a la postre, una inembargabilidad muy restrictiva a la que se han dirigido críticas muy fundadas. De la LAEI se ha dicho que es «mucho ruido y pocas nueces» (45), aunque se advierte que la última reforma por obra de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ha mejorado algunas de las críticas que se han vertido contra ella (46). Subsiste, en cambio, la objeción de que «la protección que se dispensa es muy escasa y sujeta a un elenco de requisitos que actúan como mecanismo de disuasión para la utilización de esta figura» (47). Para CUENA CASAS, la intención de la LAEI es buena, aunque «el resultado no puede ser más decepcionante, como ha confirmado el escaso uso que de esta figura se ha hecho en la práctica» (48); y es que, como advierte también YÁÑEZ VIVERO, «la figura de la sociedad limitada unipersonal permite, con menos parafernalia, proteger no solamente la vivienda habitual sino todo el patrimonio del emprendedor y frente a todo tipo de acreedores» (49).

Los datos apoyan estas conclusiones. En el ejercicio 2024 tan solo se constituyeron 10 emprendedores de responsabilidad limitada (50), lo que supone un retroceso que ha invertido la tendencia –poco consistente– de los años casos registrados en los años inmediatamente anteriores. Nos permite valorarlo la siguiente tabla que muestra el número de emprendedores de responsabilidad limitada constituidos como tales en estos más de diez años de vigencia de la LAEI y que, en total, alcanzan 226 casos:

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	Tot.
ERL	13	51	27	12	15	10	10	13	6	20	39	10	**216**

(45) YÁÑEZ VIVERO, *RCDI*, p. 1463. Los operadores jurídicos se han mostrado más críticos y, así, GOMÁ LANZÓN calificó la LAIA como un ejemplo de «derecho inútil»; «el tipo de normas que alejan a España de la modernidad», en palabras de BRANCÓS.

(46) P. e., la carga jurídica y económica para el emprendedor de cursar dos o más inscripciones registrales –al Registro Mercantil, para la constitución de la figura, y al Registro de la Propiedad y de Bienes Muebles, para oponer la inembargabilidad–, se ha reducido solo a la primera, ya que las otras se realizan ahora de oficio por el Registro Mercantil (art. 10.2 LAEI).

(47) CUENA CASAS, *RDCP*, p. 343.

(48) CUENA CASAS, *AC*, p. 4.

(49) YÁÑEZ VIVERO, *RCDI*, 1463; y en el mismo sentido, también CUENA CASAS, *AC*, p. 4.

(50) La *Estadística Mercantil. Ejercicio 2023* muestra que, de las 109.003 sociedades constituidas en el ejercicio, la hegemonía absoluta, con el 98,72% del total, ha seguido siendo la sociedad limitada, frente al 0,38% de las sociedades anónimas. Solo en 983 casos se ha elegido una forma societaria diferente a sociedad anónima o limitada, con predominio de las agrupaciones de interés económico (684) y de las Sociedades Civiles (113), que aglutinan más del 80% de estas otras tipologías societarias.

El punto más crítico de la LAEI radica en que la afección negativa de la vivienda habitual de la persona emprendedora no opera automáticamente, como sucede en Francia desde la *loi núm. 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (51) (llamada *loi Macron*), sino mediante declaración del emprendedor que ha de ser inscrita registralmente. Además, opera solo frente a determinados acreedores –los de origen empresarial o profesional posteriores, en todo caso, a la inscripción–, distintos de la Administración tributaria; es decir, poco menos que los proveedores. Y, en fin, es importante que la (in)embargabilidad –a diferencia de en Francia, donde no cuenta con límites cuantitativos– está enteramente condicionada a que el valor fiscal de la vivienda habitual no supere las cantidades señalada por la ley. Es decir, no son inembargables los primeros 300.000 euros –ó 450.000, en Madrid y en Barcelona– del valor de la vivienda, sino que la (in)embargabilidad de la vivienda en cuanto tal se mide en términos absolutos por el metro de la cuantía: si la vivienda lo supera, el bien es completamente embargable; y si no lo supera, la inembargabilidad de la vivienda habitual será oponible frente a los acreedores profesionales posteriores y frente a la AEAT, y solo frente a estos.

Como poco, es razonable plantearse si en lugar de inembargabilidad absoluta de la vivienda habitual dentro de ciertas horquillas cuantitativas, la norma pudiera operar en forma relativa introduciendo un régimen de inembargabilidad del valor de la vivienda habitual en favor del titular emprendedor de hasta los primeros 300.000 o 450.000 euros, según proceda (52). A este régimen de «desafección progresiva» (53) parecen apuntar los incentivos de la LCon para conservar la vivienda habitual y mantenerse el deudor en el cumplimiento regular del préstamo hipotecario, que constituye pasivo no exonerable –en beneficio del acreedor privilegiado– hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º LCon).

Parece, en fin, llegado el momento de abrir este debate al que, además, nos conduce la comparación con otros ordenamientos del norte global: el de la inembargabilidad parcial o relativa de la vivienda habitual de todo deudor, con independencia del ejercicio de actividad empresarial, profesional o de la condición de consumidor de su titular.

---

(51) JORF núm. 0181 du 7 août 2015.

(52) En palabras de Yáñez Vivero (*RCDI*, p. 1465), «lo razonable es que tales viviendas no resulten embargables sino en lo que excedan del límite legal establecido». Una postura más determinada es la que abandera Cuena Casas (*AC*, p. 4), para quien «no se entiende la razón de limite por cuanto de lo que se trata de es incentivar la iniciativa empresaria protegiendo un bien de primera necesidad».

(53) Así lo denomina Lleonart Castro, *CDC*, p. 42.

3.2 La incentivación de la conservación de la vivienda habitual en la LCon y su «inembargabilidad temporal» durante el plan de pagos

Si dirigimos ahora la mirada a la legislación concursal, comprobaremos que ninguna norma sustrae formal y directamente la vivienda de la masa activa del concurso, que se integra por la totalidad de los bienes y derechos del concursado (art. 192 LCon). Fuera del supuesto específico del emprendedor de responsabilidad limitada por obra de la LAEI, todo lo más que la legislación ha reconocido –artículo 194 LCon – es el derecho del cónyuge del concursado para adquirir la vivienda común por el valor convenido con la administración concursal o, en su defecto, por el mayor de mercado o de tasación. Pero más allá de las disposiciones formales, lo cierto es que el tratamiento de la vivienda habitual en el marco del concurso se ha visto sustancialmente alterado en los últimos años a raíz de los problemas de sobreendeudamiento de la persona natural, tanto si ejercen actividad empresarial como si no[54].

Solo por expresar la magnitud de los concursos de persona natural no empresaria cabe notar que, según el informe *Justicia Dato a dato del año 2023* del CGPJ, en el ejercicio 2023 se presentaron 5.447 concursos de personas jurídicas; 3.728 concursos de personas naturales empresarios; y 33.268 concursos de personas naturales no empresarios. En particular en el ámbito de la insolvencia, la magnitud de estos problemas ha movido a las instituciones europeas a proponer un marco mínimo armonizador que incentiva la conservación de la vivienda habitual mediante la figura del mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, basado en acuerdos de renegociación de deuda en una fase temprana o alternativos a la liquidación total del patrimonio, aplicable tanto al empresario como al consumidor sobreendeudado.

El estudio del tratamiento de la vivienda habitual en el marco del concurso de las personas naturales es objeto de un estudio individualizado más adelante, acometido por Cuena Casas en esta misma obra. Allí se abordan el examen y el alcance real de las medidas introducidas en la LCon tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se traspone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, por lo que a dicho lugar nos remitimos. A nuestros limitados fines, importa destacar tan solo dos aspectos.

(54) Solo por expresar la magnitud de los concursos de persona natural no empresaria es de notar que, según el informe *Justicia Dato a dato del año 2023* del CGPJ, en el ejercicio 2023 se presentaron: 5.447 concursos de personas jurídicas; 3.728 concursos de personas naturales empresarios; y 33.268 concursos de personas naturales no empresarios (p. 71).

Por un lado, el artículo 497 LCon abre una modalidad *ex post facto* de inembargabilidad de la vivienda, en la medida en que se apruebe el plan de pagos que proponga la conservación de la vivienda por el deudor durante la extendida vigencia de cinco años del plan de pagos previsto en el artículo 497.2 LCon. Si la vivienda habitual está hipotecada, nada de esto exime al deudor de mantenerse en el cumplimiento de la obligación garantizada –hasta el límite, cuanto menos, objeto de la afección real–, puesto que la vivienda habitual hipotecada no deja de estar especialmente afecta al cumplimiento de un crédito con privilegio especial susceptible de ejecución –artículo 430 LCon)– ante el juez del concurso durante el plan de pagos (art. 499.2 LCon). A este fin, constituye deuda no exorable la deuda con garantía real hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º LCon), mientras que sí son exonerables tanto la parte que lo supere (art. 492 bis LCon), como el *superfluum* del crédito hipotecario no satisfecho en el seno de una ejecución anterior (art. 492 LCon).

Pues bien, en la medida en que se apruebe provisionalmente el plan de pagos propuesto por el deudor que incluya la conservación o «no realización» «*de la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia*» (art. 497.2.1.º LCon), *de facto* y *de iure* la vivienda habitual queda sustraída –de momento, temporalmente– a toda ejecución, realización o liquidación seguida a instancias de cualquier acreedor, con la salvedad del acreedor hipotecario –y solo hasta el límite de la afección real, que es pasivo no eximible–. Cuena Casas describe este escenario como de «inembargabilidad judicial» y no faltan razones para ver en esta «inembargabilidad temporal» de la vivienda habitual una situación funcionalmente equivalente a la inembargabilidad del bien frente a todos los acreedores distintos del hipotecario, incluidos los titulares de créditos no exonerables(55), por obra de la aprobación judicial del plan de pagos, aunque solo mientras dure este. Al cabo del cumplimiento del plan de pagos se obtiene la exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidación de la vivienda habitual del deudor; e iguales efectos liberatorios pueden alcanzarse, aunque el deudor no haya cumplido en su integridad el plan de pagos, cuando el «*el juez, previa*

(55) Cuena Casas, *AC* (p. 12) y *EN*, donde explica la afectación a estos terceros titulares de créditos no exonerables: «De lo contrario, la eficacia práctica de la medida sería muy limitada. Según un criterio de interpretación lógico y teleológico (art. 3 CC), procede interpretar las normas de manera que produzcan efectos y estos sean acordes con su finalidad. La norma no distingue escenarios y prolonga la duración del plan de pagos cuando no se realice la vivienda del deudor, sin que se restrinja esta posibilidad a determinados acreedores. Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar *sine die* el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensada por una mayor duración del plan de pagos, algo que puede facilitar el cobro de sus créditos».

audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho cuando el incumplimiento del plan de pagos resultara de accidente o enfermedad, u otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a quienes con él convivan, siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones o prohibiciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de cesión en pago, que se establezcan en el plan de pagos» (art. 500 LCon).

Por otro lado, no hay que perder de vista que la conservación de la vivienda habitual y su sustracción a la liquidación o realización (pre)concursal constituye una política común unieuropea[56] y que, en esta materia, otros Estados miembro llevan ya terreno ganado mediante formas propias de inembargabilidad que incluyen –o pueden incluir– la vivienda habitual del deudor. Lo hemos visto páginas atrás a propósito del modelo francés del «*droit de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale, ainsi que sur les biens fonciers, bâtis ou non bâtis, qu'il n'a pas affectés à son usage professionnel*» del artículo L 526-1 *Code du commerce* y es posible detectar varios ejemplos cercanos más. Lo que predomina en el entorno europeo son otras formas de limitación de responsabilidad que desbordan el fomento del emprendimiento para operar en defensa del patrimonio familiar mediante figuras de *trust*, *fiducie*, o constitución de patrimonios de destino, de los que no vamos a ocuparnos aquí por alejarse de la inembargabilidad *ex lege* que es objeto de este trabajo[57].

(56) La conservación y la consecuente inembargabilidad de «la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia» vinculada a un plan de pagos (art. 497.2 TRLC) es una medida promovida por la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. Esta Directiva ha culminado una política de armonización en materia de protección de la persona natural frente al sobreendeudamiento y el fracaso empresarial; su inicio arranca de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, titulada *Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, 12 de diciembre de 2012 (COM/2012/0742 final), entre cuyos objetivos figura la modernización de la normativa de insolvencia para facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores. Fruto de este impulso unieuropeo han sido, cronológicamente: primero, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; después, el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; más adelante, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal; y, finalmente, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

(57) Este importante tema es, sobre todo, sustantivo y debe ser examinado, fundamentalmente, en el contexto del Derecho patrimonial y familiar de cada Estado. Un recorrido reciente por estas formas puede verse, por todos, en Martín Satisesteban, 2020.

4. LAS *HOMESTEAD EXEMPTIONS* DEL *COMMON LAW*

4.1 **Correlación entre las *homestead exemptions* y la política de asentamiento territorial en el Oeste norteamericano**

Desde consideraciones político-jurídicas, la inembargabilidad de la vivienda o *homestead exemptions* norteamericanas obedecen a una diferente concepción jurídico-política de la propiedad privada en el siglo XIX, cuyo origen radica en el fomento de asentamientos poblacionales y agrícolas en el Oeste basado minifundismo(58). Con pocas variaciones de un Estado a otro, las políticas de *homestead exemption* o de protección del «hogar doméstico» han resultado decisivas para la colonización del Oeste; han evitado la monopolización de las nuevas tierras por unos pocos terratenientes gracias a la atribución de pequeñas superficies de tierra y de casa, con la condición de intransferibles e inembargables, a favor de los nuevos asentadores.

Esto nos sitúa, por tanto, ante una figura cuyas bases históricas no son propiamente procesales o relativas a la tutela del crédito y a la determinación de la responsabilidad patrimonial del deudor, sino ante normas que, por su función, estaban dirigidas a fomentar la repoblación de terrenos por parte de los colonizadores –primero– de la recién proclamada República de Tejas y de los terrenos públicos –poco después– de la Unión(59).

---

(58) V. RECLUS, 2013, p. 207. En las antípodas ideológicas de las *homestead exemptions* norteamericanas, pero con cierto resabio minifundista, hace al caso recordar el artículo 47 de la II República española, en virtud del cual «*La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores*».

(59) No es de extrañar que FERNÁNDEZ DOMINGO entronque la colonización norteamericana con la repoblación de la península ibérica y aun de las tierras indianas y llegue a afirmar que «el "*homestead*" no es otra que una ley de clara raigambre española» (2006, p. 1327). Esta raigambre –hay que precisar– tiene más que ver con la legislación repobladora castellana –que el mismo autor cita–, y aun con la inglesa, que con la inembargabilidad de los bienes y derechos del deudor ligados al *beneficium competentiae* de la legislación procesal, que nos ha llegado procedente del Derecho romano, como se ha visto. Huelga decir que para la doctrina norteamericana la *homestead exception* pasa por ser «an innovation of the genius of American frontiersmen» (London, *SHQ*, p. 432), cuya paternidad se atribuye al impulsor de la *Homestead exception law* de Texas de 1839, el congresista tejano Mr. Louis P. Cook (sobre autor y vida, v. WILKINSON, *TSHQ*). De estos orígenes en las políticas repobladoras españolas y mejicanas se hace eco la sentencia del caso *Marincasiu v. Drilling* 441 S. W.3d 551 (Tex. App. – El Paso, 2014), aunque GOODMAN (*JAH*, p. 475) también apunta que, al menos en Virginia y Delaware, estaban emparentadas con la facultad del *elegit*, procedente del derecho inglés medieval del siglo XIII, en virtud del cual la mitad de la tierra del deudor quedaba fuera del alcance del poder de agresión del acreedor. V. más en PRIEST, *HLR*.

Este motor, en el que la inembargabilidad de los bienes inscritos era, en su origen, un instrumento al servicio de la política poblacional y agrícola del país es el que ha alimentado la generalizada inembargabilidad parcial de la vivienda habitual del deudor que caracteriza a las actuales legislaciones estatales de los EE. UU.

4.2 **De la Ley estatal de Texas de 1839 a la Ley federal de 1862**

El origen de la *homestead exemption* arranca muy poco después de que la República de Tejas se independizara de México y su III Congreso reunido promulgara la *Homestead exception law* de 26 de enero de 1839. Bajo una iniciativa titulada «*An Act to exempt certain property named therein from executio*», que mantenía intactos los derechos contractuales adquiridos anteriormente, la ley aseguraba –«*shall be reserved*»– a todo ciudadano o cabeza de familia –hombre o mujer– de la República que fuera libre y estuviera exento de toda orden de embargo, 50 acres de tierra –es decir, unas 20 hectáreas, que equivalen a 160 piscinas olímpicas– o un lote en la ciudad, incluida vivienda en ambos casos, así como las mejoras que no excedieran de 500 dólares de valor y todos los muebles del hogar y de cocina, siempre que su valor no superara los 200 dólares. Asimismo, a los nuevos asentadores se les garantizaba todos los utensilios de labranza –por valor de hasta 50 dólares– y todas las herramientas, aparatos y libros pertenecientes al oficio o profesión, además de cinco vacas lecheras, un yugo de trabajo para bueyes o un caballo, 20 cerdos y provisiones para un año[60].

Esta precursora ley, que fomentaba el asentamiento de granjas agrícolas y –en menor medida– el desarrollo urbano, ha sido calificada de «*uniquely hospitable*»[61]. Sin embargo, apenas estaría en vigor un año, aunque su sentido y vigencia pasó a la legislación posterior.

---

(60) La ley disponía literalmente que: «*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the Republic of Texas in Congress assembled, That from and after the passage of this Act there shall be reserved to every citizen or head of a family in this Republic, free and independent of the power of the writ of fire facias or other exectuion issuing from any court of competent jurisdiction whatever, fifty acres of land or one town lot, including his or her homestead, and improvements not exceeding five hundred dollars in value, all house hold and kitchen furniture (provided it does not exceed in value two hundred ollars) all implements of husbandry (provided they shall not exceed fifty dollars in value) all tools, apparatus and books belonging to the trade or profession of any citizen, five milch cows, one yoke of work oxen or one horse, twenty hogs, and one year's provisions; and that all laws and parts of laws contravening the provisions of this act shall he and the same are hereby repealed: Provided, The passage of this act shall not interfere with contracts between parties heretofore made*» (Wilkinson, *TSHQ*, pp. 36-37).

(61) Morantz, *LHR,* pp. 246-247.

Poco antes de la incorporación de Texas a la Unión, la Constitución del Estado de Texas de 1945 consagró la *homestead* a través de dos disposiciones contenidas en el extenso artículo 7. De ellas, la más significativa es la Sec. 22, en la que ya se emplea el término «*homestead of a family*» como sinónimo –según su versión oficial en español– de «*hogar de la familia*» y le atribuye la clara condición de inembargable en lo que no exceda de 200 acres de tierra fuera de ciudad o villa, o de casa en villa siempre que su valor sea inferior a 2.000 pesos (62). La siguiente Constitución de Texas de 1861 (63), adoptada inmediatamente después de la anexión, incorporó estas previsiones en lo sustancial en su Sec. 22, además de introducir una exención fiscal de hasta 250 dólares sobre el mobiliario doméstico y otros bienes pertenecientes a la familia (Sec. 28).

Para mediados del siglo XIX la figura de la *homestead exemption* ya ocupaba la atención de más legisladores estatales y aun del propio legislador federal norteamericano. A nivel estatal, desde el año 1839 hasta el 1860 casi cuarenta estados habían desarrollado sus propias normas estatales de *homestead* (64). Mientras, en el plano federal el primer proyecto es del año 1846 y fue calificado por el Senador de Ohio Benjamin WADE como the «*great question of land to the landless*» (65); pero este proyecto encontró serias resistencias tanto por los partidos sureños –que recelaban de que se asentara en los territorios colonos antiesclavistas–, como por los del norte –que temían un abaratamiento del valor de las propiedades–. Tras el veto presidencial al proyecto federal de 1860, finalmente la secesión de los estados sureños allanó el camino para que el Congreso de los EE. UU. aprobara –en plena guerra civil– la *Homestead Act* de 20 de mayo de 1862, promulgada por el presidente Abraham Lincoln, que tiene por objeto fomentar los asentimientos agrícolas en las tierras públicas federales (66).

---

(62) En concreto, la Sec. 22 del artículo 7 dispone que «*La Legislatura tendrá facultad de protejer por ley, una parte de los bienes de las cabezas de familias, contra las Ventas forzosas. El hogar de la familia no pasando de doscientos acres de tierra (no siendo dentro de una ciudad ó villa) ó un solar ó solares en una ciudad ó villa, no pasando en valor de dos mil pesos no será sujeto á venta alguna forzosa, por ninguna deuda contratada de aqui en adelante; tampoco será su dueño, siendo hombre casado, permitido á ajenarlo sin el consentimiento de su esposa, en la manera según la Legislatura, de aqui en adelante lo disponga*». Por su parte, la Sec. 28 autoriza a la Legistura a «*proveer por ley, la ecsencion de los muebles y útiles ú otros bienes pertenecientes á cada familia en éste Estado, de los impuestos; con tal que no pase su valor de doscientos y cincuenta pesos*». El texto está disponible en https://tarlton.law.utexas.edu/c.php?g=810627.

(63) El texto está disponible en https://docsouth.unc.edu/imls/texconst/texconst.html.

(64) En GOODMAN (*JAH,* p. 472) se recoge la tabla sintética de los acres o lotes que fueron adjudicados en virtud de las diferentes legislaciones estatales de h*omestead* de cada estado en el período 1839 a 1920 y se explica el impacto histórico de esta política en el funcionamiento del mercado norteamericano.

(65) FINK, *EB*.

(66) El texto está disponible en https://www.archives.gov/milestone-documents/homestead-act#transcript.

Subjetivamente, la *Homestead Act* de 1862 (Chap. LXXV) tenía por beneficiario a todo «cabeza de familia», o adulto de 21 mayor de años (salvo que se hubiera servido, al menos, 14 días en el ejercicio o la armada), de ciudadanía norteamericana o en ciernes, o persona que haya prestado servicio en el ejército o la marina de los EE. UU., siempre que no se hubieran levantado en armas contra el Gobierno de EE. UU o dado ayuda y consuelo a sus enemigos. En su favor, la ley le garantizaba –Sec. 1– la ocupación de 160 acres de tierras, cuya propiedad se adquiría al cabo de cinco años de vivir en ella y de cultivarla personalmente –no para el uso o beneficio directo o indirecto de ninguna otra persona–, o al cabo de residir en ella tan solo seis meses y de realizar mejoras, a cambio de 1,25 dólares por acre. A la solicitud, el/la interesado/a debía acompañar una declaración jurada sobre el cumplimiento de los requisitos y, previo pago de un canon de 10 dólares, se expedía un título de ocupación que, una vez transcurridos los cinco años, daba acceso a la propiedad de los bienes adjudicados. Los derechos de ocupación y de titularidad eran, además, transmisibles *mortis causa* a viudos/as y herederos (Sec. 2), siempre que se demostrara por dos testigos que (i) habían residido en la casa o cultivado la tierra durante los cinco años inmediatamente anteriores; (ii) que ninguna parte de la tierra había sido enajenada; y (iii) que habían sido leales al gobierno de los EE. EE. Cualquier cambio de residencia o su abandono durante más de seis meses antes de la adquisición de la propiedad producía la reversión de los bienes al gobierno federal (Sec. 5).

Pues bien, la *Homestead Act* de 1862 pasa por ser una de las leyes más importantes de la historia de EE. UU. por el impulso que supuso en la colonización del Oeste y en el desarrollo agrícola del país[67]. Esta ley ha representado la oportunidad de acceder a la propiedad de la tierra para muchos nuevos inmigrantes, veteranos de guerra, nativos, esclavos liberados, afroamericanos y mujeres solteras, con el resultado de que miles de colonos se asentaron en territorios como Nebrasca, Territorio Indio (después, Oklahoma) o Dakota. Se estima que hacia 1890 el gobierno federal había concedido a los nuevos asentadores 373.000 casas en unos 48 millones de acres de tierra no desarrollada[68]. Da cuenta de esta importancia que su vigencia –salvo para el territorio de Alaska, donde todavía se retrasó diez años más[69]– ha llegado hasta el mismo año 1976, cuando fue derogada por la *Federal Land Policy and Management Act* (Secc. 702),

(67) Fink, *EB*; Goodman, *JAH*.

(68) Fuente: *United States Senate* (Senado de los Estados Unidos: La Guerra Civil: La historia del Senado (senate.gov).

(69) La última concesión, fechada el 20 de mayo de 1988, corresponde a una parcela de 40 acres en Anchorage cuya consulta está disponible en https://www.archives.gov/seattle/highlights/last-homestead-in-alaska.

que puso también fin a las normativas estatales sobre asentamientos poblacionales basados en la atribución de tierra.

4.3 Las *federal exemptions* de las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*. Créditos excluidos

Pese a los vínculos de la política de *homestead* con la fundación y el crecimiento poblacional de los EE. UU., la Constitución federal norteamericana no la recogió [70]. Los términos en que se desarrolla la (in)embargabilidad de los bienes en general y de la vivienda habitual en particular, es materia de política legislativa que está dada, en principio, al respectivo legislador, de forma que muchas constituciones estatales la contemplan, con ligeras variaciones de un estado a otro.

En el plano federal, las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* permiten al deudor, en el contexto de los concursos de acreedores que supongan la liquidación del patrimonio del deudor (11 U. S. Code Chapter 7) o la restructuración de deudas conforme a un plan de pagos (11 U. S. Code Chapter 13), salvar un valor mínimo de la vivienda habitual (llamada «*equity home*») y ciertos bienes mediante las «*federal exemptions*».

Las *federal exemtions* se encuentran reguladas en el extenso 11 U. S. C. § 522 («*Exemptions*») [71]. Esta sección permite, de entrada, al deudor determinar si el régimen de inembargabilidad en el seno del proceso concursal se rige por la legislación federal o por la legislación estatal, siempre que el estado lo permita [11 U. S. C. § 522 (b)], como en Texas y en casi una veintena de estados más [72]. Esta flexibilidad permite al deudor elegir la ley más favorable entre una u otra (pero no «de una y otra»), siempre teniendo en cuenta que la protección que el 11 U. S. C. § 522 (d) dispensa no tiene por objeto directo los bienes en sí, sino ciertos valores prefijados que, en favor del deudor, quedan a salvo en todo caso. Obviamente, si el

(70) los derechos y garantías constitucionales que guardan relación con la vivienda son: (i) la inviolabilidad domiciliaria consagrada en la Cuarta Enmienda (*searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*»); y (ii) la interdicción de toda expropiación sin justa compensación (Quinta Enmienda) («*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*»).

(71) V. 11 USC 522: Exemptions (house.gov).

(72) V. O'Neill, C., «The Federal Bankruptcy Exemptions», entrada de https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-bankruptcy-exemptions-property.html [fecha de actualización: 9/22/2022].

valor de mercado del bien[73] es inferior a la suma protegida legalmente, supone la completa exoneración; pero esta exoneración solo la ha querido el legislador en determinados supuestos, como los seguros de vida o las herramientas del trabajo, oficio o profesión del deudor, que no están condicionados a ninguna cuantía máxima que condicione su inembargabilidad *tout court*. Además, existen determinados créditos que son inmunes a las *federal exemtions*, en atención a la protección de un interés preeminente en ellos.

Por ceñirnos a la *federal exemtion* que tiene objeto la vivienda habitual del deudor, nuestra atención se debe centrar en la regulada en 11 USC § 522(d)(1), que brinda una suerte de «inviolabilidad económica» al inmueble destinado a vivienda habitual, hasta un valor neto que en la actualidad es de 27.900 $. De esta *federal homestead exemption* destacan dos aspectos. Por un lado, la inembargabilidad tiene por objeto directo no el inmueble del deudor en cuanto tal, sino un determinado *quantum* de valor del bien –que periódicamente se actualiza–, aunque, obviamente, si el valor actual del inmueble fuera menor, supondría su completa exoneración. Por otro lado, el 11 USC § 522(d)(1) refiere el objeto de este valor inembargable a todo inmueble que el deudor, su cónyuge y las personas que de él dependan para su sustento («*dependent of the debto*»)[74], usen como residencia o en régimen de propiedad horizontal o cooperativa, así como los terrenos de enterramiento del deudor o de la persona que de él dependa (*«real property or personal property that the debtor or a dependent of the debtor uses as a residence, in a cooperative that owns property that the debtor or a dependent of the debtor uses as a residence, or in a burial plot for the debtor or a dependent of the debtor»)*.

Gozan también de exención federal –entre otros– los enseres domésticos, ropa, electrodomésticos, libros, animales, cultivos o instrumentos musicales, destinados principalmente al uso personal, familiar o doméstico del deudor, cónyuge o dependiente, con un límite de 700 $ por cada artículo [11 USC § 522(d)(3)]; las joyas de uso personal, familiar o doméstico del deudor o de persona que dependa del deudor para su sustento, hasta un valor de 14.875 $ [11 USC § 522(d)(4)]; los equipos, herramientas y libros del trabajo, oficio o actividad económica del deudor o de persona que de él dependa para su sustento, hasta 2.800 $ [11 USC § 522(d)(6)]; y cualquier otra propiedad que no exceda de 1.475 $ de valor, más hasta otros 13.950 $ del valor del *homestead* que exceda de la exención

(73) Entendido como su justo valor de mercado a la fecha de presentación de la solicitud de concurso o, si la propiedad se consolidará más adelante, a la fecha de adquisición (11 USC § 522(a)(2)).

(74) Por dependiente se entiende la persona que dependa del deudor para su sustento y, además, el 11 USC § 522(a)(1) incluye a estos fines al cónyuge, sea o no dependiente económicamente del deudor.

prevista en 11 USC § 522(d)(1) $ [11 USC § 522(d)(5)]. Esta exención última recibe el nombre de «*exención comodín*» o «*wildcard*», ya que puede dedicarse a liberar cualquier bien.

Por su parte, están protegidos en su integridad el contrato de seguro de vida no vencido, siempre que no se trate de un seguro vinculado con un contrato de préstamo, sin límite de valor [11 USC § 522(d)(6)]; o los dispositivos de ayuda prescritos para la salud del deudor o de la persona que de él dependa, sin límite de valor [11 USC § 522(d)(8)].

Ahora bien, con todo, estos bienes exentos del 11 USC § 522(d) sí quedan respondiendo del cumplimiento de determinados créditos que el 11 USC § 522(c) deja a salvo y que se encuentran regulados en 11 USC § 523. De ellos cabe destacar, entre otros:

– Ante todo, la subsistencia y, por tanto, la ejecutabilidad general asignada de las deudas aseguradas con un gravamen válido sobre la vivienda, en los términos de 11 USC § 522(c)(2).

– Deudas procedentes de determinadas deudas fiscales [11 USC § 523(a)(1) y (13)], así como de ciertas multas y sanciones gubernamentales[11 USC § 523(a)(7)], salvo que estas provengan de gastos por educación y representen una carga económica excesiva para el deudor y las personas que de él dependan [11 USC § 523(a)(8)].

– Reembolsos de dinero, propiedad, servicios, o refinanciaciones obtenidas mediante engaño o falsa representación de la realidad para el financiador. A estos efectos, se consideran engañosas las deudas de consumo por bienes o servicios de lujo que sumen más de 800 $ y que hayan sido contraídas en los 90 días anteriores a la solicitud de concurso, así como los anticipos de efectivos por más de 1.100 $, que sean prórrogas de un crédito obtenido en los 70 días anteriores [11 USC § 523(a)(2)].

– Créditos deliberadamente omitidos por el deudor en su listado de deudas [11 USC § 523(a)(3)], así como los que sean resultado de fraude, malversaciones o apropiaciones ilícitas [11 USC § 523(a)(4)].

– Obligaciones por pensiones y manutenciones domésticas o familiares [11 USC § 523(a)(5)] y otros pagos debidos al cónyuge, ex cónyuge o hijos contraídos en el curso de un proceso judicial o consensual de divorcio o separación o determinados judicial o administrativamente [11 USC § 523(a)(15)].

– Indemnizaciones por daños intencionales y maliciosos causados por el deudor a otra persona o entidad o en sus bienes [11 USC § 523(a)(6)], así como las indemnizaciones por fallecimiento lesiones corporales por el uso de vehículo a motor, embarcación o aeronave bajo los efectos del alcohol o drogas [11 USC § 523(a)(9)].

– Tasas y fianzas judiciales acordadas en el seno de un proceso penal en el que el deudor haya resultado condenado, que se deriven de la presentación del asunto, moción, queja o apelación [11 USC § 523(a)(17)].

Por su parte, las *Federal Rules of Civil Procedure* –aplicables ante todos los tribunales de los EE. UU., así como en los asuntos regidos por las leyes federales, FRCP § 1– no sustraen de la responsabilidad del deudor determinados bienes o valores del deudor para garantizar su subsistencia o la de su familia, sino que remiten a la respectiva legislación procesal del estado del foro. Será, pues, la ley estatal la que determine los términos para (i) acordar órdenes de embargo preventivo y similares (FRCP § 64); y (ii) determinar los tipos y ámbitos de las medidas disponibles en ejecución de sentencia (FRCP § 69)[(75)].

Así pues, en el curso de una ejecución singular o en el seno del concurso de acreedor –a elección del deudor, si es que la ley estatal lo permite– puede aplicarse el régimen de embargabilidad y realización de los bienes del deudor de la legislación estatal. Cada legislación estatal de *homestead exemption* declaran inembargables el hogar familiar hasta cierta extensión prefijada o –como es lo más común– hasta cierto valor («*equity home*»), con exclusión –igualmente– de ciertos créditos, que gozan del beneficio de la ejecutabilidad ilimitada sobre los bienes del deudor. Por obvias limitaciones tiempo y espacio, nos centramos –por motivos históricos– en el estado Texas, para trazar un bosquejo del estado de la cuestión.

4.4 La *homestead* y las *personal property exemptions* del estado de Texas

La Constitución de Texas de 1876 regula en una extensa Sec. 50 la protección de la *homestead* de la familia o de persona adulta frente a toda subasta, mientras que en la Sec. 51 se delimita la extensión de la inembargabilidad. Todo ello se encuentra desarrollado en el *Property Code* de 1983, cuyos *Chapters* 41 y 42 reglamentan más en concreto la inembargabilidad de proyección inmobiliaria («*Interests in Land*») y los bienes inembargables del deudor (o «*personal property*»), respectivamente[(76)].

(75) Las FRCP están disponibles en https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure.

(76) El texto de la Constitución de Texas está disponible en https://tlc.texas.gov/docs/legref/TxConst.pdf. Por su parte, el Property Code puede consultarse en https://texas.public.law/statutes/tex._prop._code.

La legislación tejana sobre *homestead* se tiene por una de los más generosas de los EE. UU., aun cuando en los últimos años se ha ampliado el ámbito de los créditos que quedan excepcionados de su régimen de inembargabilidad. Este régimen consiste en la inembargabilidad de los derechos sobre determinada porción de los terrenos donde esté radicado el hogar familiar, cuya extensión en función de que estemos ante terrenos rurales o urbanos; no se basa en límites de valor o «*equity home*», como en la *homestead* federal de 11 USC § 522(d)(1) o en muchas otras legislaciones estatales[77].

El *Property Code* § 41.002, bajo el título «*Definition of Homestead*», delimita el objeto de protección de la siguiente manera:

(a) En el supuesto de vivienda urbana o mixta –es decir, con uso parcial profesional o mercantil–, goza de inembargabilidad la vivienda familiar de una familia o de una persona adulta soltera […] en no más de 10 acres de tierra que pueden estar en uno o más lotes contiguos, así como cualquier mejora en los mismos[78].

(b) Si se utiliza para los fines de una vivienda rural, la vivienda familiar consistirá en: (1) para una familia, no más de 200 acres; o (2) para una persona adulta soltera, no más de 100 acres, que pueden estar en una o más parcelas, con las mejoras en las mismas[79].

---

(77) Así, p. e., desde 1972 en el estado de Florida su régimen de *homestead exemption* sobre la vivienda habitual se basa, como en Texas, en la extensión del terreno protegido de toda persona natural y en su naturaleza urbana o rural. En la actualidad, el Article X, Sec. 4 (a) (1) de la Constitución de Florida dispone que están sustraídos a toda venta judicial forzosa, salvo por impuestos y obligaciones contraídas para la compra, mejora o reparación, el terreno destinado a vivienda habitual del propietario o de su familia hasta una extensión de 160 acres, si está ubicado fuera de zona urbana, o medio acre, en zona rural.

Por el contrario, en el estado de California la *homestead exemption* se basa en el valor, y no en la extensión, de la propiedad (*California Civile Procedure Code* §704.730). En concreto, se cifra en el mayor valor que arroje la aplicación de los dos siguientes criterios: (1) el precio de venta medio de una vivienda unifamiliar en todo el condado en el año anterior, hasta un máximo de 600.000 $; o (2) la cantidad de 300.000 $.

(78) La letra (a) del *Property.* Code § 41.002 dispone textualmente que «*If used for the purposes of an urban home or as both an urban home and a place to exercise a calling or business, the homestead of a family or a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, shall consist of not more than 10 acres of land which may be in one or more contiguous lots, together with any improvements thereon*». Téngase en cuenta la letra (c) califica como urbana toda propiedad que (1) esté ubicada dentro de los límites de un municipio; y (2) cuente con servicios de protección policial, contra incendios y al menos tres de cinco servicios municipales básicos, entre electricidad, gas natural, alcantarillado, alcantarillado pluvial y agua.

(79) La letra (b) del *Property Code* § 41.002 dispone, por su parte, textualmente que «*If used for the purposes of a rural home, the homestead shall consist of: (1) for a family, not more than 200 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon; or (2) for a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, not more than 100 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon*».

Además, a lo anterior se suman los terrenos destinados al enterramiento [*Property Code* § 41.001 (a)].

Las extensiones previstas de –según proceda– 200, 100 ó 10 acres de inembargabilidad son máximas; lo que no es poco si tenemos en cuenta que 10 acres –la extensión del hogar urbano protegido– equivalen a 4 hectáreas. En el caso de que la propiedad supere la extensión máxima protegida, el jefe de la familia y, de estar casado, su cónyuge, podrán designar voluntariamente los no más de 200, 100 o 10 acres de la propiedad inembargables [*Property Code* § 41.005 (a) y (b)]; en su defecto, el tribunal nombrará un comisionado para que haga la designación a expensas del deudor en la sentencia (Property Code § 41.021).

El régimen de la *homestead* en Texas está decididamente establecido en favor de personas naturales, como expresa el propio Article 50, sec. 50 (a) de la Constitución al referirse a esta figura como «*the homestead of a family, or of a single adult person*»[(80)], aunque es pionera en haber incluido dentro de la exención los inmuebles urbanos con usos parcialmente profesionales.

Esta protección es susceptible de inscripción en el registro público del condado, en el entendimiento de que debe tratarse de la vivienda principal o habitual del deudor. El alquiler temporal de la *homestead* no cambia su carácter de domicilio protegido si el solicitante de la casa no ha adquirido otra *homestead* (*Property Code* § 41.003); pero sí se pierde esta condición con la muerte o cuando se transmite, abandona o se traslada el domicilio habitual[(81)], aunque el *Property Code* § 41.001 (c) mantiene, en caso de venta –por subrogación real– la inembargabilidad del precio obtenido durante los seis meses siguientes a la fecha de venta de la *homestead*.

---

(80) Ya en el caso *Nash v. Conatser*, 410 S. W.2d 512 (Tex. Civ. App. – Dallas 1966) se resolvió que «*However, it is quite clear from the record that when the real property was conveyed to Conatser Properties, Inc. it lost its homestead character. It is the law of this state that when, as in this case, a business homestead is conveyed to a corporation, the stock of which is owned by the grantors, these results follow, viz.: (a) the property is no longer the homestead of the grantors, even though they may continue to occupy it; (b) valid title is vested in the corporation; and (c) the property is subject to the debts of the corporation*».

(81) En *Wilcox v. Marriott*, 103 S. W.3d 469, 472 (Tex. App.–San Antonio 2003) se resume la doctrina conforme a la cual «*To establish homestead rights, a party must show "overt acts of homestead usage, and intention on the part of the owner to claim the property as homestead." Lifemark,* 655 S. W.2d at 314. *Once property has been dedicated as homestead, it can only lose such designation by abandonment, alienation, or death. Garrard v. Henderson*, 209 S. W.2d 225, 229 (Tex. Civ. App.-Dallas 1948, no writ). *After the party has established the homestead character of the property, the burden shifts to the creditor, or in this case the Appellants, to disprove the continued existence of the homestead. Lifemark*, 655 S. W.2d at 314. *In other words, a homestead is presumed to exist "until its termination is proved." Id.* [citing *Sullivan v. Barnett,* 471 S. W.2d 39, 43 (Tex. 1971)]».

Como es de ver, el régimen de *homestead* no impide la enajenación y constitución de gravámenes sobre la granja o vivienda objeto de la protección frente a los acreedores. Lo que se impide es el embargo y la venta forzosa de la granja o vivienda, bajo sanción de nulidad [82]. Ahora bien, se trata de un régimen que no es absoluto; determinados créditos son inmunes a ella, como –según hemos visto– sucede igualmente en la legislación federal.

La propia Sec. 50 de la Constitución de Texas permite la embargabilidad de la *homestead* familiar por deudas procedentes –entre otras– de: (1) la adquisición de la casa («*the purchase money thereof, or a part of such purchase money*»); (2) los impuestos correspondientes; (3) la partición de la propiedad o su adjudicación en procedimiento de divorcio; (4) la refinanciación de ciertos gravámenes o impuestos de los cabezas de familia; (5) la realización de mejoras nuevas de la propiedad contratadas por escrito o renovación de las preexistentes, debajo determinadas condiciones; (7) las ampliaciones de determinados créditos particularmente vinculados al bien de familia, de los que destacan aquellos garantizados mediante un gravamen voluntario sobre el bien de familia constituido por la persona propietaria y su cónyuge, o mediante gravamen que solo pueda ejecutarse por orden judicial; (8) una hipoteca inversa; y (9) la conversión y refinanciación de un gravamen sobre bienes muebles garantizado por una casa prefabricada a un gravamen sobre bienes inmuebles. Cualquier otra carga contra la *homestead* no específicamente contemplada en la Constitución de Texas es nula [83].

La ley de *homestead* de Texas proporciona un elevado estándar de protección a los adquirentes de vivienda habitual (cercana a proporciones míticas, en feliz expresión de PATTERSON) [84], que incluye, dentro de la propiedad urbana protegida, usos parcialmente ajenos a lo doméstico, como los comerciales o profesionales o –va de suyo en el caso de los terrenos rurales– los agrícolas.

Adicionalmente, lo mismo que en la legislación federal la legislación tejana también atribuye también la condición de inembargables a otros bienes del deudor y su familia, que se encuentran regulados en *Property*

---

(82) A tenor del Article 16, Sec. 50 (c) de la Constitución de Texas, «*no mortgage, trust deed, or other lien on the homestead shall ever be valid unless it secures a debt described by this section, whether such mortgage, trust deed, or other lien, shall have been created by the owner alone, or together with his or her spouse, in case the owner is married…)*».

(83) *Marincasiu v. Drilling*, 441 S. W.3d 551 (Tex. App.—El Paso 2014, pet. denied).

(84) La sentencia del caso *Cadle Co. v. Ortiz*, 227 S. W.3d 831, 835 recoge esta expresión del Senador Jerry Patterson (*SMLJ*, p. 324), a propósito de la reforma constitucional tejana de 1995 que modificó los créditos excepcionados de *homestead*, donde afirmó que «*the concept of Texas homestead protection has grown to near-mythical proportions*».

Code § 42.001 y § 42.002 como «*Personal Property Exemption*». Para ello es preciso que la propiedad de la familia o del adulto que viva solo no exceda de la cantidad de 100.000 y 50.000 $, respectivamente, de valor neto de mercado justo, deducidas todas las cargas y gravámenes del inmueble (*Property Code* § 42.001); dándose esta condición, los bienes personales que quedan protegidos con la inembargabilidad son: (1) enseres del hogar y reliquias familiares; (2) provisiones para el consumo; (3) vehículos y herramientas agrícolas o ganaderos; (4) herramientas, equipos, libros y aparatos, incluidas las embarcaciones y los vehículos de motor utilizados en un oficio o profesión; (5) prendas de vestir; (6) joyas que no excedan el 25 por ciento de las limitaciones totales antedichas; (7) dos armas de fuego; (8) equipo deportivo, incluidas las bicicletas; (9) un vehículo de motor de dos, tres o cuatro ruedas para cada miembro de la familia o del adulto soltero que tenga licencia de conducir o que dependa de que otra persona le transporte; (10) los siguientes animales y forrajes disponibles para su consumo: (a) dos caballos, mulas o asnos y una silla de montar, manta y brida para cada uno; (b) 12 cabezas de ganado vacuno; (c) 60 cabezas de otros tipos de ganado; y (d) 120 aves de corral; y, por fin, (11) los animales domésticos.

4.5 **Irlanda, una muestra más de los sistemas de *civil law***

Si dirigimos ahora nuestra atención hacia el Derecho nacional de Irlanda, nos llamará la atención que, pese a su adscripción a los sistemas de la familia del *common law*, la materia de embargabilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar está sometida al mismo y restrictivo régimen que impera en los sistemas eurocontinentales de *civil law*.

En Irlanda, la protección de la vivienda resulta, por un lado, de la *Family Home Protection Act 1976, núm. 27*; y, de otro lado, de la *Personal Insolvency Act 2012, núm. 44*.

La *Family Home Protection Act* [85] define el hogar familiar o *family home* como el «*dwelling*» –es decir, en términos formales o literarios– la vivienda o residencia «*in which a married couple ordinarily reside*» o, adicionalmente, donde ordinariamente reside –o residiera antes de abandonarlo– el cónyuge de cuya protección se trate [Sec. 2 (2)]. Este concepto de vivienda familiar merece alguna aclaración ulterior. La primera es que el último inciso –originario de la ley– recoge la realidad de que los cónyuges hayan cesado en su convivencia, en cuyo caso este hecho no determina la extinción de la protección dispensada a la vivienda

(85) Disponible en https://revisedacts.lawreform.ie/eli/1976/act/27/revised/en/html.

familiar[86]. La segunda cuestión es que el concepto de «*dwelling*» a los efectos de esta ley se ha ampliado por obra de la *Familiy Law Act 1995 (26/1995)* a cualquier edificio o parte de un edificio ocupado como vivienda separada, incluido el jardín u otro terreno habitualmente susceptible de ocupación con la vivienda como terreno subsidiario y auxiliar para la comodidad o conveniencia de los moradores y no susceptible de ser utilizado para fines principalmente comerciales, así como toda estructura no anclada de forma permanentemente al suelo, y un vehículo o embarcación, ya sea móvil o no, susceptible de ser ocupado como vivienda separada, como se recoge ahora en la Subsection 2 (2). Pero, sobre todo y en tercer término, no deja de llamar la atención que la ley solo proteja *expressis verbis* a las personas casadas[87]. Y así es: el requisito del matrimonio resulta necesario no solo porque lo pide la definición de hogar familiar de la Sec. 2 de la ley, sino también porque la Sec. 12 establece el carácter no constitutivo de la inscripción registral del matrimonio, pero no permite prescindir del matrimonio en sí, por más que su inscripción pueda haberse omitido.

Es la extensa *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010* la que, de forma paralela, reserva el término de «hogar compartido» o «*shared home*» –Sec. 27– para definir «*a dwelling in which the civil partners ordinarily reside*» o donde ordinariamente resida –o residiera antes de abandonarlo– uno de los compañeros civiles, y confiere a las parejas registradas una protección cercana a la matrimonial.

Pues bien, el propósito de ambas leyes es limitar, bajo sanción de nulidad, todo acto dispositivo sobre el hogar familiar o compartido realizado por el titular del bien sin que concurra el consentimiento del otro cónyuge[88] o del/a compañero/a[89] o, en su defecto, del tribunal[90]. Pero ninguna de estas leyes llega a declarar inembargables los inmuebles en sí, ni siquiera en forma relativa hasta determinado *quantum*. Todo lo más, ambas leyes permiten solicitar de un tribunal que se adopten medidas dirigidas a evitar conductas del otro cónyuge o conviviente que puedan conducir a la pérdida de la vivienda familiar o compartida[91]; pero ya en la sentencia del caso *Containercare (Ireland) Ltd. v Wycherly* [1982] IR 143 se resolvió que esta prevención no era aplicable frente a la anotación de un embargo obtenido judicialmente.

---

(86) V. González Coloma,2019, pp. 192-193.

(87) «Las parejas de hecho, las cohabitantes o las del mismo sexo no están protegidas por la ley» (González Coloma,2019, p. 193).

(88) *Family Home Protection,* Sec. 3 (1).

(89) *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, Sec. 28.

(90) *Family Home Protection,* Sec. 9(2)(b), y *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, Sec. 4(1), respectivamente.

(91) *Family Home Protection,* Sec. 9, y *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, SEec. 30, respectivamente.

Con todo, debe advertirse de la poca frecuencia con que parece acudirse al embargo de un inmueble en Irlanda, lo que diluye el problema de la ausencia de una norma de inembargabilidad legal siquiera relativa de la vivienda habitual. En un informe nacional sobre el proceso de ejecución irlandés para el proyecto *EU Enforcement Atlas,* WALES explica que un acreedor puede solicitar que la ejecución se dirija contra la entera propiedad del deudor condenado(92), pero son raros los casos en que llega a practicarse este embargo(93). En primer lugar, porque el agente judicial en Irlanda únicamente puede embargar inmuebles libres de cargas y sucede en el Derecho irlandés que el deudor hipotecante deja de tener la consideración de propietario, por lo que la preexistencia de la hipoteca determina la falta de potestad del agente para decretar el embargo judicial. Además, otros factores limitantes son que el agente tampoco puede embargar inmuebles inmatriculados y no tiene la carga de averiguar su situación registral. Y esto conduce a que, en la práctica, existen muy pocos embargos judiciales sobre inmuebles inmatriculados y libres de cargas.

Por otro lado, si volvemos la mirada a la ley de insolvencia personal(94), tampoco existen disposiciones que eximan de los bienes liquidables del deudor la vivienda familiar o compartida. En este punto, aunque la *Personal Insolvency Act 2012*, Sec. 69(4) establece la regla de que ningún acuerdo de liquidación de deuda puede suponer la enajenación de los derechos del deudor sobre la vivienda privada principal, a reglón seguido se introducen dos salvedades cumulativas que condicionan su admisibilidad, a saber: (a) que el deudor haya obtenido asesoramiento jurídico independiente en relación con dicha enajenación o haya declinado informarse después de haber sido advertido por un profesional de insolvencia personal; y (b) que se cumplan las disposiciones relativas a la transmisión del hogar familiar o compartido que disponen la *Family Home Protection* y la *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*. Y esta última exigencia, en la medida en que exige el consentimiento del cónyuge o compañero de la persona deudora y, en su defecto, del juez, constituye un impedimento nada fácil de salvar.

5. CONCLUSIONES

A uno y otro lado del Atlántico el nivel de protección de la vivienda familiar frente al poder de agresión de los acreedores varía considerable-

(92) Wales, 2020, p. 11.
(93) Wales, 2020, pp. 15-16.
(94) Disponible en https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2012/act/44/revised/en/html.

mente sin que por ello claudique el principio de responsabilidad universal del deudor que –*universaliter*– rige el Derecho patrimonial.

Nuestro sistema jurídico sigue todavía muy pegado a una idea que nos ha llegado desde el Derecho justinianeo y que restringe la inembargabilidad de los bienes del deudor a un círculo muy reducido de bienes muebles, como el ajuar doméstico, la ropa y ciertos instrumentos de trabajo, ligados a la finalidad tuitiva de garantizar la subsistencia del deudor y su familia. Esta tradición, sin embargo, ha favorecido también la arraigada idea de que la vivienda del deudor es, como cualquier otro inmueble, legalmente embargable, aunque en la actualidad su embargo quede postergado en el artículo 592.2.7.º LEC.

Soplan tiempos para revisar esta idea secular y reformularla en términos de inembargabilidad relativa de la vivienda, hasta un determinado *quantum* de su valor de mercado.

La inembargabilidad de la vivienda solo ha cedido en España en tiempos muy recientes y en dos supuestos de limitado alcance. En el año 2013 debutó la inembargabilidad de la vivienda del «emprendedor de responsabilidad limitada» (art. 8 LAEI), cuyo balance arroja más sombras que luces. En el período 2013-2024 de vigencia de esta ley, solo 226 emprendedores se han acogido a esta figura. Por un lado, apenas ofrece ventajas frente a la creación de una sociedad de capitales. Y por otro lado, su mayor ventaja se ha configurado de forma gravemente inconveniente, por hacer depender la (in)embargabilidad *in integrum* de la vivienda de un criterio rígido y único de 300.000 € (salvo en Madrid y en Barcelona), que determina que, si el valor de la vivienda excede de esta cuantía, la vivienda es enteramente embargable. Esta inembargabilidad de la vivienda debería construirse –*de lege ferenda*– en forma relativa respecto de su valor, para que resulte embargable en lo que exceda de X euros de su valor de mercado o, dicho al revés, inembargable hasta los prefijados X euros de valor de mercado.

El segundo supuesto en el que ha cedido el artículo 1911 CC consiste en la «inembargabilidad temporal» de la vivienda habitual del concursado durante la vigencia del plan de pagos *ex* artículo 497.2.1.º LCon. Este precepto ha configurado *de facto* y *de iure* un supuesto de «inembargabilidad judicial», oponible a todos los acreedores distintos del titular del crédito privilegiado garantizado con la vivienda (hasta el límite objeto de la garantía), por obra de la aprobación judicial del plan de pagos, aunque solo mientras dure este, es decir, cinco años como máximo (luego, lo que está llamado a operar es la exoneración de deuda). Aquí la vivienda en su integridad resulta protegida frente a todos los acreedores del deudor, salvo frente al eventual titular del crédito privilegiado en cuya garantía esté constituida la hipoteca de la vivienda habitual.

El panorama al otro lado del Atlántico es muy distinto. Las *homestead exemptions* norteamericanas representan una evolución totalmente propia de la protección de la vivienda familiar en EE. UU, originada en un contexto de expansión territorial y de colonización agrícola de la tierra basada en el minifundismo. En la actualidad, las *homestead exemptions* constituyen –con la salvedad de determinados créditos que resultan inmunes a ellas– un régimen plural de inembargabilidad relativa de la vivienda familiar que debe mover a la reflexión.

Por un lado, las *federal exemptions* operan en el contexto del concurso de acreedores y confieren al deudor una protección específica sobre su vivienda de hasta 27.900 $ («*equity home*»), más una «exención comodín» en lo que exceda de aquella suma.

Alternativamente, en una veintena de Estados el deudor puede acogerse, a su conveniencia, al régimen de *homestead exemption* establecido en la legislación estatal. Las de Texas y Florida basan la inembargabilidad del inmueble familiar –también el de una persona adulta sola– en la extensión del terreno y en su carácter rural o urbano, sin que quede excluido su uso parcialmente profesional o comercial. En California, en cambio, la inembargabilidad de la vivienda habitual se mide por un criterio cuantitativo que, alternativamente y a elección del deudor, es el mayor de la cantidad de 300.000 $ o el precio de venta medio en el condado de una vivienda unifamiliar en el año anterior, hasta un máximo de 600.000 $.

Estos regímenes más amplios y tuitivos de la persona y de su familia, con independencia de su consideración de emprendedor o de consumidor y de su situación –o no– de sobreendeudamiento, abren nuevas perspectivas desde las que abordar un régimen legal equilibrado de inembargabilidad parcial de la vivienda habitual. Cuanto menos, la reflexión hay que hacerla sin postergar la dificultad que encuentran las personas naturales para acceder a la vivienda y mantenerse en ella, ni la importancia de desarrollar medidas que puedan ayudar a revertir el proceso acelerado de gentrificación y despoblación que ciertos territorios.

6. BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M. J., *Ejecución civil dineraria y no dineraria. 654 preguntas y respuestas*, Madrid, 2018.

Álvarez Martínez, G., «La segunda oportunidad para los empresarios del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 801, 2024, pp. 531-549.

Ayllón García, «Los patrimonios de afectación como mecanismo de protección del patrimonio familiar», en *Los Patrimonios de Afectación Como Instrumento de Gestión y Transmisión de Riqueza*, Tirant lo blanc, Valencia, 2020, pp. 149-170.

Bañón González, A. (coord.), *El Embargo. La Medida Judicial y su Anotación Preventiva en el Registro de la Propiedad*, ed. Tirant lo blanch, 2019.
Berrocal Lanzarot, A. I., «La ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos», en *Cuadernos de derecho y comercio,* núm. 61, 2014, pp. 59-106.
Bialostoski, S., «El *beneficium competentiae*», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 9, julio 1977, pp. 221-237.
Brancós, E., «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internalización», en *El Notario del siglo xxi*, núm. 52, noviembre-diciembre 2013, disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3590-el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-en-la-ley-de-apoyo-a-los-emprendedores-y-su-internalizacion [consulta: 30 de septiembre de 2024].
Cachón Cadenas, M., *La ejecución procesal civil,* ed. Atelier, Barcelona, 2.ª ed., 2019.
Carreras Llansana, del embargo como actividad procesal compleja de selección, afección y garantía de la traba de bienes a un concreto proceso (v. su El embargo de bienes, Barcelona, 1957.
Casero Linares, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., L'Hospitalet de Llobregat, 2012.
Consejo General del Poder Judicial, *Justicia Dato a Dato* 2023, disponible en https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/ESTAD%C3%8DSTICA/FICHEROS/Justicia%20Dato%20a%20Dato%20-%20A%C3%B1o%202023.pdf [consulta: 24 de septiembre de 2024].
Cuena Casas, M., «Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015, pp. 329-346. Disponible en Docta Complutense: https://hdl.handle.net/20.500.14352/24260 [consulta: 30 de septiembre de 2024].
— «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Actualidad Civil*, núm. 9, Septiembre de 2023.
— «Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual», en *El Notario del siglo xxi*, septiembre-octubre 2022. Disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-105/11621-reforma-concursal-segunda-oportunidad-y-ejecucion-de-la-vivienda-habitual [consulta: 30 de septiembre de 2024].
Díaz-Bautista Cremades, A., *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano: (pignus in causa iudicati captum)*, 2013.
Fernández de Buján, A*., Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006.
Fernández Domingo, J. I., «El "homestead". Una legislación de ida y vuelta», en Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, coord. J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, vol. II, Valencia, 2006, pp. 1325-1347.
Fernández-Ballesteros, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2001.

FINK, R., «Homestead Act of 1862», en *Encyclopedia Britannica*, 27 Aug. 2020, disponible en https://www.britannica.com/topic/Homestead-Act [consulta: 1 de octubre de 2024].

GOMÁ LANZÓN, F., «El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de derecho inútil», *Blog Hay Derecho*, disponible en: https://www.hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/ [consulta: 30 de septiembre de 2024].

GONZÁLEZ COLOMA, G., *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar vivienda*, Madrid, 2019.

GOODMAN, «The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880», he Journal of American History, Vol. 80, No. 2 (Sep., 1993), pp. 470-498.

GRILLONE, A., «Las raíces de la legislación "de segunda oportunidad" en las fuentes romanas, en Stracca y en el derecho medieval español», en *Estudios en torno al tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive dococtoribus) de Benvenuto Stracca,* BLANCH NOUGUÉS, J. M. y otros, Madrid, 2023, pp. 87-106.

LLEONART CASTRO, J., «El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad», en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. Extraordinario 2017, diciembre 2017, pp. 17-51.

LONDON, L., «The Initial Homestead Exemption in Texas», en *The Southwestern Historical Quarterly*, vol. 57, no. 4 (Apr., 1954), pp. 432-453.

MARTÍN SATISESTBAN, S. (dir), *Los patrimonios de afectación como instrumento de gestión y transmisión de la riqueza*, Tirant lo blanc, Valencia, 2020.

MORANTZ, A. D., «There's No Place Like Home: Homestead Exemption and Judicial Constructions of Family in Nineteenth-Century America», en *Law and History Review*, Summer 2006, vol. 24, No. 2, pp. 245-296.

MUÑOZ GARCÍA, A., «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», en *Diario La Ley*, núm. 8233, enero 2014.

O'NEILL, C., «The Federal Bankruptcy Exemptions», entrada de https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-bankruptcy-exemptions-property.html [fecha de actualización: 9/22/2022; consulta: 2 de octubre de 2024].

PARADISO, M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, 10.ª ed., Giappichelli, Torino, 2018.

PATTERSON, J., «Home Equity Reform in Texas Forum», en *St. Mary's Law Journal*, vol. 26, núm. 2, 1995, pp. 323-337.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (11) (2004), pp. 103-152.

PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «El beneficio de la condena limitada al *id quod debitor facere potest* en favor del insolvente», *Revista General de Derecho Romano*, 15 (2010).

PRIEST, C., «Creating an american property law: alienability and its limits in american history», *Harward Law Review*, Volume 120, Issue 2, December 2006, pp. 385-458.

Reclus, E., «Culture and property», en *Anarchy, Geography, Modernity: Selected Writings of Elisée Reclus*, trad. Clark, J. y Martin C., Oakland, 2013, pp. 202-207.

Registradores de España, *Estadística Mercantil. Ejercicio 2023*, disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/148297/Estad%C3%ADstica+Mercantil+2023.pdf/d0d6e558-3d7b-d930-04e9-9c9c8ce72c31?t=1710314897452 [consulta: 21 de septiembre de 2024].

Ríos Muñoz, L. P., *Los principios de la inembargabilidad*, Santiago de Chile, 2018.

Sánchez López, B., *Ejecución dineraria: liquidez: Embargo y realización forzosa*, Las Rozas, 2019.

— «La entrada e inspección en domicilio a efectos de embargo en el proceso civil: canon de constitucionalidad de la medida», en *Derecho procesal: Retos y transformaciones*, Bujosa Vadell, L., (dir.), pp. 453-464.

Valencia Virosta, A., «La importancia del beneficio de competencia en la Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad: antecedentes remotos y su configuración en el derecho histórico español», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 51, 2020, pp. 203-230.

Vicent Chuliá, V., «La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», en *La Notaría*, núm. 3/2013, diciembre 2013, pp. 36-61.

Wales, M., *EU. Enforcement Atlas. Ireland. Narrative National Report*, Dublin, 2021. Disponible en https://www.enforcementatlas.eu/wp-content/uploads/2021/07/eu-enforcement-atlas-ireland-report.pdf [consulta: 5 de octubre de 2024].

Wilkinson, A. E., «The Author of the Texas Homestead Exemption Law», en *The Southwestern Historical Quarterly*, Jul., 1916, vol. 20, no. 1 (Jul., 1916), pp. 35-40. Disponible en https://www.jstor.org/stable/30234694 [consulta: 30 de septiembre de 2024].

Yáñez Vivero, F., «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, pp. 1441-1480.

B. La realización forzosa de la vivienda habitual, en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria[1]

Ignacio Cubillo López
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Córdoba
dc1cubli@uco.es

Resumen: *En este capítulo se estudian las normas que regulan la fase de realización forzosa cuando el bien que se ejecuta es la vivienda habitual del deudor, distinguiendo entre las reglas de toda ejecución dineraria y las específicas de las ejecuciones hipotecarias, tras analizar previamente qué puede entenderse por vivienda habitual a los efectos de la ejecución y cuál ha de ser su tratamiento procesal.*

Palabras clave: *Vivienda habitual. Realización forzosa. Subasta. Protección de deudores hipotecarios.*

(1) Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00), dirigido por F. Gascón Inchausti y P. Peiteado Mariscal, de la Universidad Complutense de Madrid.

Abstract: *This chapter studies the rules that regulate the forced realization phase when the property being foreclosed on is the debtor's habitual residence, distinguishing between the rules of all monetary foreclosures and those specific to mortgage foreclosures, after previously analysing what can be understood by habitual residence for the purposes of execution and what its procedural treatment should be.*

Keywords: *Habitual residence. Forced realization. Auction. Protection of mortgage debtors.*

Sumario: 1. Sobre la ejecución forzosa y la vivienda habitual, en general. 2. La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución ordinaria. 2.1 Modos de realización forzosa de la vivienda habitual; el convenio de realización. 2.2 Actuaciones y comunicaciones previas a la subasta de la vivienda habitual. 2.2.1 Vulnerabilidad económica del deudor y afección de la vivienda habitual. 2.2.2 Certificación de dominio y cargas, y actuaciones con distintos sujetos relacionados con la vivienda. 2.2.3 Avalúo, depuración de cargas y fijación del precio de salida. 2.3 Procedimiento de subasta y adjudicación de la vivienda habitual del deudor. 2.3.1 Primeras actuaciones de la subasta. 2.3.2 Aprobación del remate en caso de vivienda habitual del deudor. 2.3.3 Adjudicación, pago y entrega de la vivienda habitual del deudor. 3. La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución hipotecaria. 3.1 Especialidades de la realización forzosa de la vivienda habitual dada en garantía. 3.1.1 Actuaciones previas a la realización forzosa de la vivienda hipotecada. 3.1.2 Realización forzosa de la vivienda hipotecada y pago. 3.1.3 Liberación de la vivienda hipotecada en caso de vencimiento anticipado. 3.1.4 Procedimiento adecuado para pedir el lanzamiento de la vivienda habitual. 3.2 Protección de los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual. 3.2.1 Paralización del lanzamiento del ejecutado y alquiler social. 3.2.2 Protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria. Bibliografía.

1. SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA Y LA VIVIENDA HABITUAL, EN GENERAL

Qué ha de entenderse por «vivienda habitual» es algo tratado, con carácter general, desde el inicio de esta obra (cfr. Bloque I, Capítulo d). Sobre cómo afecta este concepto a los procesos judiciales civiles, y en particular a los procesos de ejecución en su fase de realización, es la materia propia de este Capítulo. Y lo primero que debe advertirse es que la LEC no precisa cuándo se está ante un inmueble que pueda considerarse la *vivienda habitual* de una de las partes; ni tampoco señala cómo se articula este concepto o categoría dentro de las actuaciones del proceso

(es decir, cuándo debe alegarse y acreditarse, qué parte procesal tiene la carga de hacerlo, cómo puede discutirse la afirmación o negación de tal carácter, qué sucede si hay cambios al respecto durante la tramitación, etc.). Y, sin embargo, en las normas que regulan la ejecución forzosa, existen varias referencias expresas a la situación consistente en que el inmueble objeto de ejecución sea la vivienda habitual del ejecutado, lo que determina que se produzcan unas consecuencias procesales diferentes a las que acontecen cuando no se está ante dicha situación.

En concreto, los preceptos de la LEC que se refieren a la vivienda habitual del deudor u obligado, en materia de ejecución, son los cinco siguientes, por orden de numeración: artículos 575.1 bis, 579.2, 671, 693.3 y 704.1. Así:

– Dos de ellos contienen reglas específicas que operan en *toda ejecución dineraria*, sea ordinaria o hipotecaria, cuando la actividad ejecutiva afecta a la vivienda habitual del demandado, como son: *1)* el límite en la cuantía exigible al deudor en concepto de *costas* (art. 575.1 bis); y *2)* los porcentajes sobre el valor de salida en la subasta por los que puede *aprobarse el remate* en caso de que bien subastado sea la vivienda habitual del ejecutado (art. 670.3 VI). Este último precepto, al igual que otros muchos a los que nos referiremos en estas páginas, se ha visto afectado por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOMEJ).

– Otros dos preceptos son propios de las *ejecuciones hipotecarias*, para los casos en que la garantía que se ejecuta es la vivienda habitual del deudor, y tratan: *3)* de la facultad de *enervación* de la ejecución y liberación del bien, en los supuestos de vencimiento anticipado, que podrá ejercitar el deudor, sin necesidad de que le autorice el acreedor, cuando aquella se refiera a su vivienda habitual (art. 693.3); y *4)* de los beneficios –o *reducciones en la deuda*– que se aplican cuando el ejecutado ha perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria y, pese a ello, el acreedor insta una ejecución ordinaria por la cantidad pendiente de pago (art. 579.2).

– Y el último, *5)* versa sobre la ejecución consistente en la entrega de la posesión de un inmueble, que, tratándose este de la vivienda habitual del ejecutado, se le concede el plazo de un mes, prorrogable a otro, para el *desalojo*, antes de que se proceda al lanzamiento; esta norma se encuentra entre las propias de la *ejecución no dineraria*, pero también es aplicable cuando debe producirse el desalojo como resultado de la enajenación forzosa de una vivienda en una ejecución dineraria, sea esta ordinaria o hipotecaria.

A este conjunto de disposiciones de la LEC, cuyo contenido y alcance examinaremos en este Capítulo, con su debido contexto, deben sumarse las medidas de protección a los deudores hipotecarios que de un tiempo a esta parte se vienen aprobando, algunas de las cuales son de carácter procesal y afectan, precisamente, al deudor cuya vivienda habitual se ha realizado forzosamente en una ejecución hipotecaria. Nos referimos sobre todo a la *suspensión de los lanzamientos*, prevista para los colectivos especialmente vulnerables, en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (LPDH)[(2)], que se ha sido objeto de reforma reciente por el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables. Pero también aludimos a la *declaración de inembargabilidad de ingresos mínimos familiares*, recogida en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Por lo tanto, que el inmueble sobre el que se proyecta la actividad ejecutiva tenga o no el carácter de *vivienda habitual* del demandado es algo que repercute de manera relevante en el desarrollo y desenlace del proceso de ejecución, así como en el estado en que puede quedar el ejecutado tras él. Y, como decimos, la LEC guarda silencio acerca de la definición y del tratamiento procesal de esta figura, por lo que estamos ante un auténtico concepto jurídico indeterminado.

Así, en cuanto a qué debe entenderse por «vivienda habitual» de la parte pasiva de una ejecución, junto a lo ya dicho en el Bloque I, puede servirnos lo que se desprende del sentido común del término, expresado de forma sencilla como: «*Vivienda utilizada de forma efectiva y continuada o estable. En caso de disfrutar una persona de varias viviendas, se tiene por tal aquella en la que resida más de la mitad del año*»[(3)]. A efectos de la ejecución, puede bastarnos.

Y sobre el *tratamiento procesal* de esta categoría jurídica, nos atrevemos a dar unas pautas generales y breves (sin ánimo de exhaustividad), a

(2) Nótese que, de los cinco preceptos recién aludidos, fue precisamente esta Ley (LPDH) la que introdujo en la LEC dos de ellos, los artículos 575.1 bis y 579.2, así como la que reformó el artículo 693.3 y también el anterior artículo 671, precedente del actual artículo 670.3 VI (según la versión dada por la LOMEJ). Por su parte, la versión actual del artículo 704.1 se debe a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV).

(3) Esta la definición que se ofrece en el Diccionario panhispánico del español jurídico (de la Real Academia Española).

fin de que nos orienten a la hora de manejar este concepto dentro de los procesos de ejecución, y son las siguientes:

– Cuando la vivienda objeto de realización forzosa es una garantía hipotecaria, sí existe una norma de referencia, el artículo 21.3 LH, que establece desde 2013 (en virtud de la LPDH) que, *en las escrituras* de préstamo hipotecario sobre vivienda, *debe constar* si el inmueble que se hipoteca tiene o no la condición de vivienda habitual del prestatario, presumiéndose que en el momento de la ejecución perdura la condición atribuida en la escritura, salvo prueba en contrario. Por tanto, esta *presunción* opera *iuris tantum*, a favor del carácter habitual que se haya escriturado, arrojando sobre el acreedor que quiera negarlo la carga de alegar y de probar que ya no es así, lo que podrá manifestar en la demanda ejecutiva o por medio de recurso contra la resolución que recoja tal carácter y pretenda hacer efectiva alguna de sus consecuencias.

– En cambio, *si no consta* el carácter habitual de la vivienda afecta a la ejecución, sea por tratarse de la ejecución de una hipoteca constituida antes de 2013 y en cuya escritura no figura si tiene o no dicho carácter, o sea cuando se embargue una vivienda del deudor en una ejecución ordinaria y no se haya dicho nada al respecto en la resolución de embargo, en estos casos –y al contrario que en los anteriores– será *carga del deudor* afirmar y sostener que el inmueble que se ejecuta es su vivienda habitual, al ser él quien se beneficiará de que esto último quede acreditado, o quien se verá perjudicado por la falta de tal acreditación[4].

– Para acreditar que el inmueble que se realiza es su vivienda habitual, el deudor podrá servirse de los *indicios* que permiten presumir tal carácter, según la Resolución de la –antigua– Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), de 13 de febrero de 2014, y que son: que la vivienda sobre la que se proyecta la ejecución se haya fijado como el domicilio del deudor en la escritura de hipoteca a efectos de notificaciones; o que dicha vivienda conste como su domicilio en anotación registral; o que así figure en el padrón municipal[5]. Aunque la jurisprudencia insis-

(4) Así, García-Rostán Calvín, G., *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, Aranzadi, 2021, p. 25: «es evidente, no siempre consta en la escritura de propiedad que el inmueble es vivienda habitual. Si no operase tal presunción –v.gr., el bien no está hipotecado o la hipoteca es anterior a 2013, entre otros supuestos– , parece que quien alega la habitualidad de la vivienda debe aportar prueba (cabe pensar fundamentalmente en la documental) que lo acredite, correspondiendo a la contraria proporcionar algún tipo de prueba en contra, si bien la carga material de la prueba ha de recaer a nuestro juicio en cualquier caso sobre la parte pasiva de la ejecución. Es ésta, como beneficiara de las medidas legalmente previstas en relación con la vivienda –y también como consecuencia de la aplicación del criterio de la facilidad probatoria–, la que debe acreditar, más allá de toda duda razonable, cuál es el inmueble que habita con habitualidad».

(5) En este sentido, De la Rubia Sánchez, D., «La ejecución de vivienda habitual», *Revista Acta Judicial*, n.º 4, 2019, p. 16.

te en que el *carácter* de vivienda habitual no es formal (desprendido de declaraciones o de documentos fiscales o de otro tipo) sino *material*, es decir, directamente relacionado con la residencia efectiva.

– Por otro lado, si no consta que sea habitual la vivienda del ejecutado y este no lo aduce de algún modo, cabe pensar que el órgano judicial *le requiera para que manifieste* si el inmueble embargado (o hipotecado) goza de dicha condición o no, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 589.1 LEC.

– Hay *algunos decretos* dictados en el curso de la ejecución que parecen especialmente idóneos para que el letrado de la administración de justicia establezca si el inmueble que se realiza forzosamente tiene o no la condición de vivienda habitual del ejecutado, aunque las normas que los regulen no contengan ninguna indicación al respecto. Así sucede, a nuestro juicio, con el *decreto de embargo* de una vivienda, que debería recoger la información principal del bien, entre la que se cuenta sin duda tal extremo (cfr. art. 551.3 1.º LEC). O con el relativo al *edicto de la subasta* que ha de publicarse en el Portal de Subastas, y que «*incluirá las condiciones generales y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como todos los documentos que contengan datos y circunstancias sean relevantes para la misma*» (art. 646.2 I LEC), y es clara la relevancia del carácter habitual o no de la vivienda objeto de realización. Y, como momento más tardío, pero en el que se aprecia más aún la necesidad de referirse a ello, en el *decreto de aprobación del remate*, ya que, para verificar si puede aprobarse o no el remate en función de las posturas realizadas, la ley exige unas cifras distintas a la mejor postura si se trata de la vivienda habitual del deudor, según el artículo 670.3 LEC; y, consecuentemente, en el *decreto de adjudicación* (art. 670.8 LEC)[6]. Todos estos decretos son recurribles en revisión, por lo que la parte que esté en desacuerdo con el carácter que se atribuya a la vivienda del ejecutado que se realiza podrá emplear este recurso, bien directamente ante el tribunal, en los casos de decreto de embargo (art. 551.5 LEC) o de aprobación del remate (art. 670.3 V LEC), bien previo recurso de reposición, en los demás casos, siguiendo la regla general del artículo 454 bis.1 LEC.

– No existe un trámite determinado para discutir dentro del proceso de ejecución sobre la condición de vivienda habitual –o no– del inmueble perteneciente al demandado y afecto a la ejecución, tal como han puesto de relieve varios autores. Algunos reclaman que debiera preverse un *incidente* específico sobre esta cuestión, equivalente al que contemplan las

(6) Con relación al último punto, en alguna resolución de la –actual– DGSJFP, como la de 14 de abril de 2023, se afirma que el decreto de adjudicación debe aclarar si la finca subastada y adjudicada tiene o no el carácter de vivienda habitual del ejecutado, pues de otro modo no se puede examinar la legalidad de la adjudicación, de suerte que el registrador podrá denegar la inscripción del bien a favor del nuevo titular en tanto que no se efectúe tal aclaración.

normas para aclarar y debatir acerca de la situación posesoria del inmueble que se subasta (cfr. arts. 661 y 675 LEC) [7]; otros autores señalan que, por el momento, cabe aplicar las normas generales sobre incidentes (arts. 387 y ss. LEC) [8]. Estamos de acuerdo en que debe permitirse al acreedor cuestionar la atribución del carácter de vivienda habitual del deudor que se haya afirmado, al igual que el ejecutado ha de poder reaccionar en contra de la denegación de dicha condición. Pero no nos parece adecuada la vía de la oposición para denunciar este extremo, como se propuesto por cierta doctrina [9], pues este expediente se dirige a atacar la entera ejecución, y no las características de un concreto bien afecto en ella; no en vano, la oposición se plantea por motivos tasados, como es sabido (cfr. arts. 556, 557, 559 y 695 LEC), entre los que no se encuentra el carácter habitual o no de la vivienda embargada o hipotecada. Entendemos que lo propio, en la situación legal actual, es que dicha discusión procesal se suscite –cuanto antes– con ocasión del recurso frente a la resolución que atribuya o deniegue tal carácter, o mediante el planteamiento de una cuestión incidental exprofeso.

Sea como fuere, que un inmueble constituya o no la vivienda habitual del ejecutado tiene trascendencia para el proceso de ejecución. A nuestro juicio, son varias las perspectivas desde las que cabe estudiar la vivienda habitual del deudor como objeto de una ejecución. Así, puede examinarse, en primer lugar, como objeto de la *fase de embargo* de una ejecución dineraria, analizando la embargabilidad de este bien y las limitaciones que cabe adoptar al respecto. En segundo término, la vivienda habitual puede observarse como objeto de la *fase de realización forzosa* de una *ejecución ordinaria* (singular), como bien que se subasta, aunque sin descartar otros modos de realización. Unido, en tercer lugar, al estudio de las especialidades que presenta la fase de realización cuando se trata de una *ejecución hipotecaria*, junto a las medidas de protección con que cuentan los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual a través del proceso. En cuarto lugar, la vivienda habitual del ejecutado puede ser el objeto de una *ejecución no dineraria*, en los casos en que el título que se ejecuta conlleva la entrega forzosa de dicho inmueble. Y, por último, cabe el análisis de la vivienda habitual del deudor como bien integrado en la masa activa de un concurso de acreedores, para estudiar su relación con el proceso concursal.

(7) Así, García-Rostán Calvín. G.: ob. cit., p. 24.

(8) De la Rubia Sánchez, D.: ob. cit., p. 14.

(9) En este sentido, De la Rubia Sánchez, D.: *ibidem*; al que siguen otros, como Ruiz-Rico Arias, M. D., «La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal», *Diario La Ley,* n.º 10373, de 23 de octubre de 2023.

De estas cinco perspectivas, la primera ha sido ya abordada en el Capítulo precedente (a cargo de la Prof.ª Sánchez López); la última, en el Capítulo siguiente (a cargo de la Prof.ª Cuena Casas); y el tratamiento de la entrega forzosa –cuarta perspectiva citada– ha sido tratado en el Bloque XI, con ocasión de los procesos declarativos que pueden acabar en una resolución que ordena el desalojo (en especial, en el Capítulo sobre los juicios de desahucio, del Prof. Alba Cladera). De modo que el presente capítulo aborda los aspectos relativos a la fase de realización forzosa, primero en la ejecución ordinaria, y después en la ejecución hipotecaria.

2. LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA EJECUCIÓN ORDINARIA

2.1 **Modos de realización forzosa de la vivienda habitual; el convenio de realización**

A fin de situar en su contexto y poder valorar mejor las reglas que se refieren de forma específica a la *realización forzosa* de la vivienda habitual de un ejecutado, vemos oportuno realizar un recorrido por esta fase de los procesos de ejecución dineraria, dirigida a convertir en dinero los bienes previamente embargados para satisfacer al ejecutante, sin perjuicio de que nos detengamos más en las normas relativas a la vivienda habitual del deudor. Las actuaciones de esta fase, también llamada «procedimiento de apremio», se regulan en los artículos 634 a 680 LEC, muchos de los cuales, como decimos, han sido modificados por la LOMEJ, lo que abunda en la necesidad de referirnos a estas normas.

Cuando el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, la realización forzosa se efectuará a través de alguno de los sistemas de venta o *enajenación forzosa* que recoge el artículo 636 LEC, y que en la actualidad son dos: o el *convenio de realización*, que prima sobre la subasta, en caso de producirse; o la *subasta judicial*, si no se acuerda otra cosa, ya que estas subastas son el medio ordinario y subsidiario de realización forzosa, al que se acude por defecto (de no haber convenio de realización). Por este motivo, embargada una vivienda, el letrado de la administración de justicia ha de iniciar de oficio los trámites para que sea subastada, que sólo se interrumpirán si las partes pactan otro modo distinto de realización antes de la venta efectiva de la vivienda (art. 636.3 LEC) [(10)].

(10) Hasta 2025, la LEC contemplaba también como modo distinto de realización forzosa la *venta por persona o entidad especializada*, a la que se aludía en el artículo 636 y que se regulaba específicamente en el artículo 641. Esta última norma ha sido derogada por la LOMEJ, y el contenido

Antes de entrar en las normas de la subasta, modo de realización en el que nos centraremos por ser el más habitual y el residual, hacemos una breve referencia al *convenio de realización*, que se regula en el artículo 640 LEC.

Este convenio consiste en un acuerdo al que pueden llegar las partes –y quienes acrediten tener un interés directo en la ejecución– en virtud del cual concretarán quién se ocupará de la venta forzosa de la vivienda, a través de qué medio y en qué condiciones. Puede encomendarse la enajenación a una persona o entidad expertas en el mercado de la vivienda; así como puede acudirse a fórmulas de subastas extrajudiciales, a cargo de Procuradores, Notarios o Registradores, o cargo de casas de subastas privadas, de forma que cada uno siga sus propias reglas; o pueden buscarse personas interesadas en adquirir la vivienda embargada por un precio mayor que el que se obtendría presumiblemente en la subasta judicial. Ahora bien, se requiere que *el convenio sea aprobado* por el letrado de la administración de justicia que esté tramitando la ejecución, mediante decreto, y para ello, por cuanto afecta a bienes susceptibles de inscripción registral, es preciso que los acreedores y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho con posterioridad al del ejecutante den su conformidad expresa al acuerdo de realización que se plantean las partes (art. 640.2). El nuevo artículo 640 ya no menciona la necesidad de una comparecencia, a la que se convoque a todos los afectados, por lo que el consentimiento tanto de las partes como de acreedores posteriores y terceros poseedores podrá recabarse por escrito.

Aprobado el convenio, se suspenderá la ejecución de la vivienda a la que afecte. Y se harán las gestiones oportunas para que esta pueda venderse según lo acordado, sin que la ley establezca un plazo para hacerlo, aunque este puede pactarse. Conforme al artículo 640.3, si el acuerdo no se cumple en los términos convenidos, el acreedor podrá pedir que se alce la suspensión de la ejecución y que se convoque la subasta. Y si, por el contrario, el convenio se cumple y con lo obtenido se satisface enteramente al ejecutante –de modo que se pague el principal y los intereses

---

sustancial de esta figura puede recogerse ahora en un convenio de realización, tal como dispone el artículo 640 LEC en su versión actual y veremos enseguida. Conforme al derogado artículo 641 LEC, para acudir a la venta del bien embargado por alguien especializado, debía pedirlo el ejecutante, o el ejecutado con el consentimiento del ejecutante, y había de aprobarlo –por diligencia de ordenación– el letrado de la administración de justicia. Así, se solicitaba a una persona o entidad, pública o privada, que fuera especialista y operase en el mercado específico de esta clase de bienes, que se ocupara de la enajenación forzosa, de ordinario a cambio de un precio o de un porcentaje de la venta. El problema era que la persona o entidad encargadas tenían que prestar *caución* para responder del cumplimiento del encargo, salvo que fuesen una entidad pública o un Colegio de Procuradores, los cuales estaban eximidos; requisito este que ya no se exige en el artículo 640 LEC. Además, la venta –que también debía ser aprobada por el letrado de administración de justicia, pero por decreto– tenía que producirse por un *precio mínimo*, equivalente al de las subastas judiciales de inmuebles, y este límite tampoco existe en el nuevo artículo 640 LEC, como diremos a continuación.

que se le deban, más las costas– el letrado de la administración de justicia archivará la ejecución. Pero, antes, *la enajenación debe ser aprobada* con un nuevo decreto, equivalente al decreto de adjudicación en las subastas judiciales. Y para que pueda aprobarse, han de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 640.4: el adquirente debe conocer la situación registral de la vivienda que se deriva del certificado de dominio y cargas (del art. 656); son aplicables las normas legales sobre subsistencia de cargas anteriores a la del ejecutante (art. 670.5) y cancelación de las cargas posteriores (art. 674); no se establece un precio mínimo para la venta respecto del valor de salida (a diferencia de lo previsto en el art. 670), pero sí se requiere que conste el consentimiento expreso de los acreedores posteriores y terceros poseedores respecto de esta venta; han de respetarse las normas sobre distribución de las sumas recaudadas, inscripción de los bienes adquiridos y mandamiento de cancelación de cargas, propias de las subastas judiciales, y dispuestas respectivamente en los artículos 672, 673 y 674 LEC (como después veremos).

2.2 **Actuaciones y comunicaciones previas a la subasta de la vivienda habitual**

Como hemos dicho, tras el embargo de la vivienda habitual del ejecutado, se iniciarán las actuaciones preparatorias de la subasta judicial, sin necesidad de que las partes lo pidan, y a menos que estas soliciten un medio de realización forzosa distinto. La subasta judicial de una vivienda sigue las reglas establecidas para la subasta de inmuebles, dispuestas en la sección de la LEC integrada por los artículos 655 a 675, que a su vez tendrán como base los preceptos de la subasta de bienes muebles, artículos 643 a 654, para todo aquello que no tenga una regulación específica (cfr. art. 655).

2.2.1 *Vulnerabilidad económica del deudor y afección de la vivienda habitual*

La LDV, en su Disposición final quinta, modificó la LEC, introduciendo en ella varias actuaciones que tiene –o tenía– que efectuar o comprobar el órgano judicial antes de dar comienzo a la subasta, en aras de proteger al deudor vulnerable. El primer precepto que nos encontrábamos era el ar-tículo 655 bis, relativo a los casos en que el bien objeto de subasta era la vivienda habitual del ejecutado. Este precepto disponía que cuando eso ocurría y el ejecutante fuese una empresa de vivienda o un «gran tenedor

de vivienda»[11], para que pudiera iniciarse la vía de apremio, era preciso que el actor acreditara, bien que no constaba la situación de vulnerabilidad económica del demandado, conforme a lo dispuesto en el artículo 655 bis.1, bien que, constando dicha situación, el acreedor había intentado poner remedio al conflicto que podía desembocar en la pérdida de la vivienda del deudor acudiendo previamente a un procedimiento extrajudicial, de conciliación o intermediación, establecido al efecto por las Administraciones Públicas, y según se ordenaba en el artículo 655 bis.2.

> La regulación, de inicio, nos pareció innecesariamente compleja, además de voluntarista e inefectiva, pues el procedimiento que se exigía como requisito previo para poder abrir la vía de apremio no dejaba de ser un mecanismo autocompositivo, en el que la solución se hacía depender de la voluntad de acuerdo de las partes implicadas[12]; y si el acreedor ha llegado hasta el punto de formular demanda ejecutiva, instando el embargo de la vivienda del deudor, es de suponer que no ha encontrado antes otros modos de resolver la controversia.
>
> Nótese que la acreditación que se requería en el artículo 655 bis LEC se exigía como requisito para poder dar comienzo a la vía de apremio o fase de realización forzosa. Tratándose de la ejecución ordinaria, estos extremos se habían podido acreditar desde el inicio, con la demanda ejecutiva; pero también podía hacerse con posterioridad, una vez que se constatase el embargo de la vivienda habitual del ejecutado. En cambio, en las normas de la ejecución hipotecaria, tales acreditaciones se configuraban como requisitos que condicionaban la admisión de la demanda (cfr. art. 685.2 LEC, también introducido por la LDV), pues en estos procesos no hay fase de embargo, sino que el bien –la vivienda– ya se encuentra identificado, localizado y afecto a la ejecución.

Sin embargo, estos preceptos han sido declarados inconstitucionales (de ahí que utilicemos el pretérito al referirnos a ellos), pues la STC 26/2025, de 29 de enero, ha resuelto que dichos requisitos condicionan el derecho a la tutela judicial efectiva, al suponer cargas desproporcionades para el

---

(11) El artículo 655 bis.1 se remitía al artículo 439.6 b), ambos LEC, para la definición de qué ha de entenderse por «gran tenedor» de vivienda, pero este último a su vez se remite al artículo 3 k) LDV, que es donde se define tal concepto, como «*la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros*».

(12) En este sentido se pronuncia Ruiz-Rico Arias, M. D., (*ibidem*), quien critica el escaso alcance de las medidas de protección establecidas por la LDV con relación a la ejecución forzosa; y, en particular, «la medida del nuevo artículo 655 bis LEC no resulta tampoco especialmente beneficiosa para los sujetos en situación de vulnerabilidad económica, ya que lo único que se prevé es que se obligue a la acreedora a someterse a un procedimiento de conciliación o intermediación. Como es sabido, ese procedimiento no es de arbitraje, y por tanto no saldrá de él nada que no haya consentido la entidad financiera ejecutante, por lo que a la postre todo sigue en manos de esta última».

ejercicio de este derecho, por muy loable que pudiera ser el objetivo del legislador, de coadyuvar a encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad. El Tribunal Constitucional basa su argumentación en los requisitos de procedibilidad establecidos en los artículos 439.6 c) y 7 LEC, incorporados por la LDV y aplicables en los procesos declarativos. En particular, respecto al artículo 439.6 c), que exigía al demandante considerado gran tenedor acreditar la situación de vulnerabilidad económica del demandado, se concluye que esta exigencia suponía una restricción desproporcionada al acceso a la justicia. A raíz de esta valoración, el TC extiende también la declaración de inconstitucionalidad al artículo 439.7, que introducía como requisito de procedibilidad un intento de conciliación previo, al depender este de la validez del precepto previamente anulado. Finalmente, el TC amplía dichos motivos de inconstitucionalidad, *mutatis mutandi*, a los artículos 655 bis y 685.2 LEC, de la ejecución ordinaria, uno, y de la ejecución hipotecaria, el otro, pues, al fin y al cabo, eran idénticos a los previstos para el proceso declarativo.

2.2.2 *Certificación de dominio y cargas, y actuaciones con distintos sujetos relacionados con la vivienda*

Es conocido que buena parte de las actuaciones que son propias de la subasta de un inmueble tienen como punto de partida la *certificación de dominio y cargas*, regulada en el artículo 656 LEC y que el letrado de la administración de justicia solicitará de oficio al registrador de la propiedad; en ella figuran la titularidad de todos los derechos reales que existen sobre el bien, así como todas las cargas que lo gravan o, en caso contrario, que está libre de cargas. Las actuaciones posteriores del tribunal se efectuarán en función del contenido de esta certificación, que también podrá solicitar el procurador del ejecutante, una vez que se ha anotado el embargo y si está facultado por el letrado de la administración de justicia. La certificación de dominio y cargas se expedirá en formato electrónico y su expedición genera una nota marginal, para que quien consulte el Registro a partir de entonces sepa que sobre el bien recae un procedimiento de realización forzosa. Cualquier incidencia que afecte a la información que contiene la certificación expedida o que la modifique debe ser comunicada telemáticamente por el registrador al letrado de la administración de justicia, así como al Portal de Subastas.

En la misma resolución en que mande expedir la certificación de dominio y cargas, el letrado de la administración de justicia requerirá al ejecutado para que *aporte los títulos* de que disponga sobre la vivienda embargada, si esta se encuentra inscrita en el Registro (art. 663 LEC). Si el

ejecutado se resiste a proporcionar los títulos, el letrado le puede apremiar a que lo haga, u obtenerlos de los registros o archivos en que se encuentren, si fueran públicos, para lo que también podrá facultar al procurador del ejecutante (art. 664 LEC). De no lograrse los títulos de propiedad, el ejecutante podrá instar que la subasta se convoque sin que se supla esta falta, indicando tal circunstancia en el edicto que se publique anunciando la subasta (art. 665 LEC). Estas actuaciones, previstas en los artículos 663 a 665 LEC, tienen mucha importancia de cara a obtener un precio razonable por la vivienda en la subasta, ya que, si los posibles postores no tienen la seguridad de que podrán inscribir su compra porque no existe la documentación que acredite que adquieren el bien de quien es dueño, no concurrirán a la subasta o, si lo hacen, tenderán a ofrecer un precio muy por debajo del valor real del bien. Aun así, es frecuente en la práctica la subasta de inmuebles cuyos títulos de propiedad no están publicados en el Portal de Subastas. Y la deficiente información que acompaña a la celebración de subastas judiciales es una de las razones de la escasa afluencia de postores y de la baja cuantía de las ofertas.

La LEC prevé una serie de actuaciones que se efectuarán con personas que, por diferentes motivos, se encuentran en relación con la vivienda que va a ser subastada y que son distintas del acreedor y el deudor; se recogen en los artículos 657 a 662 y cabe sintetizarlas en las que siguen.

En primer lugar, si de la certificación de dominio y cargas resulta que la vivienda embargada está inscrita a nombre de *persona distinta del ejecutado*, el letrado de la administración de justicia alzará el embargo, siempre que el titular registral no sea el causante por cuyas obligaciones se sigue la ejecución contra su heredero o no deba ser conceptuado como tercer poseedor (art. 658 LEC).

Si en la certificación se aprecia que existen *créditos anteriores y preferentes* al del ejecutante respecto de los que figura anotada una carga o gravamen sobre la vivienda objeto de subasta, el letrado de la administración de justicia se dirigirá a los titulares de estos créditos para que informen sobre la subsistencia, cuantía y condiciones de dichos créditos (art. 657 LEC). Esta petición resulta muy relevante para la fijación del precio de salida del bien, y ha sido objeto de reforma por la LOMEJ, como veremos enseguida.

Si existen *derechos posteriores* al del ejecutante, con cargas anotadas sobre la vivienda que se subasta al tiempo de expedir el certificado del artículo 656 LEC, el registrador, cuando lo expida, comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de tales derechos, para que sepan que se ha abierto un procedimiento de apremio sobre el bien y puedan ejercitar los derechos que les confiere la ley, como participar en el avalúo, o subrogarse

en la posición del ejecutante satisfaciendo antes del remate el importe total del crédito, intereses y costas del ejecutante (art. 659 LEC) [13].

En cambio, a los titulares de derechos que no solo sean posteriores al derecho del ejecutante sino que además estén anotados en el Registro con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas, no se les hará comunicación alguna, ya que, al inscribir su derecho, tendrán a la vista la certificación que se ha expedido (en la nota marginal a que alude el art. 656.2 LEC) y a través de ella conocerán la existencia del proceso de ejecución; pero sí podrán intervenir en el avalúo y en las actuaciones que les afectan, si acreditan su anotación ante el letrado de la administración de justicia (art. 659.2 LEC).

El artículo 661 LEC prevé que, si la vivienda está ocupada por *arrendatarios u ocupantes de hecho*, el letrado de la administración de justicia –o el procurador del ejecutante que lo solicite– les notificará la ejecución, con un plazo de diez días para que presenten los títulos que justifican su posición respecto del bien. El ejecutante, antes de que se anuncie la subasta, puede solicitar al tribunal que declare que los ocupantes no tienen derecho a permanecer en la vivienda después de la enajenación; para ello, se sustanciará una vista ante el juez, en la que los ocupantes tendrán que alegar y probar que tienen título suficiente para fundamentar la posesión de la vivienda. A la vista de los títulos aportados, el juez decidirá mediante auto irrecurrible si los ocupantes tienen derecho o no a continuar en ella una vez que se venda en la subasta; y en caso de que se estime que tienen tal derecho, quedarán a salvo las acciones que pueda ejercitar el futuro adquirente.

> Del resultado de este incidente y de cuál sea en general la situación posesoria de la vivienda debe darse noticia en los distintos medios por los que se anuncie la subasta. Sin embargo, y a pesar de estas previsiones, que pretenden proporcionar conocimiento sobre la situación de la vivienda a los posibles postores y aumentar la seguridad y con ello las ofertas, la realidad es que en muchos casos la casilla relativa a la situación posesoria del bien en el Portal de Subastas está rellenada con un lacónico «no consta» [14].

---

(13) Conforme al artículo 659.3 LEC, si un acreedor posterior al ejecutante satisface el crédito de este y se subroga en su posición, para que esta subrogación sea oponible a terceros, tendrá que inscribirse tanto al margen de la anotación del gravamen en que se subroga, como al margen de la anotación de su propio crédito; y para que procedan estas inscripciones, será preciso presentar en el Registro acta notarial de la entrega de las cantidades adeudadas al ejecutante, o bien el oportuno mandamiento del letrado de la administración de justicia encargado de la ejecución.

(14) Desde 2013, la LAU dispone que el contrato de arrendamiento de vivienda se extingue cuando el bien inmueble se enajena forzosamente como consecuencia de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial; a menos que el derecho del arrendatario estuviese inscrito en el Registro con anterioridad al del ejecutante, en cuyo caso el arrendamiento continuará durante la duración pactada y anotada. Además, hay que tener en cuenta que la LAU contempla el derecho de adquisición

Por último, si tras la anotación del embargo o de la nota marginal sobre la expedición del certificado de dominio y cargas, y antes de que se apruebe el remate o de que se adjudique la vivienda en la subasta, el bien se transmite a un tercero, este adquirirá respecto del proceso de ejecución la condición de *tercer poseedor*, al que la ley concede los mismos medios de defensa que al ejecutado (cfr. art. 538.3 LEC). En este sentido, si el nuevo titular acredita ante el juzgado la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos y que se le dé traslado de las actuaciones, como a una parte más del proceso (art. 662 LEC) [15]. De este modo, la vivienda afecta a la ejecución ya no pertenecerá al ejecutado y en consecuencia no se aplicarán las reglas previstas para los casos de vivienda habitual del deudor.

2.2.3 *Avalúo, depuración de cargas y fijación del precio de salida*

Operación común y necesaria en los distintos modos de venta forzosa –y no sólo en la subasta– es el *avalúo*, con el que se trata de dar un valor económico al bien embargado y que sirve como punto de partida para las actuaciones propias de la enajenación forzosa. La regla general es que el bien tendrá el valor que acordasen las partes antes de iniciar la ejecución, o el que pacten pendiente el proceso (art. 637 LEC). Si no se produce tal acuerdo, el letrado de la administración de justicia nombrará un perito tasador, como tercero imparcial, con conocimiento sobre la valoración de viviendas y sin interés en el procedimiento (art. 638 LEC).

La tasación debe realizarse por el perito en ocho días desde que acepta el encargo, atendiendo al valor de mercado de la vivienda, y sin tener en cuenta –de inicio– las cargas y gravámenes que puedan pesar sobre ella, que se descontarán después por el letrado de la administración de justicia, según dispone el artículo 666 LEC y veremos a continuación. Pre-

---

preferente del arrendatario cuando se venda el inmueble arrendado. Y es doctrina clásica y estable de la DGRN –hoy día DGFPSJ– que la subasta judicial se asimila a una venta, de modo que, para que el adquirente del bien pueda inscribir su nueva titularidad en el Registro, es necesario que al arrendatario se le hayan hecho las notificaciones previstas en la LAU a los efectos de que pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente. Si el contrato de arrendamiento se inscribió en el Registro antes del derecho que se ejecuta, el arrendatario no solo podrá permanecer en el inmueble tras la subasta, sino que también le será posible ejercitar su derecho de retracto si no le fue ofrecida la adquisición preferente –antes de que celebrase la subasta– en los términos previstos en la LAU.

(15) Entre el deudor y el tercer poseedor existe una notable diferencia, ya que el deudor responde con todo su patrimonio y, en cambio, el tercer poseedor solo responde con el bien que ha adquirido, afecto a la ejecución. Pero la ley quiere que tengan las mismas oportunidades defensivas y así se ratifica en la STC 208/2015, de 5 de octubre, que considera lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva denegar a un tercer poseedor la posibilidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones, al considerar que no era parte de proceso.

sentada la tasación ante el tribunal, y notificada a las partes, estas podrán formular alegaciones, así como aportar otras tasaciones, durante un plazo de cinco días; transcurrido el cual, el letrado de la administración de justicia decidirá sobre la valoración del bien mediante decreto, recurrible en revisión, conforme a las reglas generales (art. 639 LEC).

Así, en el avalúo deben poder intervenir no solo partes sino también los acreedores posteriores al ejecutante, a los que se permitirá hacer alegaciones sobre la tasación presentada y aportar otras distintas (art. 639.4 LEC), pues sin duda tienen interés en que se fije un precio adecuado para la vivienda, puesto que solo cobrarán su crédito con cargo a dicho bien si queda remanente tras la aprobación del remate, como después diremos (cfr. art. 672 LEC)[16].

Efectuado el avalúo, del que resulta un *valor de tasación*, no puede desconocerse que, tratándose de bienes inmuebles como es la vivienda habitual, su valor real varía mucho en función de las cargas y gravámenes que pesen sobre el bien. Por ello, la LEC establece que el letrado de la administración de justicia debe *deducir*, del valor de tasación, el importe de *todas las cargas anteriores* a la anotación de embargo del ejecutante que consten en el Registro, a fin de fijar el precio de salida o *valor de subasta* (art. 666).

> Es sabido que los derechos reales y actos jurídicos relativos a bienes inmuebles que tienen acceso al Registro se rigen, en caso de conflicto entre ellos, por el principio de *prioridad registral*. Así, el ejecutante puede obtener en su proceso de ejecución la venta de un bien que tiene cargas anteriores a la suya; pero estas cargas, por el hecho de ser anteriores –en el sentido de haberse inscrito con anterioridad a la suya, puesto que la fecha que marca la prelación es la de inscripción, y no la del hecho, acto o negocio que haya dado lugar a la misma–, tienen derecho a obtener la satisfacción sobre el bien antes que la carga del ejecutante. El modo de hacer efectivo este derecho es transmitiendo el bien en la subasta con la carga preferente a la del ejecutante, que por tanto se conservará y será asumida por el adquirente (*sistema de conservación de cargas preferentes*); pero el bien, en tanto que aún responde de esta carga previa, tendrá un valor económico menor, y esto se traduce –como decimos– en que, a la hora de fijar el precio de salida, debe restarse la carga anterior del valor de mercado del bien. El principio de prioridad registral es complementario con el de *publicidad registral*; el eje-

(16) Aunque el artículo 639.4 LEC alude a la intervención de acreedores posteriores únicamente en las tasaciones periciales, la doctrina apunta que también habría que darles vista del avalúo y la oportunidad de intervenir cuando este se efectúa por acuerdo de las partes. Si la carga del ejecutante es una hipoteca, no habrá problema, porque el acreedor posterior habrá visto en el Registro –al inscribir su crédito– la tasación del bien; pero si la carga del ejecutante es de otro tipo, y pacta con el ejecutado la tasación del bien, parece oportuno que el acreedor posterior tenga también entonces la opción de impugnar la tasación pactada.

cutante, al inscribir la carga en virtud de la que se ejecuta, conocía la existencia de cargas anteriores y tomó sus decisiones contando con ellas.

Para realizar esta actuación, el letrado de la administración de justicia practicará de oficio la operación conocida como *depuración de cargas anteriores*, es decir, se dirigirá a los titulares de cargas anotadas con anterioridad a la del ejecutante, así como al ejecutado, para que informen sobre la vigencia y estado de dichas cargas, es decir, para conocer si están extinguidas –y no se ha cancelado la inscripción correspondiente– o si están aminoradas –porque se han ido satisfaciendo principal e intereses– y en cuánto. Conforme al artículo 657 LEC, reformado en 2025:

– En caso de que el crédito se hubiera satisfecho íntegramente en virtud de subrogación, el pagador ha de identificarse e informar del estado actual de su crédito (así se dispone con novedad en el art. 657.1).

– Si hay conformidad entre los acreedores anteriores y el ejecutado, y el ejecutante lo pide, el letrado de la administración de justicia expedirá un mandamiento al registrador para que adecue el Registro al estado real de las cargas (art. 657.2) [17].

– Si acreedores y ejecutado difieren sobre la existencia y cuantía del crédito, son convocados a una vista ante el tribunal, que resolverá mediante auto irrecurrible. Y hay que entender que esta resolución se dictará –aunque se señale en el precepto– a los solos efectos de la ejecución (art. 657.2).

– Si los sujetos requeridos no contestan en diez días, el letrado de la administración de justicia podrá reiterar el requerimiento, con el apercibimiento de que, si no informan, les puede imponer las multas previstas en los artículos 589 y 591 LEC (art. 657.3). Esta medida es igualmente novedosa y no sabemos si en la práctica resultará efectiva. Ha sustituido a la previsión anterior, en virtud de la cual, ante la falta de respuesta, se entendía que la carga se encontraba actualizada en los términos que se dispusiese en el título preferente; lo cual era muy arriesgado, aunque se hiciera únicamente «*a los solos efectos de la ejecución*» (y aquí sí se decía de forma expresa), ya que el adjudicatario de la vivienda en la subasta responde con el bien por el valor real de las cargas, que puede ser distinto del calculado por el letrado responsable de la ejecución, de modo que la compra tenía un factor de incertidumbre, nada bueno para el éxito

(17) En la práctica, esta operación no es sencilla, puesto que implica modificar una anotación registral como consecuencia de un proceso de ejecución en el que no es parte el acreedor al que beneficia tal inscripción. Es frecuente, por tanto, que los registradores denieguen la rectificación prevista en el mandamiento judicial, salvo que estén documentados con claridad el consentimiento del acreedor y la representación que ostenta quien lo otorga, caso de ser el acreedor persona jurídica.

de la subasta. No obstante, tras la reforma legal, el artículo 657.3 LEC no indica qué cuantía del crédito preferente se toma como referencia a la hora de descontarlo del valor de tasación, si, pese a las intimaciones, sigue sin haber respuesta[18].

Una vez efectuada esta depuración de las cargas, la vivienda saldrá a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de todas las cargas anteriores y preferentes a la del ejecutante, de las que el bien sigue respondiendo (art. 666.1 LEC). Si el valor de tales cargas supera al de la vivienda, o el valor de esta es tan bajo que ni siquiera se cubrirían los gastos de la subasta, el letrado de la administración de justicia suspenderá la ejecución sobre el bien a la espera de que aumente su valor económico o que disminuya el de las cargas (art. 666.2 LEC). Y aunque la ejecución sobre la vivienda se encuentre suspendida, este bien continuará embargado y el ejecutante tendrá que estar atento a la prórroga de la anotación preventiva.

2.3 **Procedimiento de subasta y adjudicación de la vivienda habitual del deudor**

2.3.1 *Primeras actuaciones de la subasta*

La subasta *se convocará* y *se anunciará* a través de las publicaciones electrónicas previstas para la subasta de bienes muebles (arts. 644-646 LEC), a las que remiten los artículos 667.1 y 668.1 LEC; aunque, tras la reforma efectuada por la LOMEJ, al ejecutado no personado se le debe comunicar por remisión del artículo 155 LEC dicha convocatoria, sin que sea suficiente la publicación en el BOE, como sucedía hasta la fecha (art. 644 III LEC).

No obstante, lo relevante es la información que figure en el *Portal de Subastas*, alojado en la página web del BOE. En este sentido, cuando se

(18) La realidad es que el éxito de esta compleja operación es difícil de alcanzar, pues requiere de la intervención de muchos sujetos –acreedores anteriores, ejecutado, ejecutante– y algunos de ellos pueden no estar interesados en ella, como el ejecutado, que rara vez participa en los procesos de ejecución, o el ejecutante, que tiene que invertir más tiempo y dinero en la actualización del Registro, actualización que puede provocarle además los problemas reseñados. El resultado es, de nuevo, que nuestro sistema resulta muy poco fiable en cuanto a la situación del bien, ya sea posesoria, económica o de estado material; y como consecuencia es muy poco apto para obtener un precio razonable sobre el bien que satisfaga el crédito del ejecutante y que permita al ejecutado recuperar el valor económico que le corresponda. Por ello, es habitual en la práctica que las entidades acreedoras no insten la ejecución de viviendas que tengan cargas anteriores a la que pretenden ejecutar, salvo que estas se encuentren vencidas por plazo y previa verificación de su cancelación económica, o que dichas cargas anteriores sean de muy pequeño importe ya en origen y el valor del bien muy superior a ellas.

subasta una vivienda, el Registro de la Propiedad que corresponda elabora una información electrónica sobre la finca, que ha de estar disponible y actualizada en el Portal de Subastas durante el tiempo en que dure el procedimiento (art. 667.2 LEC). Sobre cada finca debería constar en principio la siguiente *información* (conforme al art. 668.2 y 3 LEC): la identificación de la finca, sus datos registrales –incluido el código registral único– y la referencia catastral; la certificación de dominio y cargas; la depuración o minoración de cargas; la situación posesoria; si se puede visitar el inmueble, y toda la información gráfica y urbanística de que se disponga. Sin embargo, en la práctica, la información que figura de cada subasta es muy desigual y con frecuencia se omiten algunos de los datos –o de los enlaces– que vendrían exigidos legalmente.

En el edicto de la subasta, que también se publica en el Portal, *se advertirá de varios extremos*: de que, por el hecho de participar en ella, todo postor conoce y consiente sus condiciones, acepta como bastantes los datos de titulación del bien que existen y asume las consecuencias de que sus pujas no superen los porcentajes del tipo de la subasta establecidos en el artículo 670; además, de adquirir el bien, admite subrogarse en la posición del deudor respecto de las cargas preferentes a las del ejecutante; y queda informado de que el plazo que el ejecutado tiene para presentar a otra persona que mejore el precio resultante de la subasta comenzará a contar desde la fecha de su cierre en el Portal, sin necesidad de notificación específica (art. 668.2 II LEC).

Para ser licitador y participar en la subasta, es preciso identificarse en el Portal de subastas (art. 647.1 LEC), así como realizar a través de él un *depósito* equivalente al 20% del precio de salida fijado conforme al artículo 666, según la última reforma del artículo 669.1 LEC; aunque el letrado de la administración de justicia está facultado para moderar esa cifra, en atención a las circunstancias de la subasta. El *ejecutante* podrá participar en la subasta y hacer pujas, sin tener que pagar depósito; es más, comoquiera que la LOMEJ ha suprimido la adjudicación en pago, que antes contemplaban los artículos 670 y 671 LEC para varios supuestos, resulta que, si aspira a cobrar su crédito quedándose con la vivienda en pago, tendrá necesariamente que intervenir en la subasta y formular posturas, puesto que, una vez finalizada la subasta, no podrá elevar el precio final ofrecido por el mejor postor (art. 647.2 LEC).

Durante la celebración de la subasta, los interesados podrán solicitar al tribunal la *visita del inmueble* con el fin de inspeccionarlo, lo que se comunicará a quien lo posea, para que lo autorice. Si el poseedor de la finca lo facilita, el deudor podrá obtener una reducción de la deuda de

hasta el 2 % del valor de adjudicación del bien, que fijará el tribunal según las circunstancias y previa audiencia del ejecutante (art. 669.3 LEC) [19].

2.3.2 *Aprobación del remate en caso de vivienda habitual del deudor*

Como es sabido, la subasta se celebrará *online*, estando abierta en el Portal de Subastas durante veinte días naturales, en los que se podrán hacer *pujas*, que desde la reforma de 2025 serán *secretas*, es decir, cada postor no sabrá qué posturas hacen los demás; al acabar el plazo, el Portal sólo publicará el importe del mejor precio ofrecido, o que la subasta ha concluido sin pujas (cfr. art. 648 LEC).

Al día siguiente de que se cierre la subasta, el letrado de la administración de justicia *aprobará el remate* a favor del mejor postor, mediante decreto, siempre que la puja más alta se adecue a lo dispuesto en el artículo 670 LEC. Según este precepto, unido también al artículo 671 LEC, pueden suceder los siguientes escenarios:

a) Si la mejor postura es *igual o superior al 70 %* del precio de salida, se aprobará el remate a su favor; y el rematante tendrá entonces veinte días de plazo, a contar desde la fecha de cierre, para consignar la diferencia entre el precio aprobado y lo que depositó previamente (art. 670.1).

b) Si quien hiciese la mejor postura indicada (igual o superior al 70 % del precio de salida) *fuera el ejecutante*, se procederá a liquidar la cuantía total que se le debe por principal, intereses y costas, para que consigne la diferencia, cuando el precio ofrecido por él fuera superior a todo lo que se le adeuda; en cambio, si la deuda supera el precio del remate, se le adjudicará la vivienda subastada, pero la ejecución habrá de continuar, buscando otros bienes distintos para su realización forzosa (art. 670.2).

c) Cuando la mejor postura no alcance la cifra señalada, se abre –automáticamente– un plazo de diez para que el ejecutado *busque a alguien* que asuma la compra del bien subastado por un precio de los que resultan legalmente admisibles. Con carácter general, si el inmueble subastado no es la vivienda habitual del deudor, el artículo 670.3 permite (cfr. párrafos I y II) que el precio ofrecido por este tercero sea igual o superior al 60 % del valor de salida o, siendo inferior, cubra al menos toda la deuda. Sin embargo, cuando se trata de la *vivienda habitual* del deudor, el legislador de la LOMEJ ha querido (cfr. párrafo VI del mismo art. 670.3) que

(19) Se trata de una actuación posible pero no preceptiva y que apenas se realiza, ya que, para empezar, requeriría que estuviese aclarada la situación posesoria de la finca, y muchas veces no lo está, como se ha explicado; lo cual también provoca que se aleje de las subastas judiciales a compradores no profesionales.

nunca pueda aprobarse el remate por un precio que no alcance *al menos el 70 %* del valor de salida, o que sirva para *satisfacer la deuda* completa, pero siendo esta al menos equivalente al 60 % del precio de salida. Por tanto, este *límite* aparece como infranqueable en los casos en que el deudor vaya a perder su vivienda, y con ello se pone fin a una larga controversia, sostenida entre órganos judiciales y registradores, acerca de cómo debían interpretarse algunos supuestos de los anteriores artículos 670 y 671 LEC[20]. Es clara la finalidad tuitiva del deudor que tiene esta norma, en consonancia con lo que había sido reclamado, no sólo por las resoluciones de la DGRN (o DGFPSJ) en la polémica anterior, que ahora huelga relatar, sino también por algunos autores, que habían propuesto que el precio de adjudicación de una vivienda habitual fuese lo más cercano posible a su valor de tasación o de mercado[21].

d) Cuando la mejor postura haya sido la del ejecutante y no cumpla esos mínimos (de alcanzar el 70 % del precio de salida o de cubrir la deuda completa siendo esta igual o superior al 60 % de dicho precio), el mismo artículo 670.3 VI establece algo novedoso, y es que se apruebe el remate de la vivienda precisamente por esas cantidades: «*por el 70 por 100 del valor de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si fuera inferior a ese porcentaje, con un mínimo del 60 por 100 de su valor de subasta*». De modo que siempre que el ejecutante participe en la subasta de una vivienda habitual debe contar con que su puja, si es la única o la más alta, puede acabar traduciéndose en una suerte de adjudicación en pago por ese precio.

e) Si no hay pujas o ninguna alcanza los valores señalados, la subasta quedará *desierta*. Y en caso de subasta desierta, el artículo 671 indica que

(20) Sobre esta controversia, cfr. Sánchez López, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, La Ley, 2019, pp. 438 y ss. Y pese a que esta polémica fue en parte solucionada por la STS 866/2021, de 15 de diciembre, a cuya lectura también remitimos, hacía falta una clarificación legal sobre la cuestión, que ha venido dada por la LOMEJ.

(21) Así, García-Rostán Calvín, G. afirmaba en 2021 (ob. cit., pp. 29-30): «Según nuestro criterio, un sistema procesal razonable debe en todo caso, independientemente de quién sea el adjudicatario, exigir que la vivienda habitual se enajene por un valor más próximo al de tasación que cualquier otro inmueble. Téngase en cuenta, además, que, tratándose de la ejecución dineraria ordinaria, la tasación es actual –a diferencia de lo que puede acontecer en la ejecución hipotecaria– y se han descontado del valor de mercado las cargas y gravámenes que, por ser anteriores, subsisten tras la realización del bien. El objetivo, en consecuencia, debiera ser la obtención en la subasta de posturas cercanas al valor de tasación. Y, en defecto de tales posturas, la posibilidad de adjudicación del acreedor ejecutante tampoco debiera situarse significativamente por debajo de dicho valor». Incluso, Ruiz-Rico Arias, M. D. (ob. cit.) proponía en 2023: «creemos que una futura reforma legal debería establecer ese 70 % del valor de tasación como tope máximo infranqueable cuando estemos ante una vivienda habitual objeto de ejecución (hipotecaria u ordinaria). Es más, ese tope del 70 % puede resultar escaso, y quizás debería subir algo más, y fijarse en el 80 por ciento, para coordinarlo con lo dispuesto en el antes citado artículo 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que toma como referencia ese 80 por ciento», en referencia a la norma reguladora del mercado hipotecario que permite a las entidades financieras ampliar la hipoteca, si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%».

el ejecutado podrá pedir que se alce el embargo del bien. No obstante, se ofrece al ejecutado una última posibilidad de que busque a una persona dispuesta a pagar por él al menos el 50 % del precio de salida, o la cantidad equivalente a la deuda completa, sin que pueda ser inferior al 40 % del valor de subasta. También podrá acordar con el ejecutante que se subaste de nuevo el bien, o que se acuda entonces a otras formas de realización. Este precepto es igualmente fruto de la LOMEJ, y en él no se distingue según la clase de inmuebles, por lo que cabe la duda de si resulta aplicable a viviendas habituales: por un lado, parece que no, ya que contiene como valores mínimos para la enajenación las posturas últimas admisibles en caso de vivienda no habitual, según el artículo 670.3 IV; pero, por otro lado, al requerirse en todo caso que el ejecutado pida y quiera esas soluciones, podría pensarse en admitirlas si entiende que le interesa tratar de vender su vivienda habitual en esas condiciones.

Aprobado el remate en los casos legalmente admisibles y señalados, el rematante tendrá que abonar el precio, descontando la cantidad que ya depositó, para lo cual tiene veinte días, tratándose de bienes inmuebles. Si no lo hace, perderá su depósito y se pasará a aprobar el remate a favor del siguiente mejor postor que haya hecho la llamada «reserva de postura», es decir, que haya mantenido su depósito para ver si se completaba el precio en efecto por quien había ofrecido más que él. Si este segundo mejor postor tampoco completa el precio que ofreció, perderá su depósito igualmente, pero ya no se pasará al siguiente, sino que se entenderá que *la subasta ha quebrado*, y tendrá que repetirse, salvo que con los depósitos, que se destinan al fin de la ejecución, se satisficiera enteramente al ejecutante.

2.3.3 *Adjudicación, pago y entrega de la vivienda habitual del deudor*

Una vez consignado el precio debido por el rematante, el letrado de la administración de justicia dictará *decreto de adjudicación*, en el que expresará los datos sobre el remate, el precio consignado, así como todas las circunstancias que sean necesarias para la inscripción registral de la vivienda a nombre del nuevo titular conforme a la legislación hipotecaria (art. 670.8 LEC).

Para el orden de los pagos con el dinero que se obtenga, el artículo 672 LEC se remite al artículo 654 LEC, de manera que:

1.º) En primer lugar hay que pagar el *crédito completo del ejecutante*, incluida la liquidación de los intereses y las costas.

Para las costas, habrá que tener en cuenta el límite que establece el artículo 575.1 bis LEC, según el cual: «*en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva*». Esta norma ha provocado muchas dudas en cuanto a su alcance, ya que aparece ubicada en el precepto relativo a la determinación de la cuantía de la demanda ejecutiva, y se sitúa después de que se señale que, además del principal y de los intereses vencidos, puede reclamarse una cantidad por los intereses no vencidos y por las costas, que llegue hasta el 30% de la cuantía que sume lo anterior. No tiene sentido que el límite del 5% del apartado bis actúe sobre la cuantía resultante de aplicar el referido 30% para la parte no vencida y solo aproximada –y que también incluye las costas–[22]; sino que, a nuestro juicio, y a pesar de su ubicación, parece más bien una disposición que debe aplicarse en el momento de efectuar la liquidación final de la deuda, esto es, al calcular la cuantía que debe pagarse con el dinero obtenido tras el remate y de cara a cumplir con lo previsto en el artículo 672 LEC. Por tanto, pensamos que es en esta liquidación cuando el concepto de costas no podrá superar el 5% de lo que sumen los otros dos conceptos, es decir, el principal no satisfecho y los intereses ya vencidos en ese momento final[23].

2.º) Después, si queda dinero, se satisfarán los *créditos de acreedores posteriores*, a los que se dará un plazo –de treinta días– a fin de que acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten una liquidación de estos; de lo cual se dará traslado a las partes para que aleguen y prueben lo que convenga a su derecho, y sobre ello resolverá el letrado de la administración de justicia mediante decreto. Este decreto se dictará a los solos efectos del reparto, y los acreedores posteriores conservan las acciones que puedan corresponder para hacer valer sus derechos (art. 672.2 LEC)[24].

Por el contrario, si el dinero obtenido en la subasta no alcanza para satisfacer los créditos posteriores al del ejecutante, se procederá a *cancelar* la anotación de los embargos relativos a estos créditos, a instancia del adquirente, que adquirirá la vivienda subastada asumiendo las cargas anteriores y preferentes a las del ejecutante que graven el bien (y para ello se habrá hecho la depuración de cargas al fijar el precio de salida, según se ha visto), pero libre de las cargas posteriores, conforme al artículo 674 LEC.

---

(22) Así lo manifiesta García-Rostán Calvín, G.: ob. cit., p. 32.

(23) En una línea similar, cfr. García-Rostán Calvín, G.: ob. cit., p. 33.

(24) El inciso final del artículo 662.2 LEC señala que «*El decreto será recurrible solo en reposición y estarán legitimados para su interposición los terceros acreedores que hubieren presentado liquidación*». Sin embargo, tras la reforma operada por el RDLey 6/2023 en el artículo 454 bis.1 LEC, heredera en este punto de lo sentado por la STC 15/2020, de 28 de enero, contra la resolución de la reposición procederá recurso de revisión, ya que no puede haber decisiones de los letrados de la administración de justicia que escapen del control de jueces y magistrados.

3.º) Finalmente, si con el producto logrado en la ejecución puede pagarse al acreedor ejecutante y a los acreedores posteriores, y aún hay *remanente*, este se entregará al ejecutado –o al tercer poseedor que fuere el titular del inmueble adjudicado–.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que el decreto de adjudicación es el *título*, y que el testimonio de tal decreto equivale a la escritura pública y, por tanto, a la entrega o *traditio* del inmueble, de modo que cuando se expide este testimonio, que es el que sirve para la inscripción del bien en el Registro (art. 673 LEC), es el momento en que puede entenderse consumada la transmisión de la vivienda.

> El planteamiento anterior queda claro en la STS 414/2015, de 14 de julio, en la que se afirma: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre –y que ha pasado a ser el art. 673 tras la reforma de la LEC operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio–), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Es posible que el registrador deniegue la inscripción del decreto de adjudicación, considerando que se ha producido en el proceso de ejecución alguna de las infracciones que la LH le permite controlar. El artículo 324 LH prevé la posibilidad de impugnar ante la DGRN (hoy DGSJFP) la calificación negativa del registrador, y también la de interponer recurso directo contra ella ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia en que radica la vivienda, mediante un procedimiento que sigue los cauces del juicio verbal, con las particularidades previstas en los artículos 325 a 328 LH.

Tras la subasta y la adjudicación de la vivienda, el adquirente tiene derecho a que se le ponga *en posesión* de ella, si no está ocupada; y también si lo está por el propio ejecutado, como es lógico, o por personas respecto de las que se declaró que no tienen derecho a permanecer en el inmueble después de la subasta, según lo dispuesto en el artículo 661.2 LEC, en cuyo caso el letrado de la administración de justicia acordará el

lanzamiento. Si el ejecutante no instó esa declaración antes de la subasta, el adquirente tiene un año –desde la adquisición– para solicitarla ante el tribunal de la ejecución, pidiendo además que se acuerde el lanzamiento si el resultado de la declaración es que los ocupantes carecen de justo título. En estos casos, se citará a los ocupantes a una vista ante el tribunal, que resolverá mediante auto irrecurrible sobre el título y el lanzamiento, y que acordará el lanzamiento si los ocupantes citados no comparecen a la vista. Transcurrido el año desde la adquisición, el nuevo titular tendrá que hacer dichas peticiones por medio del proceso y ante el tribunal que correspondan. Los ocupantes pueden ejercitar sus derechos en todo caso en el proceso que corresponda (art. 675 LEC).

La entrega de la posesión efectiva de la vivienda se regula en el artículo 704 LEC, en sede de ejecución no dineraria. Además, debe tenerse en cuenta que las disposiciones recién referidas del artículo 675 LEC sufren sus alteraciones cuando se trata de una ejecución hipotecaria. Como veremos en el epígrafe 3, por un lado, si quien pierde su vivienda habitual es un deudor hipotecario, en los casos en que se halle en una situación de especial vulnerabilidad económica y en las circunstancias previstas en el artículo 1 LPDH y así lo acredite, tendrá derecho a solicitar la *suspensión del lanzamiento*. Por otro lado, tratándose igualmente de supuestos en los que el deudor hipotecario ha perdido su vivienda habitual a través de la subasta, existe una doctrina jurisprudencial del TS en virtud de la cual el *procedimiento adecuado para solicitar el lanzamiento* por el acreedor hipotecario que haya sido adjudicatario de dicha vivienda ha de ser el propio proceso de ejecución, aunque haya pasado más de un año desde la adquisición; sin que puede ser el desahucio por precario, que en cambio sí será el cauce idóneo para los adquirentes que no hayan sido parte en el proceso anterior, ni tengan relación alguna con el acreedor, como también veremos.

3. LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La vivienda habitual del deudor puede constituir la garantía de un préstamo o crédito hipotecario. En estos casos, la ejecución seguirá las reglas dispuestas en los artículos 681 a 698 LEC, que no regulan un proceso de ejecución especial en sentido estricto, pues estas normas contienen previsiones específicas para actuaciones determinadas del proceso de ejecución, aunque sean numerosas y sobresalientes, pero no un proceso de ejecución completo y especial, sometido a principios procesales distintos. El proceso de ejecución sobre una garantía hipotecaria sigue, por

tanto, las disposiciones relativas a la ejecución de condenas dinerarias, con las especialidades descritas en el capítulo propio de la ejecución sobre bienes hipotecados; y, entre ellas, por ejemplo, no hay ninguna relativa a la celebración de la subasta, de suerte que la llamada *ejecución hipotecaria* no es sino un proceso ordinario con especialidades. Emplearemos así esta denominación en un sentido coloquial y no técnico, como referencia al resultado de proyectar sobre el proceso de ejecución ordinario el conjunto de especialidades previsto por la LEC para los casos en que se pretende la exacción forzosa de una obligación dineraria garantizada con hipoteca.

En cuanto a la fase de realización forzosa, el legislador no ha introducido muchas particularidades en la ejecución hipotecaria, pero sí algunas, que afectan a la vivienda habitual del deudor cuando es el bien que se ejecuta, y que analizaremos a continuación. Después nos referiremos –aunque sea brevemente– a las normas de protección de los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual como resultado de dicha realización forzosa.

3.1 **Especialidades de la realización forzosa de la vivienda habitual dada en garantía**

3.1.1 *Actuaciones previas a la realización forzosa de la vivienda hipotecada*

En primer lugar, comenzando con las actuaciones procesales que son anteriores a la realización forzosa, la LEC hace previsiones específicas para la ejecución hipotecaria sobre tres de ellas. La primera, sobre la *certificación de dominio y cargas* (art. 688). Al despacharse la ejecución, el letrado de la administración de justicia solicitará del registro la certificación de dominio y cargas que regula para el proceso ordinario de ejecución el artículo 656 LEC. Además del contenido que se especifica en el apartado primero de esta norma para todo proceso de ejecución, el artículo 688.1 LEC ordena que, en caso de la ejecución hipotecaria, la certificación comprenda la inserción literal de la hipoteca, de manera que el letrado de la administración de justicia pueda comprobar que se encuentra subsistente y sin cancelar; si no fuere así, debe dictar decreto de archivo del proceso de ejecución, como prevé el artículo 688.3 LEC. La expedición de la certificación de dominio y cargas, como se ha dicho, se hace constar en el registro mediante nota marginal, anotación que sirve de información de que ha sido despachada ejecución respecto de la vivienda; en el caso de la ejecución hipotecaria, el segundo inciso del artículo 688.2

LEC atribuye además a la anotación de la expedición de la certificación de dominio y cargas la función de impedir la cancelación de la hipoteca por cualquier motivo diferente del proceso de ejecución.

La segunda previsión de actuaciones previas a la realización de los bienes hipotecados se refiere a la *comunicación del proceso de ejecución al titular inscrito y a acreedores posteriores* (art. 689 LEC). Puesto que mediante la ejecución hipotecaria se ejercita una acción real, una acción que se dirige contra un bien, la condición de ejecutado corresponde, no solo al deudor de la obligación garantizada, sino también al titular de la vivienda que sirve como garantía, de manera que se debe haber despachado ejecución frente a ambos. Si, por cualquier razón, con la expedición de la certificación de dominio y cargas se comprueba que no ha sucedido así y que el titular inscrito de la vivienda no tiene la condición de ejecutado, el letrado de la administración de justicia le comunicará la existencia del proceso de ejecución para que tome la decisión que más convenga a sus intereses, sea ésta intervenir en la ejecución conforme a lo previsto para el tercer poseedor (cfr. art. 662.1 LEC), sea liberar el bien de su carga satisfaciendo el importe del crédito hasta el límite de la garantía, como prevé el artículo 689.1 LEC. Por su lado, conforme al apartado 2 del mismo precepto, también debe notificarse la existencia del proceso a los acreedores que tengan inscrita a su favor una carga sobre la vivienda que sea posterior a la del acreedor hipotecario, siguiendo las reglas generales del artículo 659 LEC, a las que ya nos hemos referido supra.

Y la tercera previsión es relativa a la *administración interina del bien hipotecado* (art. 690 LEC), por la que se permite al ejecutante satisfacer su crédito con los frutos del bien dado en garantía, constituyéndose en administrador interino, a fin de resarcirse de la deuda sin tener que vender forzosamente el bien. Pero este modo alternativo de realización es muy poco frecuente en la práctica y no tiene sentido cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor.

3.1.2 *Realización forzosa de la vivienda hipotecada y pago*

El artículo 691 LEC se remite expresamente al proceso ordinario de ejecución para las actuaciones relativas a la realización forzosa del bien, ya se produzca esta mediante subasta, ya sea mediante convenio o a través de persona o entidad especializada (cfr. apartados 2, 4 y 6 de esta norma); y establece como particularidad que a la subasta del bien hipotecado sólo se procederá si lo solicitan cualquiera de los que integran las partes activa y pasiva del proceso, a partir de los veinte días siguientes al requerimiento de pago o a las notificaciones del auto de despacho, por lo que no se inicia

de oficio. Una vez iniciada la *subasta* de la vivienda hipotecada, se aplican las normas de la LEC para la subasta de bienes inmuebles.

Tras la realización forzosa de la vivienda sometida a la ejecución hipotecaria, *se paga al acreedor* ejecutante con lo obtenido. Sin embargo, la regla general no es que se le resarce por completo de su crédito, porque la ejecución no se ha dirigido contra el patrimonio del deudor, obligado por entero al pago de sus deudas, sino contra un bien determinado, que se constituyó como garantía de una cantidad concreta. Como consecuencia, al acreedor ejecutante se le pagará por principal, intereses y costas hasta el límite por el que el bien realizado respondiera por cada uno de esos conceptos, como prevé el artículo 692.1 LEC. Con ello, puede suceder que el ejecutante quede completamente satisfecho de su crédito, o que no suceda así.

Si después de pagar al ejecutante lo que le corresponde en función de la garantía quedase *remanente*, el destino de este dinero varía dependiendo de si sobre la vivienda pesan o no cargas posteriores a la del ejecutante. De este modo:

– Si la vivienda estaba gravada con otras cargas anotadas, se satisfarán por el orden en que están inscritas y hasta el límite en que el bien respondiera por cada una de ellas (art. 692.1 I LEC).

– Si no hubiera otras cargas inscritas, o si todavía sobrara dinero después de satisfacerlas, y el crédito del ejecutante no se hubiera reintegrado por completo, se satisfará éste, siempre que el deudor fuese el titular del bien realizado, porque este otro pago ya excede del límite de la garantía, de modo que de él no responde el bien porque esté hipotecado, sino porque forma parte del patrimonio del deudor, que responde íntegramente de todas las deudas que pesen sobre él (art. 692.1 II LEC).

– Si aún quedase dinero tras satisfacer todas las cargas inscritas y el crédito del ejecutante completamente, será devuelto al deudor ejecutado, salvo que en otro proceso de ejecución contra el ejecutado se haya embargado el sobrante o haya que retenerlo a disposición del tribunal de un proceso concursal (art. 692.1 y 2 II LEC).

Es posible que el deudor ejecutado tenga acreedores con un derecho no inscrito sobre el bien que se ha realizado, que se consideren legitimados para cobrar su crédito después de los inscritos, eso sí, pero antes de que el acreedor ejecutante perciba la parte no garantizada de su crédito (opción segunda de las mencionadas) o de que se devuelva el remanente al ejecutado (opción tercera). El artículo 692.2 LEC pone a disposición de estos acreedores el incidente regulado en el artículo 672.2 LEC, de manera que tendrán que dirigirse al letrado de la administración de justicia,

acreditando la subsistencia y exigibilidad de sus créditos, para que este resuelva, a los solos efectos de la ejecución, sobre el orden en que deben ser satisfechos.

Por otro lado, si no se satisface enteramente al ejecutante a través de la ejecución hipotecaria, bien porque la cantidad garantizada es inferior a la deuda, de modo que el ejecutante solo cobra hasta el límite de la garantía y el resto se agota pagando a otros acreedores inscritos, bien porque lo obtenido con la realización forzosa no es suficiente para cubrir la deuda en virtud de la que se ejecuta, el artículo 579.1 LEC prevé la posibilidad de que el acreedor no satisfecho con la ejecución hipotecaria pida el despacho de una ejecución ordinaria posterior por la cantidad pendiente de pago, para poder así trabar otros bienes del deudor o dirigir la ejecución contra avalistas y fiadores, excluidos de la ejecución hipotecaria. El artículo 579.2 LEC establece, no obstante, una serie de beneficios al deudor que padece esta ejecución posterior y que ha perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria, y que veremos un poco más adelante.

Finalizada el proceso de ejecución hipotecaria, e independientemente de que el acreedor inste o no la ejecución ordinaria si quedan cantidades pendientes, el adquirente de la vivienda hipotecada puede –y si quiere proteger bien sus derechos, debe– solicitar del letrado de la administración de justicia que expida mandamiento al registrador para que se cancelen la inscripción de hipoteca y todas las anotaciones posteriores a esta que consten sobre el bien. Conforme al artículo 692.3 LEC, este mandamiento ha de contener todos los datos a que se refiere el artículo 674 LEC, que regula el mandamiento de cancelación de cargas propio de toda ejecución sobre inmuebles; y debe acreditar, además, que se realizaron las notificaciones al titular del bien contra quien no se hubiera despachado ejecución y a los titulares de derechos inscritos después de la hipoteca, a que se refiere el artículo 689 LEC, ya que el registrador no puede inscribir una nueva titularidad sobre un bien si la existencia del proceso de ejecución no se comunicó a todos los que tenía derechos adquiridos e inscritos sobre él.

3.1.3 *Liberación de la vivienda hipotecada en caso de vencimiento anticipado*

Es sabido que las obligaciones con garantía hipotecaria pagaderas a plazos con frecuencia incorporan una cláusula de vencimiento anticipado, que permite que el acreedor exija la devolución íntegra del capital y de los intereses ante el impago de algunas de las cuotas de la obligación. En estos casos, el artículo 693.3 LEC prevé la posibilidad de que el acreedor,

pese a haber obtenido despacho de ejecución por la totalidad de la deuda, ofrezca al deudor el sobreseimiento del proceso si, antes de que se cierre la subasta, consigna todas las cantidades debidas en el momento de interponer la demanda y todas las que se hayan devengado hasta el momento en que se produzca la consignación, a causa de la ampliación automática de la ejecución a los plazos que vayan venciendo (que normalmente el acreedor habrá pedido en la demanda ejecutiva conforme al art. 578.2 LEC) y de los intereses de demora que se vayan acumulando con el transcurso del tiempo. De este modo, el ejecutado evita la devolución de la parte no vencida del préstamo, y la venta del bien. Conforme al artículo 693.3 II LEC, esta posibilidad de enervación del proceso de ejecución la tiene el deudor, aun sin ofrecimiento del acreedor, si el bien hipotecado que va a subastarse es su vivienda habitual.

Si el deudor enerva la ejecución satisfaciendo las cantidades efectivamente adeudadas, el letrado de la administración de justicia tasará las costas y, una vez hayan sido satisfechas, dictará decreto liberando el bien del proceso de ejecución –no de la garantía– y poniendo fin a las actuaciones. Las costas no se tasan sobre la cuantía del despacho de la ejecución sino sobre lo efectivamente debido y pagado por el ejecutado; y, conforme al ya citado artículo 575.1 bis LEC, no pueden exceder del 5 % de esta cantidad, si el bien realizado forzosamente era la vivienda habitual del ejecutado.

La enervación del proceso de ejecución mediante la consignación de las cantidades debidas puede tener lugar varias veces respecto de la misma obligación y de la misma vivienda, siempre que transcurra un plazo de tres años entre la fecha de liberación y el nuevo el requerimiento de pago judicial o extrajudicial. Por fecha de liberación debe entenderse a estos efectos la del decreto que pone fin a la ejecución; y es importante subrayar que esta resolución no se dicta hasta que no han sido satisfechas las costas, de manera que mientras más tarde el ejecutado en pagarlas, más aleja de sí el momento en que podría liberar de nuevo el bien si lo necesitara.

3.1.4 *Procedimiento adecuado para pedir el lanzamiento de la vivienda habitual*

Cuando el inmueble que se ha realizado en una ejecución hipotecaria es la vivienda habitual del deudor y este ya no tiene derecho a permanecer en él, se ha suscitado una polémica en la práctica sobre cuál es la vía procedimental adecuada para pedir el lanzamiento. Esta polémica se ha solventado por el TS, que ha establecido una doctrina jurisprudencial, en

su sentencia 771/2022, de 10 de noviembre, la cual ha sido seguida en otras sentencias posteriores[25].

En resumen, la doctrina del TS distingue según quién sea el nuevo titular de la vivienda. Si quien pretende el desalojo forzoso es el ejecutante, o el rematante, o el cesionario del remate, es decir, alguien que haya adquirido el inmueble en el seno del proceso de ejecución, el Alto Tribunal entiende que el cauce procedimental para pedir el lanzamiento no es el juicio verbal de desahucio por precario (del art. 250.1 2.º LEC), como se ha intentado por algunas entidades acreedoras, sino el propio proceso de ejecución hipotecaria, y esto aunque ya haya transcurrido el plazo de un año, al que se refiere el artículo 675.2 II LEC. El TS aduce distintos argumentos: entre otros, además de razones de economía procesal, que el título en el que se basa el adjudicatario lo ha logrado en el marco de la ejecución, que el deudor hipotecario no puede considerase un tercero ocupante de hecho a los efectos del mencionado artículo 675.2 II, por lo que no le sería aplicable el plazo en él indicado, y que de este modo se evita que el adjudicatario acuda al juicio de desahucio por precario con el fin de dificultar o liberarse de la aplicación de la medidas de protección de la LPDH, a las que enseguida nos referimos[26].

En cambio, si quien solicita el lanzamiento es un tercero que adquirió la vivienda al margen del proceso de ejecución, sin ninguna relación con él o con el ejecutante, sino que adquirió el bien de manos del adjudicatario y a título oneroso, entonces el procedimiento adecuado será el juicio de desahucio por precario; y, en este proceso, el deudor hipotecario podrá pedir que se le reconozca la situación de especial riesgo de exclusión y la suspensión del lanzamiento, por aplicación de los artículos 1 y 2 de la LPDH[27].

---

(25) Así, por ejemplo, en las SSTS 515/2023, de 18 de abril; 999/2023, de 20 de junio; 1128/2023, de 10 de julio; y 1217/2023, de 7 de septiembre.

(26) Para un comentario exhaustivo y crítico de esta doctrina, cfr. Bernardo San José, A.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Dir. Yzquierdo Tolsá, M.), Dykinson, 2023, pp. 203-221.

(27) Nos parecen acertadas las reflexiones de Bernardo San José, A. (ibidem, p. 220) cuando critica esta doctrina con los siguientes términos: «El Alto Tribunal se equivoca y se contradice a sí mismo: por un lado, obliga al adjudicatario a instar la entrega de la posesión del inmueble que ostenta el deudor hipotecario a través del proceso de ejecución hipotecaria, y lo hace para evitar que el adjudicatario acuda al juicio de desahucio con la intención de eludir la aplicación del régimen tuitivo que la Ley 1/2013 establece en beneficio de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables, al mismo tiempo que, por otro lado, cuando es un tercero el que ejercita la acción de desahucio contra el deudor hipotecario reconoce i) que el deudor hipotecario tiene la condición jurídica de precarista desde el momento en que pierde su título de dominio sobre la vivienda hipotecada en virtud de su enajenación forzosa en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, y ii) que, dada la naturaleza plenaria del proceso de desahucio por precario, cabe alegar y debatir en él la cuestión relativa a la aplicación de la Ley 1/2013, que se resolverá por el juez del desahucio como cuestión de fondo o, en su caso, mediante la aplicación de la normativa de la prejudicialidad civil (art. 43 LEC)».

3.2 **Protección de los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual**

3.2.1 *Paralización del lanzamiento del ejecutado y alquiler social*

El RDLey 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, definió un *umbral de exclusión* para permitir que personas en especiales dificultades económicas pudiesen obtener, bien la restructuración de su deuda hipotecaria, bien ciertas soluciones alternativas al proceso de ejecución hipotecaria, si ya se encontraban inmersas en él. Conforme al extenso y detallado artículo 3 del RDLey 6/2012, están incluidas en el umbral de exclusión las unidades familiares en las que concurran tres condiciones:

– Su renta no supera tres veces el IPREM –o cuatro, o cinco, en función de las características de la unidad familiar–.

– Reunir una de estas dos características: en los cuatro años anteriores al momento en que se solicita ser considerado bajo el umbral de exclusión se han producido circunstancias económicas que han determinado un incremento importante en el esfuerzo que supone el pago de la deuda hipotecaria; o bien concurren en la unidad familiar circunstancias de otro tipo previstas en la norma y que determinan una especial vulnerabilidad –víctimas de violencia de género, condición de familia numerosa o monoparental, o miembros discapacitados o mayores, entre otras–.

– Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos de la unidad familiar.

Respecto de la ejecución hipotecaria, los deudores que se encuentren bajo el umbral de exclusión pueden obtener la suspensión del lanzamiento de la vivienda subastada y el mantenimiento de la vivienda subastada en régimen de alquiler[28].

En cuanto a la *suspensión del lanzamiento*, en virtud del artículo 1.1 LPDH –reformado por el RDLey 1/2024, de 14 de mayo, precisamente con

(28) Este RDLey incorpora como Anexo un Código de Buenas Prácticas, de suscripción voluntaria por las entidades financieras, y que incluye además otras opciones de carácter sustantivo, sin trascendencia sobre el proceso de ejecución hipotecaria –porque normalmente son previas a él–, como la restructuración financiera de la deuda, quitas en el capital pendiente de amortización o la dación en pago del inmueble hipotecado. Estas posibilidades exigen requisitos específicos, además de los que configuran la situación de umbral de exclusión. La última versión de este Código es la dada por el RDLey 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

el fin de ampliar el plazo[29]–, hasta el 15 de mayo de 2028, no podrá lanzarse a nadie perteneciente a un colectivo especialmente vulnerable cuya vivienda habitual haya sido adjudicada al acreedor ejecutante o a persona que actúa por su cuenta en un proceso de ejecución hipotecaria. Las circunstancias que determinan la especial vulnerabilidad son esencialmente las mismas que definen el umbral de exclusión, y pueden ser acreditadas por el deudor ante el tribunal en cualquier momento del proceso de ejecución hipotecaria anterior al lanzamiento, presentando la documentación prevista en el artículo 2 LPDH. También, con apoyo en la jurisprudencia recién citada, también podrá alegarse y acreditarse por el deudor en el proceso de desahucio que pueden emprender los nuevos titulares del bien que no hayan participado previamente en el proceso de ejecución, con el fin de obtener la posesión del inmueble[30].

Durante ese mismo plazo, y también en virtud del artículo 1.1 LPDH, en su inciso segundo, el ejecutado que se encuentre bajo el umbral de exclusión podrá obtener del acreedor hipotecario adherido al Código de Buenas Prácticas que se aprueba mediante el RDLey 6/2012 (reformado por el RDLey 19/2022), el *alquiler de la vivienda hipotecada*, en las condiciones establecidas en el mencionado Código, que son sustancialmente las siguientes:

– El beneficiario del derecho puede ejercerlo en los seis meses siguientes a la obtención de la declaración judicial de suspensión del lanzamiento por situación de especial vulnerabilidad.

– El inmueble sobre el que se ha sustanciado el proceso de ejecución hipotecaria debe ser su vivienda habitual.

– La renta anual máxima será de un 3 % del valor del inmueble en el momento de aprobación del remate, o del decreto de adjudicación si la

(29) Sobre esta reforma, cfr. Gómez Rodríguez, A.: «La ampliación de la suspensión del lanzamiento del ejecutado hipotecario sobre la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables tras la última reforma de la ley 1/2013, operada por el Real Decreto-Ley 1/2024», *Práctica de Tribunales*, n.º 169, 2024.

(30) Acerca de la naturaleza de estas suspensiones, en la citada STS 771/2022, se recoge lo expresado en la STS 502/2021, de 7 de julio, cuando señala: «Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). En la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble (no se genera una situación de "coposesión") y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un "mero o simple hecho de poseer" (art. 5 LH)».

subasta hubiere quedado desierta. El valor del inmueble se fija con el certificado de un tasador homologado, que debe aportar el ejecutado.

– La duración del contrato será anual, y puede prolongarse durante cinco años por voluntad del arrendatario. Transcurridos estos, ambas partes pueden acordar una nueva prórroga de cinco años más. 2. Suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.

Por último, nótese que, junto a las medidas anteriores, el artículo 686.1 LEC ordena que el requerimiento de pago dirigido al deudor –una vez se despacha la ejecución hipotecaria– contenga información sobre la posible declaración del ejecutado en situación de vulnerabilidad por los servicios sociales remitiéndose para ello al artículo 441.5 LEC, norma cuyo ámbito de aplicación originario es el de los procesos de desahucio. Así, en virtud de esta remisión, que ahora ha de extenderse a lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo (tras la reforma del RDLey 6/2023), puede aplicarse en la ejecución la *suspensión del proceso* prevista en esta norma, hasta que los servicios sociales adopten las medidas que estimen oportunas, y que será de dos meses, si el demandante es persona física, y de cuatro meses, si es persona jurídica.

3.2.2 *Protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria*

Además de las medidas anteriores, que se aplican a los deudores hipotecarios que se hallen en el umbral de exclusión, o pertenezcan a un colectivo especialmente vulnerable, todo deudor hipotecario que pierde su vivienda habitual a través del proceso de ejecución tiene reconocidos en el artículo 579.2 LEC los siguientes beneficios, para el caso de que tras la ejecución hipotecaria continúe una ejecución ordinaria por la parte de deuda pendiente:

a) La deuda se considerará satisfecha si, en los cinco años siguientes a la aprobación del remate de la ejecución hipotecaria, se cubre en el 65 % de la cuantía pendiente, que se habrá incrementado durante este tiempo solo por el interés legal del dinero; la cancelación de la deuda por este importe –es decir, por el 65 % de su cuantía en el momento de la cancelación– se producirá incluso si en el proceso de ejecución se obtuviera una cantidad mayor del patrimonio del deudor, poniéndose a su disposición el remanente que exceda del 65 % de la cuantía pendiente.

b) También se considerará satisfecha la deuda si en los diez años siguientes a la aprobación del remate de la ejecución hipotecaria, se cubre

en el 80 % de su cuantía, incrementada solo por el interés legal del dinero; la cancelación de la deuda por este importe se producirá incluso si en el proceso de ejecución se obtuviera una cantidad mayor del patrimonio del deudor, poniéndose a su disposición el remanente que exceda del 80 % de la cuantía pendiente.

c) Si el adquirente del bien en la ejecución hipotecaria fue el ejecutante o un tercero a quien el ejecutante le cedió el remate, y en los diez años siguientes a la aprobación del remate, el ejecutante o el tercero adquirente venden a su vez el bien, la deuda del ejecutado quedará reducida en el 50 % de la plusvalía que se haya generado a favor de estos.

Como puede apreciarse, el legislador, pese a todas las reformas operadas en la ejecución hipotecaria, ha optado por continuar permitiendo que el acreedor reclame la deuda no satisfecha mediante una ejecución ordinaria posterior, introduciendo en ella cierta flexibilidad a favor del ejecutado que ha perdido su vivienda habitual, en lugar de regular la *dación en pago* del bien hipotecado como modo de cancelación completa de la deuda que debe aceptar obligatoriamente el acreedor; ésta, pese a haber sido reclamada por algunos sectores sociales, entraría en conflicto con el sistema civil de responsabilidad por las obligaciones contraídas en que se fundan el tráfico jurídico y económico. No obstante, y como decíamos, el Código de Buenas Prácticas incorporado al RDLey 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, contempla determinadas circunstancias en las que el deudor puede pedir y obtener la cancelación de la deuda mediante dación en pago por parte de un acreedor hipotecario adherido al mencionado Código.

Como puede deducirse de la lectura del artículo 579, la LEC no es clara en cuanto a si esta ejecución ordinaria se considera una continuación de la ejecución hipotecaria anterior, o un proceso de ejecución nuevo e independiente, puesto que por un lado obliga al ejecutante a pedir nuevo despacho de ejecución, pero por otro se refiere expresamente a «proseguir» la ejecución. La práctica se articula actualmente como un híbrido de ambas opciones, de manera que la solicitud o demanda de despacho de ejecución se interpone ante el tribunal que conoció de la ejecución hipotecaria, y al ejecutado no se le suelen admitir defensas que ya formuló o pudo formular en el proceso anterior. Sin embargo, la cuantía por la que se despacha ejecución ya no está sujeta a la garantía, de modo que puede incorporar cantidades no cubiertas por ésta; y quienes adquieran en la ejecución ordinaria la condición de ejecutado que no tuvieran en la ejecución hipotecaria anterior tendrán intactas las posibilidades de oponerse al conjunto de la ejecución.

Para terminar, el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, añade limitaciones a la cuantía embargable del salario o equivalente respecto de las ya previstas en el artículo 607.1 LEC, para el caso específico de que sea necesario continuar un proceso de ejecución en el que se ha vendido la vivienda habitual del ejecutado sin que la deuda haya resultado completamente satisfecha. Esta norma incrementa en un 50 % la parte inembargable del salario conforme al artículo 607.1 LEC, es decir, la primera cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional, y añade a esa parte inembargable otro 30 % del salario mínimo por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

BIBLIOGRAFÍA

Bernardo San José, A.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Dir. Yzquierdo Tolsá, M.), Dykinson, 2023.

De la Rubia Sánchez, D.: «La ejecución de vivienda habitual», *Revista Acta Judicial*, n.º 4, 2019.

García-Rostán Calvín, G.: *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, Aranzadi, 2021.

Gómez Rodríguez, A.: «La ampliación de la suspensión del lanzamiento del ejecutado hipotecario sobre la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables tras la última reforma de la ley 1/2013, operada por el Real Decreto-Ley 1/2024», *Práctica de Tribunales,* n.º 169, 2024.

Ruiz-Rico Arias, M. D.: «La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal», *Diario La Ley*, n.º 10373, de 23 de octubre de 2023.

Sánchez López, B.: Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa, La Ley, 2019.

C. La ejecución de la vivienda habitual en el concurso de acreedores. Ejecución y exoneración del pasivo o régimen de segunda oportunidad *

Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuena@telefonica.net

Resumen: *Se analizan en el presente capítulo las especialidades de régimen que presenta la vivienda habitual del deudor insolvente y se ha declarado el concurso de acreedores. Además de las reglas propias presentes en la regulación concursal, se analizan otras materias que indirectamente pueden afectar a la vivienda habitual, particularmente cuando solicita el deudor la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI). Así, se estudian distintos escenarios en los que el deudor puede evitar la ejecución de la vivienda*

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

habitual, bien cuando solicita la exoneración acogiéndose a un plan de pagos de deuda exonerable o bien cuando la vivienda está hipotecada y el deudor se acoge al itinerario de liquidación y cuando nos encontramos en un caso de concurso sin masa.

Palabras clave: *Concurso de acreedores, insolvencia, vivienda habitual, gananciales, separación de bienes, cónyuge, exoneración del pasivo insatisfecho.*

Abstract: *This chapter analyzes the special features of the regime affecting the main residence of the insolvent debtor and the insolvency proceedings have been declared. In addition to the rules contained in the insolvency regulations, other matters that may indirectly affect the main residence are examined, particularly when the debtor requests the discharge of debts. Thus, different situations are studied in which the debtor can avoid the foreclosure of the principal residence, either when the debtor requests the exoneration under a payment plan of dischaergable debt or when the home is mortgaged, and the debtor applies for the liquidation itinerary and when we find ourselves in a case of insolvency without assets.*

Keywords: *Bankruptcy, insolvency, main residence, community property, separation of property, spouse, exoneration of unsatisfied liabilities.*

Sumario: 1. La integración de la vivienda habitual del deudor en la masa activa. 2. La vivienda habitual en el proceso concursal 2.1 Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. 2.2 Deudor casado en régimen de separación de bienes. 2.3 Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges. 3. ¿Es posible evitar la ejecución de la vivienda habitual en el proceso concursal? 3.1 Vivienda no hipotecada. 3.2 Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través del cumplimiento de plan de pagos. 4. Liquidación concursal y vivienda habitual hipotecada. 5. Vivienda familiar común gravada con hipoteca y concurso de acreedores de uno de los cónyuges o pareja de hecho ¿Puede el cónyuge no concursado evitar la ejecución de la vivienda? 6. La vía del concurso sin masa para evitar la ejecución de hipoteca sobre la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien. 7. Bibliografía.

1. LA INTEGRACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL DEL DEUDOR EN LA MASA ACTIVA

Si hay algo que le preocupa a una persona con problemas de solvencia es saber qué va a pasar con su principal activo que suele ser su vivienda habitual. De hecho, el riesgo a perderla es un incentivo negativo a la iniciativa empresarial[1]. Por ello resulta oportuno analizar las especialidades de régimen que encuentra la vivienda habitual en el proceso concursal regulado en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)[2].

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos[3], en España la vivienda habitual es un bien embargable[4], salvo que nos encontremos en el residual supuesto del empresario de responsabilidad limitada[5]. De ahí que con base en el principio de universalidad recogido en el artículo 192 TRLC, la vivienda del deudor forma parte de la masa activa del concurso. No existen deseables mecanismos que garanticen la habitación del deudor en caso de que sobrevenga situación de insolvencia. Solo un derecho de alimentos (arts. 123 y 124 TRLC) del concursado siempre que haya suficiencia de masa activa puede paliar los problemas que plantea la necesidad de habitación del deudor y de su familia.

A continuación, me referiré a las especialidades de régimen que contiene la regulación concursal en materia de vivienda habitual del deudor.

---

(1) En un interesante trabajo realizado por Mingzhi Hu, y Xiaoshuab Li, 2022, se analiza la relación entre el nivel de iniciativa empresarial y la condición de propietario de una vivienda. La conclusión es llamativa tras un análisis empírico: «los propietarios de una vivienda se asocian con una propensión significativamente menor al compromiso empresarial. El efecto negativo de la propiedad de la vivienda sobre el espíritu empresarial es mucho mayor para los propietarios más jóvenes». El propietario tiene miedo a perder la vivienda y su interés por emprender es menor.

(2) Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, recientemente reformado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal que ha transpuesto al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(3) Cfr. Apartado X de esta obra en el que se aborda el problema de la embargabilidad de la vivienda habitual.

(4) Solo existe una regulación específica de escaso alcance en el artículo 593 LEC «*cuando el bien cuyo embargo sea una vivienda familiar del tercero y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, el secretario judicial dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el secretario se abstendrá de acordarlo*».

(5) Su regulación se encuentra en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

2. LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL

2.1 **Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad**

El principio de universalidad previsto en el artículo 192 TRLC por virtud del cual se incluyen en la masa activa los bienes y derechos que integren el patrimonio del concursado en la fecha de la declaración de concurso, se ve excepcionado cuando el deudor está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. Y ello por la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, carente de personalidad jurídica y con caracteres propios de una comunidad germánica: los cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables (y, por ende, embargables), sobre los bienes gananciales. Ello impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Solo tras la disolución y liquidación del régimen conyugal les será adjudicada a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes que fueron gananciales o bien en régimen de comunidad de bienes romana o por cuotas (arts. 392 y ss. CC). Hasta la disolución del régimen, por lo tanto, no es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio común.

Ello plantea indudables particularidades de régimen en la fase de formación de masa activa. Se incluyen en la masa activa los bienes privativos (art. 193.1 TRLC) y los problemas se plantean con los bienes gananciales dado que no hay cuotas y no todos pertenecen al deudor. Pues bien, a pesar de ello el legislador optó por incluir todos los bienes gananciales en la masa activa a sabiendas de que no pertenecían en exclusiva al deudor. Así, el artículo 193 TRLC dispone que *«si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado».* Este condicionamiento es, a mi juicio, ocioso pues siempre los bienes gananciales responden de las deudas del concursado, bien directamente si es pasivo ganancial o de forma subsidiaria si es pasivo privativo (art. 1373 CC)[(6)].

(6) Más extensamente analizo esta problemática mi monografía *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

El artículo 125 TRLC prevé como medio de defensa del cónyuge del concursado la concesión de la facultad de disolver el régimen conyugal(7) siempre que se incluyan bienes comunes en la masa activa. Como he señalado, esto sucederá siempre, por lo que siempre el cónyuge del concursado gozará de esta facultad de disolver el régimen(8).

El artículo 125.2 TRLC señala que, presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa. Es claro con esta nueva redacción que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa(9), si bien la norma sigue sin aclarar en qué consiste tal mandato de coordinación.

Sigo defendiendo que debe llevarse a cabo una liquidación meramente contable(10), en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. La particularidad de régimen es que los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no concursado deben hacerse constar en el inventario, pero no se detraen de la masa activa puesto que el artículo 193 ordena su inclusión y el artículo 251.2 TRLC ordena que se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge, se integran en la masa pasiva y ello, sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso.

Estos antecedentes son imprescindibles para determinar lo que acontece con la vivienda habitual ganancial la cual, por lo dicho, se incluirá en la masa activa del concurso.

Se establecen una serie de reglas especiales cuando se trata de la vivienda. La primera se recoge en el artículo 125.3 TRLC cuando dispone

---

(7) Por su parte, no hay que olvidar que el artículo 1393 CC concede al cónyuge la facultad de disolver el régimen conyugal «en caso de concurso», sin añadir ningún requisito adicional.

(8) Más extensamente, Cuena, M., y Fernández Seijo, JM, 2023, pp. 174 ss.

(9) Es la interpretación que defendí con ocasión del artículo 77 LC en mi trabajo «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008. También lo defendieron Parra Lucán, M. Á., 2009, p. 280. Curiel Lorente, E., 2010, p. 59.

(10) Sigue esta doctrina el Auto núm.97/2020, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2020 y de 21 de febrero de 2020. Por el contrario, la AP de Madrid 60/2012, Secc. 28.º, de 20 de abril de 2012 considera que se pueden pagar las deudas comunes con cargo a los bienes comunes en el marco del concurso «*de manera que lo que se liquide en la pieza separada sea el exceso de estos últimos que eventualmente existiese*».

que *el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.*

La norma viene a establecer una suerte de atribución preferente a favor del cónyuge del concursado, parecida a la contemplada en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Por el contrario, el TRLC permite dicha atribución por la simple declaración de concurso de uno de los cónyuges, siempre que se opte, claro está, por la disolución del consorcio. Esta norma es una prueba palpable de que se parte de una liquidación previa de la sociedad de gananciales, pues esta atribución preferente es una operación particional que se lleva a cabo en la fase común, y ello no tendría sentido si la liquidación de la sociedad de gananciales se llevara a cabo al mismo tiempo que la liquidación concursal.

La atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado realmente está evitando su agresión por los acreedores del concursado con el objeto de que ambos cónyuges –en definitiva, la familia– puedan seguir disfrutando de la misma para satisfacer su necesidad primaria de alojamiento. Por lo tanto, realmente constituye una medida de protección de ambos cónyuges que solo tendrá lugar cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas, supuesto en el que puede plantearse la hipótesis de que exista un remanente que repartir.

Precisamente el carácter común que debe presentar la vivienda habitual aleja a la figura regulada en el artículo 125.3 TRLC del derecho de separación *ex iure dominii* que opera cuando el derecho pertenece en su totalidad a persona distinta del deudor concursado (art. 239.1 TRLC). La inexistencia de cuotas sobre bienes gananciales hasta que se produce el efecto disolutorio y liquidatorio, y el hecho de que el cónyuge del concursado pueda obtener la totalidad del derecho de propiedad sobre la vivienda habitual excluye de este ámbito al derecho de separación.

Para que el derecho de adquisición preferente correspondiente al cónyuge del concursado sobre la vivienda habitual no perjudique los derechos de los acreedores, es preciso que se incorpore a la masa activa el exceso de adjudicación que en su caso pueda producirse cuando el valor de la vivienda sea superior a la cuota que le corresponde al cónyuge del concursado sobre el haber partible.

El artículo 125.3 TRLC no hace referencia al criterio de valoración que debe seguirse respecto de la atribución de la vivienda habitual en el marco de la liquidación de gananciales. En ausencia de norma especial en

materia de valoración, debe seguirse el criterio general del art.201 TRLC, es decir, atribuirle el valor de mercado, criterio éste que se sigue con carácter general para la liquidación de la sociedad de gananciales en ausencia de otro específico en el Código Civil[11].

Sin embargo, hay que tener en cuenta el artículo 194 TRLC que regula los derechos de adquisición preferente del cónyuge del concursado «*de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor*». El artículo 194.3, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del TRLC establece que se «*considerará que el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado*». Se ha suprimido la regla especial que se establecía en el precepto que valoraba la vivienda como el precio de adquisición *actualizado conforme al índice específico de precios al consumo, sin que en ningún caso pueda superar el del valor de mercado».* Con la nueva redacción solo se puede mantener un valor distinto de mercado si es superior. El planteamiento, a mi juicio, es censurable porque parece promover un enriquecimiento injustificado de los acreedores. Además, no queda claro a qué se refiere la norma cuando alude «al valor de tasación que tuviera establecido». Si, como suele ser habitual, la vivienda está hipotecada y existe un informe de tasación realizado en sede concursal, el mismo será el de mercado por lo que no habrá problema. Si no es el caso y hay un valor de tasación mayor que el de mercado, parece que este último es el que debe prevalecer para que el cónyuge adquiera la vivienda, resultado insólito que no tiene mucho sentido pues perjudica a un bien indispensable como es la vivienda. Se ha pasado de una regla que beneficiaba al cónyuge a otra que le perjudica de forma notable. Lo razonable es que el cónyuge adquiera a precio de mercado. Ni más ni menos.

El artículo 194 TRLC se refiere al derecho de adquisición preferente de bienes gananciales lo cual es técnicamente un imposible jurídico porque no hay cuotas enajenables vigente el régimen. Mientras los bienes son gananciales, y se está procediendo a la liquidación del régimen lo que existe es una atribución preferente de los bienes gananciales en el seno de la liquidación del régimen conyugal no pudiéndose ejercitar sin disolver ni liquidar la sociedad conyugal. Eso es lo que se regula en el artículo 125.3 TRLC respecto de la vivienda.

El derecho de adquisición preferente sí tiene lugar entre bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria y no en gananciales porque, como he dicho, estos solo existen vigente el régimen y en tal caso no hay cuotas.

(11) López Beltrán de Heredia, 1999, p. 172. Martín Meléndez, 1995, p. 433.

Ni siquiera éstas existen en la comunidad postganancial, donde lo que hay es una cuota sobre el patrimonio ganancial y no sobre bienes concretos, en la línea de lo que también sucede en la comunidad hereditaria[12]. Se puede entender que la norma contenida en el artículo 194.1 realmente se está refiriendo a la atribución preferente en la liquidación de gananciales. Si bien el Código Civil solo establece estas atribuciones en normas específicas y respecto de determinados bienes gananciales (art. 1406 y 1407 CC), la norma concursal brinda un derecho de atribución preferente al cónyuge del concursado *sobre todo los bienes gananciales* adjudicados al concursado en la liquidación previa contable de la sociedad de gananciales. Si esto es así, cuando el cónyuge se atribuye la vivienda habitual habrá de aplicarse la regla de valoración del artículo 194.3 TRLC citado.

2.2 **Deudor casado en régimen de separación de bienes**

Cuando el concursado está casado en régimen de separación de bienes y la vivienda es común en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, se integrará en la masa activa del concurso la cuota correspondiente al concursado.

El artículo 194 TRLC concede al cónyuge del concursado el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Este derecho es nuevo, puesto que la LC[13] solo lo preveía para los bienes afectados con pacto de sobrevivencia (art. 78 LC), discriminando negativamente al resto de los cónyuges casados en separación de bienes que no podían hacer valer este derecho en la fase común.

No es un derecho de separación en tanto que no se detraen los bienes de la masa por ser propiedad del cónyuge del concursado. La cuota que se adquiere pertenece al concursado. El cónyuge adquiere la totalidad de un bien que no le pertenecía en su totalidad y por ello debe abonar la mitad de su valor.

Se trata de un derecho de adquisición especial que no encaja exactamente en los tipos legales de adquisición preferente, y que se adapta a las especialidades de régimen que plantea el proceso concursal. Y es que técnicamente, cuando el cónyuge ejercita esta facultad, no se ha producido ningún tipo de enajenación forzosa del bien y puede suceder que no llegue a producirse porque el concurso no concluya con liquidación del patrimonio del deudor.

---

(12) Para esta delimitación conceptual, puede verse Rodríguez Llamas, S., 2013, pp. 199-233.
(13) Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal hoy sustituida por el TRLC.

Respecto al plazo de ejercicio de este derecho por parte del cónyuge del concursado, nada se dice en la norma, por lo que, en principio, habría que entender que puede hacerse valer en la fase común del concurso, en el momento de la elaboración del inventario en tanto que la función de éste es informar de los bienes que forman la masa activa y su valor, de manera que tal opción no podría ejercitarse una vez abierta la fase de convenio o liquidación del concurso. En el supuesto de que se haya elaborado el inventario desconociendo el derecho del cónyuge del concursado, éste podrá proceder a su impugnación mediante el planteamiento de incidente concursal (art. 532 TRLC). Sin embargo, hay que tener presente que, a diferencia de lo que sucede con el derecho de separación (art.239 TRLC), en este caso el cónyuge detrae la cuota sobre el bien afectado de la masa, pero restituyendo su valor. Es más, sería más coherente con la naturaleza de este derecho y con la regulación de esta figura, el que se generara esta opción a favor del cónyuge del concursado cuando se pretendiera liquidar la cuota sobre el bien afectado. Por ello entiendo, que, dada la finalidad del derecho concedido al cónyuge del concursado, no debería haber obstáculo a su ejercicio incluso iniciada la fase de liquidación del concurso, concretamente al presentar el plan de liquidación.

Respecto a la regla de valoración, resulta de aplicación la específica contenida en el artículo 194.3 TRLC ya comentado. Como se puede comprobar, tanto cuando se trata de vivienda ganancial como cuando lo es comunidad de bienes romana, el legislador le brinda un trato de discriminatorio a la vivienda habitual.

2.3 **Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges**

En el Derecho español la vivienda habitual se encuentra protegida de manera distinta en situación de crisis y de normalidad matrimonial y ello por más que el legislador civil en la reciente reforma del artículo 96 CC[(14)] haya intentado sin mucho éxito acercar ambos regímenes creando un laberinto normativo lamentable[(15)].

(14) Precepto reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

(15) Aquí denuncié algunas de sus incongruencias «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) El notario del siglo XXI. revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 101, p. 48-51. https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas (Consultado el 3 de julio de 2024).

En caso de normalidad matrimonial, la protección de la vivienda habitual se centra en determinadas restricciones a la libre disposición de esta por parte del cónyuge titular, en los términos establecidos en el artículo 1320 del Código Civil, restricción que no es inscribible en el Registro de la propiedad. Pero como ya he adelantado, la vivienda habitual carece de un estatuto particular que la excluya o proteja de las acciones de los acreedores, por lo que si la vivienda habitual es embargada por un acreedor del cónyuge titular, el otro cónyuge no podrá evitar tal embargo, salvo que pague la deuda. Y ello, aunque la vivienda sea ganancial y el crédito que se pretende ejecutar tenga también carácter ganancial. Será de aplicación el artículo 541 LEC que prevé las oportunas notificaciones al cónyuge no deudor. Tampoco en sede concursal se puede alegar el artículo 1320 CC para evitar la ejecución de la vivienda.

Sin embargo, en los casos de separación, nulidad o divorcio, hay que tener presente la norma contenida en el artículo 96 CC que prevé que se pueda adjudicar el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. La regla se puede excepcionar si hubiera hijos menores en una situación de discapacidad, supuesto en el que el juez puede establecer un plazo específico atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Asimismo, en el apartado tercero de dicho precepto se establecen restricciones a la libre disposición del inmueble al cónyuge titular: «*Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*». Antes de la reforma solo era inscribible el uso y ahora también lo es la restricción a la facultad de disposición por más que ésta goce de la publicidad de la ley. Aunque en este trabajo no puedo dedicar a este asunto la atención que merece, esta duplicidad de publicidad registral, a mi juicio, carece de justificación. La norma es endiablada y fuente de numerosos problemas interpretativos que no puedo tratar aquí. Baste señalar ahora que carece de sentido la extensión al artículo 96 de la excepción prevista en el artículo 1320 respecto de la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» dado que cuando hay un uso inscrito, tal manifestación es ociosa. Se han mezclado dos sistemas de protección que son opuestos[16]. Cuando

(16) Así lo denuncié en mi trabajo, Cuena Casas (2022), pp. 48-51.

el derecho de uso no está inscrito, la protección de los terceros viene dada por las reglas generales del sistema[17] y, particularmente, por las reglas de la fe pública registral (art.34 LH).

El derecho de uso que concede el artículo 96 CC al cónyuge no titular, es un derecho oponible a terceros y que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad[18]. Ello no lo convierte en derecho real, sino que la oponibilidad erga omnes se la da el Registro de la propiedad sin que ello altere su naturaleza, al igual que sucede con los arrendamientos urbanos[19]. De esta forma, si el derecho de uso constaba en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo, el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Cosa distinta será el problema de la valoración de tal derecho de uso por el letrado de administración de justicia a efectos de practicar la oportuna liquidación de cargas y efectuar el correspondiente descuento del precio de tasación pericial del inmueble, pues tan solo las hipotecas o las anotaciones de embargo son fácilmente valorables a estos efectos[20]. Habría que valorarse dicho uso conforme a las normas tributarias del impuesto de transmisiones patrimoniales[21] en relación con usufructos temporales.

En suma, caso de que un cónyuge sea declarado en concurso de acreedores y el uso de la vivienda familiar lo ostente el cónyuge no concursado, tal circunstancia deberá hacerse constar en el inventario de la masa activa (art. 199 TRLC), de manera que, si el concurso finaliza en liquidación y se procede a la ejecución de la vivienda, el adquirente de esta deberá respetar el derecho de uso hasta la mayoría de edad del último de los hijos

---

(17) Lo explico en mi trabajo Cuena Casas, M., 2011, pp. 275-442.

(18) La posibilidad de inscribir este derecho de uso en el Registro de la Propiedad está expresamente prevista en el artículo 233-22 del Código Civil de Cataluña. La nueva redacción dada al artículo 96.3 CC se refiere incorrectamente, a mi juicio, a la inscripción de la restricción a la facultad dispositiva derivada de la existencia del derecho de uso. Es el uso al que se refiere el artículo 96.1 el que se inscribe y no la restricción de la facultad dispositiva de forma aislada.

(19) Así lo ha recalcado la sentencia del Tribunal Supremo 526/2023, de 18 de abril (Rec. 1729/2019) cuando considera que el cónyuge no titular de la vivienda al que se le atribuye el uso no es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria y no cabe equiparar su posición con la del usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo a que se refiere el artículo 662.2 LEC. Y ello, aunque el derecho de uso se inscriba en el Registro de la propiedad. «Al respecto, también los arrendamientos tienen acceso al registro (art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)». El derecho de uso implica un derecho de ocupación, pero cuya eficacia *erga omnes* se la da el Registro y no cabe equipararlo con un derecho real que tiene tal eficacia incluso al margen de la institución registral.

(20) Achón Bruñen, 2006, p. 14.

(21) Artículo 10 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

menores del concursado. Este efecto no tiene lugar cuando se trata de ejecutar la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar y el uso ha sido atribuido al cónyuge no concursado con posterioridad a la constitución de esta. El principio de prioridad registral provoca esta solución pues el acreedor ejecuta el inmueble con las cargas y gravámenes existentes en el momento de la constitución de la garantía y no con las presentes en el momento de la ejecución (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 584/2010, de 8 de octubre). Por lo tanto, si se procede a la ejecución de la hipoteca, ello traerá como consecuencia la extinción del derecho de uso dado que la hipoteca se ejecuta con las cargas y gravámenes que existen en el momento de su constitución y no en el momento de la ejecución[22].

El carácter familiar del derecho de uso atribuido en situación de crisis matrimonial implica la indisponibilidad de este y su inembargabilidad[23]. De esta forma, si el concursado es usuario de un inmueble titular del no concursado, tal derecho de uso no podrá ser incluido en la masa activa del concurso.

Nada de esto sucede, como he dicho, cuando el concursado se encuentra en situación de normalidad matrimonial donde no existe un derecho de ocupación a favor del cónyuge no titular inscribible en el Registro de la Propiedad. Si el cónyuge titular de la vivienda es declarado en concurso, la vivienda entrará en la masa activa y el otro cónyuge nada podrá hacer para mantenerse en el uso de esta. Si estuviera divorciado, como hemos visto, sí tendría alguna defensa, pero si su situación es de normalidad matrimonial, la desprotección es absoluta.

3. ¿ES POSIBLE EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL?

3.1 **Vivienda no hipotecada**

El incentivo del deudor persona física a declararse en concurso es sin duda la posibilidad que tiene de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, EPI), regulada en los artículos 486-501 TRLC. Concedida la EPI de deudas exonerables, el deudor verá reducido su pasivo y podrá «volver a empezar» y, si se trata de un empresario, iniciar un proyecto empresarial tras su intento fallido. Tal exoneración se puede obtener a través de dos itinerarios que puede libremente escoger el deudor

(22) Estas cuestiones han sido tratadas en el Capítulo 20 del presente Tratado al que me remito, así como a la doctrina y jurisprudencia allí citada.

(23) Murcia Quintana, 2005, p. 251.

siempre que se reúnan los requisitos legales: exoneración de forma inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor (art. 501 TRLC) o tras el cumplimiento de un plan de pagos de deuda exonerable de tres o cinco años de duración (art. 497 TRLC). La EPI es revocable cualquiera que sea el itinerario escogido durante el plazo de tres años (art. 493 TRLC). Y precisamente uno de los casos en los que la duración del plan de pagos puede ser prolongado a cinco años es «*cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia*». La norma constituye una aplicación del artículo 23.3 de la Directiva de reestructuración e insolvencia[24] (en adelante, DRI) transpuesta al Derecho español por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Permite la norma europea que los Estados miembros establezcan unos plazos de exoneración más largos cuando *no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia.* Puede por tanto el deudor pedir la exoneración del pasivo evitando que se ejecute la vivienda, siempre que esta no se encuentre hipotecada.

El fundamento de esta regla excepcional prevista en la DRI tenía en cuenta los que en algunos Estados miembros la vivienda habitual es inembargable o puede crearse un patrimonio separado para protegerlo de las deudas derivadas de la actividad empresarial[25], La novedad radica en que, aunque la vivienda no sea inembargable en un determinado Estado, el juez puede evitar su ejecución siempre que el deudor haya optado por el itinerario del plan de pagos. La norma no se refiere al caso en que la vivienda esté hipotecada. Si el deudor deja de pagar el préstamo hipotecario, nada impedirá la ejecución de la vivienda. Dado que las deudas con garantía real

(24) Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(25) Así sucede en el Derecho italiano con el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 ss. Código Civil italiano). Más clara es la inembargabilidad en el Derecho francés recogida en los artículos 526 ss del Código de Comercio, reformado por la Ley 15 de septiembre de 2021. El nuevo precepto dispone que *los derechos de una persona física inscrita en el Registro Nacional de Empresas sobre el inmueble en el que se encuentra su residencia principal no pueden ser embargados por acreedores cuyos derechos surjan en relación con la actividad profesional de la persona. Cuando una parte de la residencia principal se utiliza para fines profesionales, la parte no utilizada para fines profesionales está exenta de embargo de pleno derecho, sin necesidad de una declaración descriptiva de división.* La regla general es, pues, la inembargabilidad es legal, sin necesidad de declaración expresa del empresario. Más extensamente en mi trabajo «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación Núm. 23, 2015, p. 329-346. La inembargabilidad de la vivienda es una regla presente en mayoría de los estados en los EEUU (*«property exemptions»).* La inembargabilidad es tratada en el apartado XII (Vivienda habitual y ejecución forzosa) de la presente obra al que me remito.

son no exonerables hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º TRLC), tras la reforma no entran dentro del plan de pagos, por más que el pago del pasivo no exonerable deba ser tenido en cuenta por el juez para juzgar la viabilidad del plan de pagos (art. 498 TRLC).

La exclusión de ejecución de la vivienda a que se refiere el artículo 497 TRLC afecta a la vivienda de la que es propietario el deudor en todo o en parte o su familia. En esta última hipótesis, cabe englobar los supuestos de crisis matrimoniales a los que acabo de aludir en los que es posible que el inmueble propiedad del deudor concursado se encuentre gravado con un derecho de uso a favor de su cónyuge y, en su caso, pareja de hecho. Aunque tal derecho de uso no sea oponible a terceros por estar constituido con anterioridad e inscrito en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, el cónyuge usuario pudiera permanecer en la vivienda tras la ejecución, la norma objeto del presente comentario permite que el inmueble gravado no sea objeto de ejecución. Esta propuesta la puede hacer el deudor en la en la solicitud (art. 495 TRLC). Solo se refiere a la vivienda habitual del deudor, no afectando a segundas residencias. Como en tantas otras ocasiones, no se da un concepto de vivienda habitual del deudor.

A mi juicio, lo que acontece por virtud de lo establecido en el artículo 497 es una suerte de «*inembargabilidad judicial*» de la vivienda habitual que para ser eficiente debe afectar también a los acreedores por crédito no exonerable. Por más que el artículo 490.2 TRLC señale que pueden ejercitar sus acciones frente al deudor, hay que entender que las mismas encuentran su límite en esta inembargabilidad judicial. De lo contrario, su virtualidad práctica puede ser muy limitada y no tendría mucho sentido la prolongación de la duración del plan de pagos a cinco años si cualquier acreedor por deuda no exonerable pudiera embargar la vivienda el deudor[(26)]. Según un criterio de interpretación lógico y teleológico, procede interpretar las normas de manera que produzcan efectos y estos sean acordes con su finalidad. La norma no distingue y prolonga la duración del plan de pagos cuando no se realice la vivienda del deudor, sin que se restrinja esta posibilidad a determinados acreedores. Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar *sine die* el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensado por una mayor duración del plan de pagos.

Precisamente porque todos los acreedores se ven en alguna medida afectados por la falta de ejecución de la vivienda habitual es por lo que el

(26) En este sentido, Escolá, E., 2021, p. 78. En contra, Fachal, N., 2022. https://almacendederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado A su juicio, la no realización de la vivienda habitual es inoponible a los acreedores de crédito no exonerable.

propio artículo 498 TRLC brinda a todos los acreedores personados (no solo a los titulares de crédito exonerable) un derecho a hacer alegaciones sobre la propuesta de plan de pagos efectuada por el deudor.

No obstante, la decisión acerca de la falta de ejecución de la vivienda puede ser bloqueada por los acreedores. El artículo 498bis.1.2.º que prevé la posibilidad de que dentro de los 10 días siguientes a la aprobación judicial del plan de pagos, cualquier acreedor afectado por la exoneración pueda impugnar el plan de pagos en el siguiente supuesto: «*Cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable*». Es decir, el mero hecho de que no se ejecute la vivienda habitual se convierte en causa de impugnación del plan de pagos cuando ejercitan los acreedores titulares como mínimo del 40 % pasivo exonerable. Constituye formalmente una acción de impugnación de la resolución de la concesión provisional de la exoneración y no una oposición. Me parece censurable que la exclusión de la ejecución de la vivienda habitual pueda ser «vetada» por acreedores que representen el 40 % del pasivo. Creo que el resultado es el mismo que si se requiriera el consentimiento de estos acreedores ya que el juez carece de margen de maniobra. Si se produce tal impugnación de la resolución sobre la exoneración provisional, señala el artículo 498 bis que el «el juez no la concederá». Este consentimiento encubierto es contrario a los objetivos de la DRI. En el Considerando 74 claramente se señala que «*la presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores*». Cuando de EPI se trata la exoneración con plan de pagos es «impuesta» a los acreedores quienes solo se pueden oponer por concurrir las excepciones del artículo 487 TRLC o falta de requisitos legales del plan de pagos. Pero uno de estos requisitos no puede ser un consentimiento de los acreedores.

A los efectos de lo que aquí interesa, hay que destacar que se permite la impugnación cuando no se aplique la vivienda habitual al pago tanto de *la deuda exonerable como no exonerable.* Ello parece dar a entender que cuando el juez decreta que no se ejecute la vivienda habitual, ello afecta también a los acreedores por crédito no exonerable. Si estos a pesar de todo pudieran ejecutar la vivienda habitual, no tendría sentido esta causa de impugnación que puede bloquear la medida porque vincula al juez. Por ello considero que, decretada por el juez la no ejecución de la vivienda habitual, ello afecta tanto a los acreedores por crédito exonerable

como no exonerable. No se menoscaba el derecho de defensa de los acreedores por crédito no exonerable cuando no se les permite ejecutar la vivienda, pues tienen la posibilidad de hacer alegaciones[27], tal y como establece el artículo 498 TRLC.

3.2 **Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través de cumplimiento de plan de pagos**

La condición de vivienda habitual del deudor concursado carece en el procedimiento concursal de un régimen especial en materia de paralización de la ejecución hipotecaria o del inicio de la misma tras la declaración de concurso. No se suspende la ejecución ya iniciada, ni se ve impedido el inicio de la ejecución posterior a la declaración de concurso. Solo cabe esta paralización cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 146 TRLC). Por lo tanto, el acreedor real en caso de impago puede iniciar la ejecución antes de la declaración de concurso (art. 145 TRLC), desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida la ejecución separada sobre ese bien o derecho, o una vez haya transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se haya enajenado la vivienda (art.149.1 TRLC).

Como ya he adelantado anteriormente, la solicitud de la EPI por la vía del plan de pagos no supone una excepción a esta regla, dado que el plan de pagos no afecta al pago de deuda no exonerable como es la deuda con garantía real, ni puede impedir la ejecución de la garantía cuando hay un impago. Bien es verdad que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 499.2 TRLC, incumplida la obligación garantizada cuando el deudor se ha acogido al itinerario del plan de pagos, el juez competente para atender de la ejecución hipotecaria será el juez concursal. Entiendo que esta competencia la asume el juez del concurso respecto de los nuevos procedimientos que se inicien durante el periodo de duración del plan de pagos[28].

La deuda garantizada es deuda no exonerable (art. 489.1.8.º TRLC), pero hay que tener en cuenta la importante norma contenida en el artículo 492 bis TRLC. En virtud de lo dispuesto en dicha norma, *si la*

(27) Por eso no comparto la opinión de Sendra Albiñana, A., 2023, p. 228, cuando considera que la inembargabilidad no es oponible a los acreedores por crédito no exonerable por menoscabarse su derecho de defensa y por la sorpresiva limitación de los bienes susceptibles de agresión para el cobro de su concreto crédito.

(28) Discrepo de Martín Martín A. (2022), quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/.

garantía real se ha ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos, caso de que exista remanente de deuda pendiente, la misma tendrá la consideración de deuda exonerable y formará parte del plan de pagos.

Cuando la garantía real no se ha ejecutado, como el itinerario de exoneración con plan de pagos no exige liquidación del patrimonio y, por tanto, no se produce el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC), es claro que si el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario la ejecución hipotecaria no se producirá. Como ya he señalado, en el caso de que el deudor deje de abonar el préstamo hipotecario, el juez del concurso no puede por la vía del 497 TRLC decretar la no ejecución de la vivienda, e impedir la ejecución de la garantía real. Por ello, antes de que el juez decrete la extensión del plan de pagos a 5 años y la no ejecución de la vivienda, deberá asegurarse de que el plan de pagos es viable y que el deudor puede pagar el préstamo hipotecario. De lo contrario, tal extensión será inútil.

El artículo 492 bis se plantea el escenario de que el bien gravado tenga un valor inferior al de la deuda hipotecaria, supuesto frecuente en la época de la burbuja inmobiliaria fruto de las irregularidades cometidas por los prestamistas en relación con la sobrevaloración de la tasación de los inmuebles, todo ello aderezado por unas normas de ejecución hipotecaria que incentivaban esos excesos (arts. 682, 670 y 671 LEC) y favorecían un efecto perverso: que quedara deuda pendiente tras la ejecución de la garantía[29]. Esta circunstancia no necesariamente se produce por un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista, ya que cambios del propio mercado puede producir cambios en la valoración de los inmuebles. Pero lo cierto es que la experiencia ha puesto de relieve que en muchas ocasiones ha sido un comportamiento irresponsable de los prestamistas el que provoca este efecto. De hecho, existe una regulación que pone límites a la concesión de préstamos en función del valor de tasación del inmueble precisamente para evitar que los cambios en la valoración del inmueble puedan menoscabar la garantía del acreedor[30].

(29) Para una explicación de los abusos que dieron lugar a la burbuja inmobiliaria y su posterior estallido, *Cfr.* García Montalvo, J. (2009), p. 66-87. https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/.

(30) *Cfr.* artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Respecto de la cobertura de las cédulas hipotecarias, principal tipo de bono garantizado, se imponen límites a los préstamos hipotecarios incorporados, cuyo valor a efectos de cobertura no podrá exceder del 60 % del valor del inmueble que lo garantiza, o del 80 % si se trata de un inmueble residencial.

En la regulación anterior a la reforma (art. 497 TRLC) la EPI solo se podía lograr tras la ejecución de la garantía en la medida que la EPI exigía la liquidación de todo el patrimonio del deudor (art. 486 TRLC). El sobrante de deuda que quedaba pendiente tras la ejecución podía ser exonerado. Ahora ya no es así y es posible obtener la EPI sin ejecutar el patrimonio, acogiéndose el deudor a un plan de pagos y cabe preguntarse lo que acontece con la parte de deuda que excede del valor de la garantía conforme a lo previsto en los arts.273 y ss TRLC y el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario. A esta cuestión se refiere el artículo 492 bis.2 TRLC. En tal supuesto se establece que se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. Se produce, por tanto, una reestructuración de la deuda garantizada sin necesidad de que se produzca la ejecución, lo cual es una auténtica novedad[31]. El deudor puede conservar la vivienda hipotecada y obtener una exoneración del pasivo cuando se acoge al itinerario del plan de pagos, pudiendo, en su caso, obtener una reestructuración de la deuda hipotecaria. Por supuesto, si el deudor deja de pagar el préstamo, nada impedirá la ejecución de la vivienda incluso en el caso de que el plan tenga una duración de 5 años por no ejecutarse la vivienda. Como he dicho, esta imposibilidad de ejecutar afecta al embargo y no a la ejecución de la hipoteca.

4. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA

La segunda vía para obtener la exoneración es la que acontece tras la liquidación del patrimonio del deudor. Se ejecuta todo el patrimonio inembargable y la deuda exonerable pendiente tras la ejecución se extingue por la obtención de la EPI. La ventaja de este itinerario es que permite la

(31) Azofra Vegas, F., 2022, p. 295, se refiere a una «reconfiguración legal de la deuda garantizada distinguiéndose una parte cubierta por la garantía (que se considera no exonerable) y la parte que excede del valor de la garantía, que queda afectada por la exoneración. A esta parte de la deuda garantizada que se considera exonerable». Esta interpretación creo que se deriva claramente de la norma. Y no significa como se ha dicho, que el autor someta la deuda con garantía real al plan de pagos. Lo que se incluye en el plan es la parte de deuda no cubierta por el valor de la garantía y que es exonerable. Confunde ambas esferas, Moya Fernández A., 2022, pp. 275-296, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8166/documento/art14.pdf?id=13105&forceDownload=true (Consultado el 3 de julio de 2024). Cosa distinta es que el deudor deje de pagar la deuda hipotecaria, en cuyo caso la ejecución hipotecaria se llevará a cabo no viéndose el acreedor hipotecario afectado por la regla de no ejecución de la vivienda que en su caso haya podido decretar el juez con base en artículo 497. Esto es lo que afirma Fachal Noguer 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.

obtención de la exoneración de manera inmediata, sin necesidad de esperar un plazo de tres años y con carácter definitivo, aunque revocable si concurren las circunstancias previstas en el artículo 493 TRLC.

La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 y 250 TRLC) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC). Así mismo, también puede entrar en este itinerario de exoneración con liquidación las microempresas sujetas al procedimiento especial regulado en los artículos 685 y ss. TRLC. Según lo dispuesto en el artículo 700 TRLC, fracasado el plan de continuación, el deudor podrá optar por la exoneración del pasivo insatisfecho escogiendo el itinerario de liquidación. También es posible que se abra este itinerario cuando ha fracasado el itinerario del plan de pagos (art. 500 bis).

Así como en la vía del plan de pagos es necesario que existan posibilidades objetivas del cumplimiento del plan (art. 498 TRLC), ningún requisito se exige para que el deudor acuda al itinerario de la liquidación. No es preciso ningún análisis patrimonial ni que se acredite que no hay medios para cumplir un plan de pagos. Esto no sucede en otros ordenamientos[(32)] en los que el procedimiento de liquidación se configura como subsidiario.

Abierta la fase de liquidación se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones (art. 414 TRLC) y esto afectará también a la deuda hipotecaria. Es indiscutible la ejecución hipotecaria sobre todo cuando la deuda es inferior al valor del bien y el sobrante servirá para atender los créditos de los demás acreedores. No cabe solicitar la exclusión de la vivienda del plan de liquidación alegando el derecho a una vivienda digna (art.47 CE). Abierta la fase de liquidación, no hay base legal para excluir la vivienda del plan de liquidación. Así lo señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), núm. 932/2019 de 17 de mayo. Solo cabe excluir los bienes inembargables y la vivienda no lo era. Su doctrina

(32) Así, en los EEUU el acceso al itinerario de liquidación para obtener la exoneración (*discharge*), el denominado Capítulo 7, (Título XI, *UsCode*) requiere que el deudor supere el denominado «test de medios» (mean test), de forma que quede acreditado que el deudor no tiene medios para acudir a la exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos, que es el regulado en el Capítulo 13. Este test de medios se introdujo por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* en 2005 con el objeto de evitar el abuso del sistema por parte del consumidor. Si el deudor no supera el «*means test»,* entonces deberá solicitar el concurso por el Capítulo 13, en lugar de escoger el del Capítulo 7. Este test de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del Capítulo 7. Si se supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del Capítulo 13 (Tit. 11 & 707 U. S. Code). Vid. Sobre esta reforma y su crítica, *Cfr.* Gross, K.; Heidt, K., y Lupica, L. (2006), pp. 497 ss.

es plenamente aplicable en la actualidad cuando el deudor escoge el itinerario de liquidación, que era el único que existía antes de la reforma.

El problema es cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien dado en garantía, dado que parece que su ejecución no supondría ningún beneficio para el resto de los acreedores puesto que no habría recursos sobrantes tras la ejecución. En este caso ¿es posible excluir la vivienda hipotecada del plan de liquidación cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien?

Ninguna norma lo autoriza de manera expresa ahora ni tampoco en la regulación anterior. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que se desarrollara una línea jurisprudencial favorable a excluir la vivienda habitual del deudor del plan de liquidación(33). Su doctrina fue acogida en uno de los acuerdos (núm. 12) aprobados en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona(34). Según dichos acuerdos, se permitía que no se ejecutara la vivienda «*cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía*». Se considera que, si se dan estas circunstancias, los demás acreedores no tienen interés en la liquidación de la vivienda pues la cantidad que se obtuviera solo serviría para pagar el crédito privilegiado especial. Con todo, se exigía el consentimiento del acreedor, lo cual hacía esta solución todavía más llamativa. Acordada la conclusión del concurso y concedida la exoneración del pasivo insatisfecho, el acreedor podrá instar la ejecución de la garantía real si el deudor dejara de pagar. El acreedor evitaría de esta forma la exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución. Esta doctrina que permitía evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual a quien realmente estaba ayudando era al acreedor(35).

A mi juicio, si el deudor se acoge al *itinerario de liquidación,* al igual que lo que acontecía antes de la reforma y ahora con mayor razón, no hay base legal para excluir la vivienda habitual del plan de liquidación(36). Sin

(33) La exclusión de la vivienda hipotecada del plan de liquidación fue planteada por primera vez en el auto del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 que concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca.

(34) Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016. http://www.manjarin.com/PDF_Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatifecho_210616.pdf (Consultado el 21 de julio de 2024).

(35) Así lo denuncié en este post «La banca ya sabe cómo "escapar" de la segunda oportunidad», 20 de mayo de 2015 https://www.hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/ (Consultado el 3 de julio de 2024).

(36) Así lo entiende Fachal, N. (2022), para la regulación aprobada tras la reforma: «no parece que quepa excluir la vivienda habitual del deudor de las operaciones liquidatorias, en caso de acudir a la exoneración con liquidación de la masa activa. Esta modalidad de acceso a la exoneración

embargo, se mantiene la línea jurisprudencial que permite excluir la vivienda del plan de liquidación. Cf. Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña de 9 de febrero de 2023.

5. VIVIENDA FAMILIAR COMÚN GRAVADA CON HIPOTECA Y CONCURSO DE ACREEDORES DE UNO DE LOS CÓNYUGES O PAREJA DE HECHO ¿PUEDE EL CÓNYUGE NO CONCURSADO EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA?

Especiales problemas se plantean en el no poco frecuente supuesto en el que la vivienda habitual se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario contraído solidariamente por ambos cónyuges.

Cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y solo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC). Si el préstamo se está pagando, lo recomendable en este caso es que el deudor se acoja al plan de pagos que no conlleva liquidación del patrimonio. De esta forma, obtendrá una reestructuración de su pasivo y se evitará la ejecución de la vivienda habitual.

Si el concursado solicita la EPI con itinerario de liquidación cabría entender que no se produce el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario (art. 414 TRLC) respecto del cónyuge no concursado codeudor solidario que está atendiendo el préstamo hipotecario. La declaración de concurso se trataría como una excepción personal que no puede perjudicar a los demás deudores ni al propio acreedor. Resultaría de aplicación

---

conlleva la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa». La autora ha cambiado su criterio en el trabajo, «Las deudas con garantía real en la exoneración del pasivo insatisfecho», La Ley Insolvencia núm. 21, julio 2023, p. 14, IIILegalteca, señalando que la Ley 16/2022 no ha cerrado la puerta a la doctrina que permite excluir la vivienda del plan de liquidación, siempre que se den los requisitos jurisprudenciales citados. Como se ve, ni una sola cita de la ley. Basta la opinión de los magistrados para alterar un sistema que solo beneficia al acreedor. Cosa distinta es que se permita la reestructuración de la deuda hipotecaria si no se ejecuta la hipoteca por aplicación del artículo 492 bis TRLC, tal y como he defendido en otro lugar Cuena, M., y Fernández Seijo, JM., 2023, p. 292. En la misma línea, García-Villarrubia, M., 2022, entiende que cuando el valor del inmueble es inferior al importe pendiente de pago de la deuda con garantía real podría excluirse la vivienda de la ejecución porque «no se advierten razones decir que no. Los mismos argumentos pueden conducir a entender, también con el nuevo texto, que si se dan las condiciones antes explicadas no tiene sentido proceder a la enajenación del inmueble». https://www.uria.com/es/publicaciones/8004-la-vivienda-habitual-y-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho En el mismo sentido, Escolá, E., 2021, p. 78.

en este caso la regla contenida en el artículo 1.148 CC que permite al deudor solidario opone al acreedor las excepciones objetivas (o reales) y subjetivas o personales. El beneficio del plazo sería una excepción objetiva que puede oponer cualquiera del resto de deudores solidarios [37].

Esta operación no puede perjudicar los derechos de los acreedores quienes conservarán sus acciones contra el cónyuge del concursado pudiendo agredir no solo la vivienda, sino también el resto de gananciales adjudicados y su patrimonio privativo (art. 1369 CC). Esta es la opción más razonable para los acreedores también en el caso de que pasivo hipotecario supere el valor de la garantía ya que, de lo contrario, producida la ejecución, el sobrante sería objeto de exoneración.

En caso de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, al compartir bienes en régimen de comunidad romana (arts. 392 y ss.), cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC). Sin embargo, la totalidad del inmueble se encuentra gravado con una hipoteca que es indivisible. Ello significa, según dispone el artículo 122 Ley Hipotecaria (LH) que la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (…). Aunque se incluya en la masa activa solo la cuota sobre el bien correspondiente al concursado toda la finca responde del crédito garantizado (art. 1860 CC y artículos 122 y ss LH). Toda la finca hipotecada responde de la devolución del préstamo, aunque al concursado solo le corresponda el 50% (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 11 de noviembre de 2022 y no cabe alegar el artículo 225 TRLC (art. 149.5 LC) para solicitar la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Tal precepto no está pensado para esta hipótesis en que queda pendiente deuda hipotecaria sobre la finca indivisa. Como se señala en la sentencia citada: «*En caso de venderse una mitad indivisa de la finca propiedad del concursado, dicha venta no determinará la cancelación total o parcial de la hipoteca constituida sobre toda la finca si el préstamo garantizado con la hipoteca se encuentra al corriente en el pago de las amortizaciones*» [38].

---

(37) Rodríguez Vega, L., 2021, p. 233.

(38) En contra de este criterio, resulta sorprendente la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 30 de noviembre de 2020. Se trataba de una finca hipotecada propiedad de dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria y siendo ambos codeudores solidarios. Sobre dicha finca pesaban varias anotaciones de embargo posteriores a la constitución de la hipoteca. Ambos deudores se declararon en concurso de acreedores y en el seno de dicho procedimiento se solicitó por parte del administrador concursal la celebración de la subasta pública electrónica de la mitad indivisa de la finca hipotecada de la que eran titulares ambos

Si hay impago del préstamo, la hipoteca se ejecutará, pero si el no concursado sigue abonando el préstamo y el concursado se acoge al itinerario de liquidación, al igual que señalé con ocasión del régimen de gananciales, si el cónyuge del concursado sigue abonando el préstamo hipotecario puede oponer la excepción objetiva del beneficio del plazo (art. 1148 CC) y evitar el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC). De esta forma no se ejecutaría la hipoteca.

No obstante, los acreedores no pueden verse perjudicados de la falta de ejecución, lo cual sucedería en el caso de que el valor del bien superara el de la deuda hipotecaria, ya que quedaría sobrante tras la ejecución. En tal caso, cabría ejecutar la cuota que sobre la vivienda corresponde al concursado, si bien con la subsistencia de la hipoteca sobre todo el inmueble, por lo que, concluido el concurso, el adquirente podría ejercitar la acción de división de cosa común que considerara pertinentes.

6. LA VÍA DEL CONCURSO SIN MASA PARA EVITAR LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL CUANDO LA DEUDA SUPERA EL VALOR DEL BIEN

Si hay un aspecto mal regulado en la reforma operada por la Ley 16/2022 es, a mi juicio, el concurso sin masa, es decir, aquel en el que el deudor carece de recursos siquiera para pagar los gastos derivados del procedimiento (arts. 37 bis y ss.). Parece haberse olvidado el legislador de que

---

deudores. No se ejecuta la hipoteca, sino el plan de liquidación. La cuota es adjudicada en la subasta al acreedor (Bankia) y en el decreto de adjudicación se ordena la cancelación de cargas referidas a esa mitad indivisa. Es decir, se ordena la cancelación de la hipoteca sobre dicha mitad indivisa a pesar de que subsistía la deuda hipotecaria pendiente. La registradora suspende la inscripción del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación el crédito entre ambos deudores por entender que no puede cancelarse la hipoteca dado que el crédito no aparece distribuido entre ambos deudores. Sorprendentemente la DGSFP estima el recurso interpuesto frente a la decisión de la registradora y considera por aplicación del artículo 149.5 LC (hoy artículo 225 TRLC): «la adquisición por el postor, en este caso el acreedor hipotecario, de lamitad indivisa del concursado implicará que la garantía hipotecaria pase a recaer únicamente sobre la otra mitad indivisa de la finca, si bien como consecuencia de la subasta, quedará minorada en la cantidad correspondiente al remate, sin perjuicio de las relaciones internas entre codeudores». Esta tesis violenta la indivisibilidad de la hipoteca (art. 119 LH) y solo puede justificarse la solución en una eventual confusión de derechos por parte del acreedor hipotecario. La cancelación de tales cargas se justifica en que los adquirentes de bienes en pública subasta deben quedar inmunes frente a acreedores que solo pueden ver satisfechos sus créditos con el producto obtenido por la enajenación forzosa. Tal norma no puede alegarse frente a un acreedor hipotecario cuando no se ha ejecutado la hipoteca. El adquirente en pública subasta adquiere el bien con la carga hipotecaria.

también el deudor puede solicitar la EPI en estas hipótesis (art. 501 TRLC) y hay un difícil encaje entre la regulación del concurso sin masa y la de la EPI. Veamos por qué.

En el concurso sin masa el deudor llega «sin nada» y no es previsible el ejercicio de las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. En estos casos la regulación establecida en el artículo 501 del TRLC determina que el deudor pueda optar a la exoneración definitiva vinculada a la liquidación de su patrimonio. Cuando el deudor no tenga realmente masa no habrá problema en que acceda a la exoneración definitiva, pero cuando conste con masa, aunque sea insuficiente, el juez del concurso debería constatar que se ha liquidado ese patrimonio antes de reconocer el derecho a la exoneración. Pues bien, esto que parece obvio, no sucede en la regulación aprobada.

El artículo 37 bis TRLC recoge los supuestos que se entienden como concurso sin masa, destacando respecto del tema que nos ocupa que es la vivienda el apartado d) que dispone que será sin masa el concurso cuando los *gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.* En el caso de que, por ejemplo, un deudor solo tenga un inmueble hipotecado en el que la deuda hipotecaria supere el valor de la garantía, se considera que existe insuficiencia de masa.

Presentada la solicitud de concurso, el juez lo declarará con insuficiencia de masa si se acredita que el patrimonio es insuficiente[(39)] para el pago de los gastos del procedimiento ordenando su publicidad en el BOE y Registro Público concursal (art. 37ter) para que en el plazo de 15 días los acreedores del concursado que representen al menos 5 % del pasivo puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal y emita el informe sobre los extremos que menciona el precepto[(40)]. Estas son las razones en las que se pueden basar los acreedores para nombrar al administrador concursal. Parece que no caben otras como,

(39) No hay que olvidar que los artículos 134 y 135 TRLC permiten que el juez pueda requerir información patrimonial al deudor.

(40) Artículo 37 ter […]: 1.º *Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley. 2.º Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados. 3.º Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.*

por ejemplo, la necesidad de liquidar el escaso patrimonio del deudor que pretende pedir la exoneración del pasivo. Los acreedores no son notificados, sino que tienen que estar pendientes de la publicidad en BOE y Registro Público Concursal y el plazo de reacción es corto: 15 días. Además, caso de que el administrador concursal sea nombrado, deben asumir el coste. Los incentivos del acreedor son mínimos. Entretanto, el deudor puede mentir descaradamente sobre su activo y es fácil que no se abra fase de calificación porque no se nombre AC ni *se inicie fase de liquidación*[41]. Como se puede comprobar, la norma quita poderes al juez y se los brinda a los acreedores, que son las «víctimas» de la EPI.

En suma, y respecto de la vivienda habitual del deudor, que es el tema objeto del presente trabajo, esta regulación del concurso sin masa implica que el deudor puede pedir la exoneración con base en el art.501 TRLC y si los acreedores no han reaccionado no hay administrador concursal y el juez puede concederla a pesar de que el deudor tenga activo por liquidar. Si la hipoteca que grava la vivienda habitual garantiza una deuda por valor superior al del bien dado en garantía, y el resto de los bienes del deudor no son suficientes para el pago de los gastos del procedimiento, se tratará de un concurso sin masa (art. 37 bis d) TRLC). Si los acreedores no solicitan nombramiento del administrador concursal no se abrirá la fase de calificación concursal ni parece que la de liquidación, no nombrándose administrador concursal. Como no se abre la fase de liquidación, no se produce vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC) y si el deudor sigue pagando el préstamo hipotecario la hipoteca no se ejecutará. El acreedor hipotecario escapa de esta forma de la EPI. En cambio, los demás acreedores la padecen y verán exonerados sus créditos.

Este resultado es sencillamente perverso y, a mi juicio, contrario a la DRI porque constituye una interpretación que priva al deudor de la exoneración del pasivo pendiente tras la ejecución de la garantía. Toda interpretación debe ser a favor de la exoneración. Pero es que además es que esta interpretación constituye un incentivo al préstamo irresponsable. Aunque el exceso de deuda hipotecaria sobre el valor del bien puede obedecer a otras razones, como puede ser la pérdida de valor del bien con carácter sobrevenido, lo cierto es que estos casos se han producido en las hipotecas constituidas antes de la crisis de 2008, siendo la sobrevaloración de las garantías una causa relevante. cuando se permite que se decrete la exoneración sin ejecutar la hipoteca, se «premia» al prestamista irresponsable permitiéndole escapar de la exoneración del sobrante tras

(41) Así lo ha destacado Blanco Saralegui, JM., 2021.

la ejecución. Tal interpretación no solo, como he dicho, es contraria a la DRI, sino también a la de Directiva 2014/17 UE sobre los contratos con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que establece que las sanciones por incumplimiento de obligación de evaluar la solvencia deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 38)[42]. Permitir que este prestamista escape de la exoneración no es más que un incentivo al préstamo irresponsable y ello no solo viola la DRI que prevé solo dos itinerarios para la obtención de la EPI[43] (liquidación y plan de pagos)[44], sino la normativa europea citada sobre préstamo responsable. Se impone una interpretación correctora conforme con la normativa europea citada y, particularmente, con la DRI[45].

Si bien un concurso sin masa puede concluirse sin liquidación, cuando se trata de obtener la EPI y el deudor no puede acogerse al plan de pagos (itinerario que creo que no hay razón para excluir en el escenario del art 37 bis d) TRLC), procede la apertura de la fase de liquidación cuando nos encontramos en el itinerario de EPI con liquidación. No hay tres itinerarios para obtener la EPI, sino solo dos. Así lo impone la DRI. No puede suceder que se obtenga la EPI sin liquidación cuando hay bienes que liquidar. Eso es un contrasentido. El art.501 TRLC, parte de la hipótesis de que no hay bienes que liquidar, pero no se tuvo en cuenta el artículo 37 bis d) TRLC podía tener consecuencias en sede de EPI porque excluía el sobrante de pasivo tras la ejecución de la garantía real. Por ello entiendo que deber liquidarse en todo caso en el que se solicite la EPI por el itinerario de liquidación. El problema es el cauce procesal para llevar a cabo la liquidación cuando no se ha nombrado AC. La regulación no puede ser más defi-

---

(42) *Cfr.* también el artículo 8 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

(43) Así se establece en el artículo 2.1.10 DRI que define la «plena exoneración de deudas»: la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, *en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos.* Cfr. Considerando 75 DRI*: «Los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas. Al aplicar tales normas, los Estados miembros deben poder elegir libremente entre esas opciones […]»*.

(44) Como señala Azofra Vegas, F., 2021, p. 262, la DRI no contempla la posibilidad de una EPI sin plan de pagos y sin liquidación. Buena prueba de ello es la regla contenida en el artículo 21.3 DRI que permite que se decrete la exoneración, aunque continúe el proceso de ejecución y liquidación de activos.

(45) Más extensamente mi trabajo, «Vivienda y concurso de acreedores», Actualidad Civil, núm. 9, 2023 https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrfKLGLsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE.

ciente en este punto y lo cierto es que permite evitar en sede concursal la ejecución de la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien.

Para evitar los inconvenientes de este planteamiento, caso de que la deuda hipotecaria supere el valor de la vivienda hipotecada, debe aplicarse por analogía el art. 492 bis TRLC, reestructurándose la deuda hipotecaria en la parte que excede del límite del privilegio especial (art. 489.1.8º TRLC) sin necesidad de ejecutar el inmueble. El juez puede ordenar a la entidad financiera el recálculo, el cual deberá realizar para que la deuda hipotecaria devenga líquida y exigible.

Aunque la reestructuración de la deuda hipotecaria prevista en el art. 492 bis está pensada para el deudor que se acoge al plan de pagos porque era el único escenario inicialmente previsto de EPI sin liquidación. Con todo, la norma está recogida en el capítulo relativo a los elementos comunes a toda exoneración y eso favorece su aplicación a todos los escenarios de EPI sin liquidación. Siguiendo una interpretación conforme con la DRI que pretende la exoneración plena del deudor, es perfectamente defendible la aplicación analógica del art. 492 bis al caso de concurso sin masa ex art. 37 bis d) TRLC. Existe identidad de razón porque en ambos casos (plan de pagos y concurso sin masa se opta a una EPI sin liquidación). Ahí está la identidad de razón. El acreedor real debe padecer la exoneración como todos los demás acreedores en la parte de deuda garantizada que exceda del valor de la garantía y que tiene la condición de exonerable.

Ahora bien, para que se pueda aplicar el art. 492 bis por analogía en concurso sin masa, es necesario que el deudor aporte una tasación del inmueble por entidad homologada por el Banco de España, para que se cumplan los requerimientos del art.273 TRLC relativos a la determinación del valor razonable del bien.

Así se ha entendido recientemente en el Auto 221/2023 de 20 de abril de 2023 del Juzgado Mercantil de Sevilla que aplica analógicamente el art. 492 bis TRLC en caso de concurso sin masa, procediendo a la reestructuración de la deuda hipotecaria. Al mismo resultado llega el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 6 de marzo de 2023 declarando exonerable la deuda que quede pendiente tras la futura ejecución hipotecaria. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado Mercantil n.º 2 de Pamplona de 23 de octubre de 2024

La tesis que defiendo ha sido mantenida también en el Auto del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona de 23 de abril de 2025.

En suma, la vivienda habitual del concursado puede conservarse en el proceso concursal en caso de plan de pagos y en los supuestos de concurso sin masa.

7. BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñen, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, excónyuge o conviviente *more uxorio*», *Revista Jurídica La Ley,* año XXVII, número 6573, jueves 19 octubre 2006,.

Alvarez Olalla, *Comentario al artículo 78 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004.

Azofra Vegas, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones/Journal of Insolvency & Restructuring* 7/2022.

Beltrán Sánchez, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra, Madrid, 2002.

Blanco Saralegui, J. M., «La nueva regulación de los concursos sin masa», La Ley Insolvencia núm. 5, julio-septiembre 2021, Ed. La Ley.

Blanquer Uberos, *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones, en La nueva Ley Concursal,* Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2005.

Cuena, M., y Fernández Seijo, J. M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física», III Aranzadi, Cizur Menor 2023.

Cuena Casas, M., «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.

— Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) El notario del siglo xxi. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 101, p. 48-51. https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas.

— «Régimen jurídico de la vivienda familiar» Tratado de derecho de la familia / Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), Matilde Cuena Casas (dir.), vol. 3, 2011 (Los regímenes económicos matrimoniales (I)), pp. 275-442.

— «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» (2015), Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 23, pp. 329-346.

— «Vivienda y concurso de acreedores», Actualidad Civil, núm. 9, 2023 https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrfKLGLsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE.

— «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022), El notario del siglo xxi. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 101, pp. 48-51.

Curiel Lorente, E., «El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal», *Actas de los decimonovenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2010.

Escolá, E., «El derecho a la segunda oportunidad de los consumidores tras la reforma concursal. Algunos avances y muchos retrocesos.» VLex. Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios núm. 13, febrero 2021.

Fachal, N., «Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado», Blog Almacén de Derecho, 25 de mayo de 2022. https://almacendederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado.

— Deudas con garantía real y exoneración del pasivo insatisfecho», La Ley Insolvencia, núm. 21, julio 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.

García Montalvo, J. (2009), «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de economía española,* núm. 122, 66-87. https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/.

Gross, K.; Heidt, K., y Lupica, L. (2006), «Legislative Messaging and Bankruptcy Law», *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 ss.

López Beltrán de Heredia, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia,* Valencia, 1999.

Martín Martín A., «Paralización de ejecuciones extraconcursales tras la Ley 16/2022» (20 de noviembre de 2022) quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/.

Martín Meléndez, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995.

Mingzhi Hu, y Xiaoshuab Li, «The reasons that younger homeowners are less likely to become entrepreneurs: The role of capital constraints», *Journal of Regional economics* 2022.

Moya Fernández, A., «Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de las garantías» Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 275-296.

Murcia Quintana, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar. (El artículo 1320 CC),* Cizur Menor, 2005.

Parra Lucán, M. Á., «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por Rojo Fernández-Río y Beltrán Sánchez, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2009.

Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia,* Madrid, 2001.

Rodríguez Llamas, S., «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», Revista de Derecho Patrimonial, núm. 30, 2013, pp. 199-233.

Rodríguez Vega, L., «Enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada», Gómez Asensio, C*., La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023,* Thomson Aranzadi, 2021,.

Sendra Albiñana, A., *El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas*. IIILa Ley, Madrid, 2023.

D. Visión panorámica y recapitulativa de los mecanismos procesales de protección a las personas vulnerables*

Felip Alba Cladera
Profesor Titular Laboral de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares
felip.alba@uib.es

Resumen: *El legislador, en los últimos años, ha hecho hincapié en la protección de las personas vulnerables en procedimientos de desahucio y en procesos de ejecución cuyo objeto sea la vivienda habitual. Por esta razón, el objetivo de este trabajo es ofrecer una visión panorámica de todos los mecanismos procesales específicos de protección a las personas vulnerables aplicables en estos procedimientos.*

Abstract: *The legislator, in recent years, has emphasized the protection of vulnerable people in eviction procedures and in enforcement procedures whose object is habitual residence. For this reason, the aim of this paper is*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) y dirigido por la Prof.ª Cuena Casas.

to provide an overview of all the specific procedural mechanisms for the protection of vulnerable persons applicable in these proceedings.

Palabras clave: *desahucio; ejecución ordinaria; ejecución hipotecaria; vulnerabilidad.*

Keywords: *eviction; ordinary enforcement; foreclosure; vulnerability.*

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El juicio verbal de desahucio por falta de pago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo contractual o legal (art. 250.1.1.º LEC). 3. El juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC). 4. El juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas* (art. 250.1.4.ºII LEC). 5. El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). 6. Proceso de ejecución ordinaria. 6.1 Ejecución dineraria. 6.2 Ejecución no dineraria. 7. Proceso de ejecución hipotecaria. 8. Lanzamientos en la vivienda habitual que traen causa de un proceso penal.

1. PLANTEAMIENTO

Debido al importantísimo impacto que han tenido en los últimos años la multitud de reformas de los procedimientos de desahucio y ejecución de la vivienda habitual dirigidas a proteger los inquilinos y ocupantes más vulnerables, incluyendo la propia suspensión de los procesos y su ejecución, hemos considerado conveniente realizar una recapitulación[(1)] para ofrecer al lector una visión panorámica de toda la batería de medidas de protección a los más vulnerables aplicables en estos procedimientos.

2. EL JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO DE LA RENTA O CANTIDADES DEBIDAS POR EL ARRENDATARIO O POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL O LEGAL (ART. 250.1.1.º LEC)

– Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para

(1) Y decimos recapitulación porque estas cuestiones han sido tratadas con detalle en los capítulos precedentes.

que ésta sea admitida si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

– Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado

• *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

• *Suspensión extraordinaria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el procedimiento de desahucio y el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

– Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independiente-

mente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid*. artículo 549.3 LEC.

– **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

3. EL JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO POR PRECARIO (ART. 250.1.2.º LEC)

– **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

– **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

• *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de

vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de diciembre).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se

deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid*. artículo 549.3 LEC.

– **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

4. EL JUICIO VERBAL PARA EL DESAHUCIO EXPRÉS DE *OKUPAS* (ART. 250.1.4.º II LEC)

– **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida: si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

– **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

• *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente

concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tenga a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– **Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, establece que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se

deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

– **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social, por si procediera su actuación, cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

5. EL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS REALES INSCRITOS (ART. 250.1.7.º LEC)

– **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida: si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de viviendas, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

– **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

• *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente

concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

– **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

6. PROCESO DE EJECUCIÓN CIVIL

6.1 **Ejecución dineraria**

– **Prohibición de los lanzamientos sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 675.4 LEC dispone que *el auto que resolviere sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble deberá ser notificado a los ocupantes y fijará día y hora exacta en la que éste tendrá lugar.* Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

– **Cuantías inembargables en protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria**

El artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, añade limitaciones a la cuantía embargable del salario o equivalente respecto de las ya previstas en el artículo 607.1 LEC, para el caso específico de que sea necesario continuar un proceso de ejecución posterior al proceso de ejecución hipotecaria en el que se ha vendido la vivienda habitual del ejecutado sin que la deuda haya resultado completamente satisfecha. Esta norma incrementa en un 50 % la parte inembargable del salario conforme al artículo 607.1 LEC, es decir, la primera cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional, y añade a esa parte inembargable

otro 30 % del salario mínimo por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

6.2 **Ejecución no dineraria**

– **Plazo de desalojo de vivienda habitual y posibilidad de prórroga**

El artículo 704.1 LEC, en su párrafo primero, prevé que, si el inmueble que se deba entregar fuera la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el LAJ les dará un plazo de un mes para desalojarlo, pudiéndose extender dicho plazo un mes más si concurre un motivo fundado.

– **Prohibición de los lanzamientos sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 704.1 LEC, en su párrafo segundo, dispone que *se fijará día y hora exacta del lanzamiento tanto en la resolución inicial como en la que acuerda la prórroga o en cualquier resolución ulterior que acuerde el lanzamiento, aunque este se haya intentado practicar con anterioridad.* Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

– **Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional**

- *Ejecución del desahucio por falta de pago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo contractual*

Para las ejecuciones que deriven de juicios verbales del apartado 1.º del artículo 250.1 LEC, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

- *Ejecución del desahucio por precario, desahucio exprés de okupas y juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos*

Para las ejecuciones que deriven de juicios verbales de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC, el artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

7. PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

– **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

– El artículo 685.2 LEC dispone que en los supuestos de demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados se indique necesariamente por el acreedor ejecutante si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual del deudor ejecutado y si concurre en el ejecutante la condición de gran tenedor de vivienda.

– Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado

• *Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables de la LPDH*

El artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (LPDH), recoge la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables. Aunque esta medida, en origen, tenía carácter excepcional y temporal, mediante el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, ha extendido su vigencia hasta el 15 mayo de 2028.

• *Aplicabilidad de la suspensión del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 686.1 LEC ordena que el requerimiento de pago dirigido al deudor –una vez se despacha la ejecución hipotecaria– contenga información sobre la posible declaración del ejecutado en situación de vulnerabilidad por los servicios sociales remitiéndose para ello al artículo 441.5 LEC, norma cuyo ámbito de aplicación originario es el de los procesos de desahucio. El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

– Alquiler social de la vivienda hipotecada

En virtud del artículo 1.1 LPDH, en su inciso segundo, el ejecutado que se encuentre bajo el umbral de exclusión podrá obtener del acreedor hipotecario adherido al Código de Buenas Prácticas que se aprueba mediante el Real Decreto-Ley 6/2012 (reformado por el Real Decreto-Ley 19/2022)

el alquiler de la vivienda hipotecada, en las condiciones establecidas en el mencionado Código. Aunque esta medida, en origen, tenía carácter excepcional y temporal, mediante el Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, ha extendido su vigencia hasta el 15 mayo de 2028.

8. LANZAMIENTOS EN LA VIVIENDA HABITUAL QUE TRAEN CAUSA DE UN PROCESO PENAL

– Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social

En la Disposición adicional séptima LEC (introducida por la LDV) se recoge que en los procedimientos penales que se sigan por delito de usurpación del art 245.2 del Código Penal, en caso de sustanciarse con carácter cautelar la medida de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor o, también, cuando el desalojo de la vivienda se acuerde en sentencia, y siempre que entre quienes ocupen la vivienda se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad, se dará traslado a las administraciones públicas competentes con el fin de que puedan adoptar las medidas de protección que correspondan.

– Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múl-

tiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de diciembre).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de penal, sino, únicamente, al lanzamiento de los ocupantes de la vivienda.

XIII

VIVIENDA FAMILIAR

A. Adquisición de la vivienda familiar

Camino Sanciñena Asurmendi
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Oviedo[(1)]

Resumen: *La vivienda familiar adopta naturaleza ganancial, privativa o en proindiviso dependiendo de quien sea el comprador –un solo cónyuge o los dos conjuntamente–; de las circunstancias que concurran en su adquisición –pago del precio al contado o a plazos–; del momento de la compraventa respecto a la sociedad de gananciales –anterior al inicio o vigente el régimen de gananciales–, y del acuerdo de los cónyuges. El carácter atribuido a la vivienda familiar con relación a la procedencia de los fondos para su adquisición despliega un importante efecto: el nacimiento de un derecho de reembolso a inventariar como crédito en el activo o pasivo de la sociedad de gananciales al momento de su liquidación.*

Palabras clave: *Vivienda familiar. Bien privativo. Bien ganancial. Reembolso.*

(1) Este trabajo se incluye en los resultados derivados del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global e interdisciplinar» (PID2021-124953NB-100) del que la autora forma parte.

Abstract: *The family home becomes joint ownership, separate ownership or undivided ownership depending on whether the buyer is a single spouse or both spouses together; the circumstances surrounding its or their acquisition, payment of the price in cash or in installments; the time of the sale in relation to the community property, prior to the start or in force of the community property regime, and the agreement of the spouses. The character attributed to the family home in relation to the origin of the funds for its acquisition displays an important effect: it creates a right to reimbursement to be inventoried as a credit in the assets or liabilities of the community property at the time of its liquidation.*

Keywords: *Family home. Private property. Community property. Reimbursement.*

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Adquisición por los cónyuges. 2.1 Adquisición antes de la sociedad de gananciales. 2.2 Adquisición a título gratuito constante la sociedad de gananciales. 2.3 Adquisición con atribución de cuotas. 2.4 Adquisición con atribución expresa del carácter ganancial. 2.5 Adquisición a título oneroso. 3. Adquisición por un cónyuge. 4. Adquisición a plazos. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La adquisición de la vivienda familiar en sede del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales tiene una regulación específica en el artículo 1357 del Código civil, rigiéndose los supuestos allí no contemplados por las reglas generales de la adquisición de los bienes. La naturaleza jurídica de la vivienda familiar puede oscilar en vivienda enteramente ganancial, totalmente privativa de un cónyuge, en proindiviso ordinario privativo de los dos cónyuges, proindiviso entre un cónyuge y la sociedad de gananciales o entre los dos cónyuges y la sociedad de gananciales. La dotación de un carácter u otro –con los efectos que conlleva– dependerá de la voluntad de los cónyuges y de las diferentes circunstancias en la adquisición de la vivienda familiar, como de quien sea el comprador: un cónyuge o futuro cónyuge, los dos conjuntamente o uno con el consentimiento del otro; de la temporalidad de la adquisición respecto a la sociedad de gananciales: si se adquiere antes de la sociedad de gananciales o constante el régimen, y del modo de adquisición: si el precio se paga al contado o se abona a plazos[(2)].

(2) Por su naturaleza y extensión, este trabajo centra su aparato bibliográfico y jurisprudencial en la doctrina y resoluciones recientes habidas en la presente década. Para la situación anterior, véase Sanciñena Asurmendi y Gago Simarro, 2021, pp. 37-108, y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

2. ADQUISICIÓN POR LOS CÓNYUGES

Los dos cónyuges casados en régimen de gananciales pueden adquirir conjuntamente la vivienda familiar antes del inicio de la sociedad de gananciales, generalmente antes del matrimonio, de solteros siendo novios o pareja de hecho. Pueden adquirirla a título gratuito o a título oneroso; manifestar una voluntad determinada como que la adquieren para la sociedad de gananciales o con atribución de cuotas indivisas de carácter privativo de uno o de los dos, y aportar para la adquisición dinero ganancial o dinero privativo [3].

2.1 **Adquisición antes de la sociedad de gananciales**

La compra y adquisición conjunta y al contado de la vivienda familiar o de cualquier otro bien por quienes luego van a contraer matrimonio se rige por la compraventa realizada por dos personas. Hace nacer una copropiedad o comunidad ordinaria o romana, en la que el bien pertenece en proindiviso a los compradores, con cuotas en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Los compradores deberán manifestar en el mismo acto de adquisición las cuotas que se asignan en el bien haciendo constar los «datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (art. 54.1 del Reglamento hipotecario) para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La vivienda familiar en proindiviso de los cónyuges se rige por las reglas de la comunidad ordinaria de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código civil, con inevitables intersecciones con la sociedad de gananciales como, por ejemplo, la originada por los gastos de conservación y administración (arts. 393 y 395 del Código civil) a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 del Código civil) [4].

---

(3) Resulta debatido todavía el pacto de privatividad de los cónyuges casados en régimen de gananciales por el que atribuyen carácter privativo a un bien. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública parece admitirlo, pero exige el requisito de hacer constar una causa adecuada que habitualmente se incumple, con la consecuencia de que se niega la inscripción del bien con carácter privativo no confesado ni probado. Esta posibilidad fue incoada en la RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153), y ha sido reiterada en recientes pronunciamientos como las resoluciones núm. 12556/2018 de 30 de julio (RJ 2018\3887), 8911/2020 de 12 de junio (RJ 2020\3382), 1229\2021 de 15 de enero (RJ 2021\207), 17334/2021 de 9 de septiembre (RJ 2021\4598), 14767/2023 de 24 de mayo (JUR 2023\263777), 16518/2023 de 20 de junio (JUR 2023\347599), 17224\2023 de 7 de julio (JUR 2023\319176) y 4946\2024 de 12 de febrero (JUR 2024\80642). Véase, López Frías, RDC, pp. 269-301, Platero Alcón, AJI, pp. 690-727, Calaza López, DF, pp. 1-29.

(4) A las reglas de la comunidad ordinaria se somete también la vivienda familiar en proindiviso comprada conjuntamente por dos personas que sean novios, miembros de una pareja de hecho meramente fáctica o de una pareja de hecho reconocida por el derecho, o cónyuges casados en régimen de

Siempre que la vivienda familiar tuviera totalmente abonado el precio antes del inicio de la sociedad de gananciales, el posterior matrimonio o comienzo del régimen de gananciales de los compradores no altera la naturaleza en proindiviso de la vivienda familiar. La vivienda familiar totalmente pagada, común en proindiviso de los dos cónyuges, no se integra en la sociedad de gananciales, ni se convierte en bien ganancial por el mero hecho del inicio del régimen de sociedad de gananciales[5].

2.2 **Adquisición a título gratuito constante la sociedad de gananciales**

Las disposiciones generales prevén que los bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales a título gratuito tendrán carácter privativo del cónyuge adquirente –donatario, heredero o legatario, etc.– (art. 1346.2.º del Código civil). En consecuencia, cuando fueran los dos cónyuges quienes adquirieran a título gratuito se debería entender, de acuerdo con esta regla, que el bien adquirido sería privativo de los dos, es decir, en proindiviso privativo de cada cónyuge.

Sin embargo, esta disposición general se encuentra corregida por una regla específica contenida en los artículos 1353 del Código civil y 93.1.2 del Reglamento hipotecario. Prevén estos preceptos que cuando son los dos cónyuges quienes adquieren por donación o testamento, el bien adquirido –ya sea una vivienda para ser la familiar o cualquier otro bien– tendrá la consideración de bien ganancial y será inscrito como tal.

Dichos artículos exigen, con idéntica redacción, la concurrencia de varios requisitos para que el bien transmitido tenga carácter ganancial y sea inscrito «a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial» (art. 93.1 del Reglamento hipotecario). Requieren expresamente que la transmisión debe realizarse a los dos cónyuges conjuntamente, sin especial designación de partes, que ambos cónyuges deben aceptar la liberalidad y que «el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario».

De entre estos requisitos, algunos son generales de cualquier transmisión a título gratuito, como que los bienes deben ser donados o dejados en testamento a los dos cónyuges conjuntamente. Consecuentemente, los dos cónyuges deben figurar como donatarios, herederos o legatarios en

---

separación de bienes. La vivienda familiar tendrá carácter en proindiviso de acuerdo con las cuotas expresamente manifestadas por las partes, coincidan o no con la realidad de la procedencia del dinero empleado para el pago del precio.

(5) No obstante, la vivienda en proindiviso de los cónyuges, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, queda afectada en cuanto *familiar* por reglas específicas (civiles, registrales y tributarias) sobre todo a la disolución y liquidación del régimen. Véase mi trabajo, 2023, pp. 43-87.

cosa cierta y determinada respecto al mismo bien (*ex* artículos 768 y 882 del Código civil).

Igualmente, el requisito de la aceptación –que ambos cónyuges deben aceptar la liberalidad manifestando su consentimiento para adquirir la propiedad del bien– es una reiteración de la exigencia general de que la adquisición a título gratuito debe ser aceptada por el donatario (arts. 618, 623, 629 y 633.2 del Código civil) o por el heredero (art. 989 del Código civil) [6]. Es decir, los dos cónyuges deben aceptar la transmisión a título gratuito.

Los requisitos de que la disposición del bien debe haber sido realizada por el donante o testador sin especial designación de partes y sin haber dispuesto nada en contra del carácter ganancial son propios de la regulación de la sociedad de gananciales. Se precisa que el donante o testador no haya designado partes, pues si hubiese transmitido el bien señalando cuotas –ya sean al 50 % o en otro porcentaje, por ejemplo 40 %-60 %– el bien correspondería a los dos cónyuges en proindiviso según la cuota asignada. Asimismo, es necesario que del acto de disposición no pueda colegirse que el donante o testador no quiso transmitir el bien con carácter ganancial. Se derivaría una voluntad contraria al ingreso de la vivienda donada o legada en la sociedad de gananciales, por ejemplo, si el donante o testador hubiese dejado el bien a los cónyuges, pero separando la nuda propiedad y el usufructo, dejando a uno de los cónyuges la nuda propiedad y al otro el derecho de usufructo sobre el bien. En ese caso, ambos derechos tendrían carácter privativo del cónyuge beneficiario, porque cada derecho se habrá concedido a uno solo de los cónyuges (art. 1346.2.º del Código civil).

La regla de los artículos 1353 del Código civil y 93.1.2 del Reglamento hipotecario, aunque se refiere a los bienes donados o dejados en testamento, es fácilmente extensible a los bienes transmitidos conjuntamente a los dos cónyuges a título gratuito.

La atribución del carácter ganancial al bien donado o legado es imperativa para los cónyuges, que no podrán alterar dicha naturaleza en pro de un carácter en proindiviso ordinario o privativo de uno de ellos, por ser una transmisión a título gratuito sin precio ni contraprestación.

2.3 **Adquisición con atribución de cuotas**

Los dos cónyuges pueden comprar la vivienda familiar o cualquier otro bien con atribución de cuotas entre ellos, manifestando expresamente su

(6) Los nombrados legatarios de cosa cierta y determinada adquieren la propiedad del bien legado al momento del fallecimiento del testador, debiendo aparecer ambos legatarios en la escritura pública de entrega del legado de bien inmueble.

voluntad conjunta de adquirir en proindiviso según el artículo 1354 del Código civil. Las cuotas pueden ser iguales –por mitades o 50 %– privativas de cada cónyuge, o diferentes, por ejemplo 60 %-40 %. También pueden adquirir en proindiviso con una cuota ganancial junto con una o dos participaciones privativas (correspondientes a uno solo o a los dos cónyuges). Para su inscripción en el Registro de la Propiedad, deberá hacerse constar los datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (art. 54.1 del Reglamento hipotecario).

Precisa el artículo 1354 del Código civil que las cuotas –privativas o ganancial– se determinarán en proporción «al valor de las aportaciones respectivas», atendiendo al principio de subrogación real. Dicho precepto no diferencia la vivienda familiar de otro bien, por lo que cualesquiera que sean los bienes adquiridos se les aplica la misma regulación.

La atribución de partes indivisas por los cónyuges debe ser expresa y manifestada por acuerdo en el mismo acto de adquisición. La prueba posterior del carácter privativo en todo o en parte del dinero aportado no permite alterar la naturaleza proindiviso del bien adquirido, ni variar las cuantías de las participaciones indivisas. En este sentido, destaca la Sentencia de 25 de abril de 2022 (7), en cuyo supuesto de hecho aceptado por las partes la vivienda y la plaza de garaje se habían adquirido en participaciones indivisas entre el marido (147/330) y la sociedad de gananciales (55,45 %), en atención a que el marido había aportado para la adquisición el dinero procedente de la venta de una vivienda privativa. También quedó probado que en la adquisición de dichas fincas se había utilizado el dinero procedente de una donación dineraria, que el donante –padre del marido– había ingresado en una cuenta de titularidad del hijo y de su mujer. El litigio versa sobre el carácter conjunto o individual de la donación. El marido alegaba la privatividad de la donación, que haría surgir un crédito en el pasivo de la sociedad de gananciales a su favor por el importe actualizado, como falló la sentencia de primera instancia; mientras que la esposa defendía el carácter ganancial de la donación por haberse ingresado en una cuenta bancaria titularidad de ambos cónyuges, y solicitaba la eliminación del crédito a favor del marido del pasivo de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo estima el carácter privativo de la donación dineraria, dado que la titularidad conjunta de la cuenta bancaria no convierte a los dos cónyuges en donatarios, ni prejuzga la titularidad dominical de las sumas ingresadas, que conservan el carácter privativo. Para ello reitera: «[e]s doctrina de esta Sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados; por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más

(7) STS núm. 322/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2114).

concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos»[8]. El fallo casa la sentencia de la Audiencia para incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el importe actualizado de la donación. Resulta significativo que el marido no hubiera solicitado la modificación de las participaciones indivisas, lo que habría acrecido la cuota del marido en un 11,1 % y disminuido la ganancial en la misma proporción.

2.4 **Adquisición con atribución expresa del carácter ganancial**

La adquisición por los dos cónyuges a título oneroso permite primar su voluntad expresa conjunta sobre las reglas generales de atribución de la ganancialidad (art. 1347 del Código civil) o de la privatividad (art. 1346 del Código civil). Así aparece contemplado en el artículo 1355 párrafo primero del Código civil al puntualizar que el bien tendrá carácter ganancial con independencia de la «procedencia del precio o contraprestación».

La atribución expresa de ganancialidad otorga al bien la naturaleza ganancial, aunque el precio –en su totalidad o en una parte– se haya abonado con dinero privativo de uno o de los dos cónyuges. El acuerdo de ganancialidad exige como requisitos que la adquisición sea a título oneroso y que el otorgamiento de la ganancialidad se haga de común acuerdo por los dos cónyuges «vigente el matrimonio». Se refiere el artículo 1355.1 del Código civil a la vigencia del matrimonio en el sentido de *constante* la sociedad de gananciales en el momento de la adquisición.

El acuerdo de los cónyuges que atribuye expresamente la ganancialidad debe realizarse en el momento de la adquisición del bien, de modo que el bien adquirido ingrese directamente –*ab initio*– en la masa ganancial.

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia la constituye la concreción del «momento de la adquisición» en orden a determinar cuándo debe recaer el consentimiento de los dos cónyuges, si a la perfección del contrato, al de la adquisición del derecho de propiedad mediante la *traditio*, o a la formalización de la escritura pública.

La determinación del momento de adquisición cobra especial relevancia cuando existe una horquilla temporal amplia entre la perfección del contrato, la adquisición del derecho de propiedad y la escritura pública, que no queda cubierta por la vigencia de la sociedad de gananciales. Así, cuando el contrato de compraventa celebrado por un cónyuge en estado de soltero se

(8) Previamente y en el mismo sentido, SSTS núm. 1090/1995 de 19 de diciembre (RJ 1995\9425), 83/2013 de 15 de febrero (RJ 2013\2014), 534/2018 de 28 de septiembre (RJ 2018\4240) y 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3029).

realiza en documento privado, pero la escritura pública se realiza constante la sociedad de gananciales cabe distinguir diversas situaciones, según cuando se produzca la tradición y quienes formalicen la escritura pública.

En primer lugar, compraventa en documento privado seguida de la tradición antes del inicio de la sociedad de gananciales, y *elevación* a escritura pública únicamente por el cónyuge comprador vigente la sociedad de gananciales. En este caso, la mera elevación a pública de la compraventa carece de la virtualidad de modificar el carácter de la vivienda, que seguirá calificándose de privativa del cónyuge comprador, de conformidad con el artículo 1346.1.º del Código civil, por haber sido *adquirida* por un solo cónyuge antes del inicio de la sociedad de gananciales[9].

En segundo lugar, compraventa en documento privado seguida de la tradición antes del inicio de la sociedad de gananciales, pero formalización de escritura pública compareciendo con el consorte una vez casados en sociedad de gananciales. Es el objeto de la Sentencia de 12 de febrero de 2020[10] que declara indebidamente aplicado el artículo 1355.1 del Código civil por no haberse manifestado los consentimientos de los cónyuges para la atribución de la ganancialidad al «momento de la adquisición». El cónyuge comprador había adquirido de soltero por la concurrencia del documento privado de compraventa y la entrega de la posesión, por lo que la formalización de la escritura pública no constituye el «momento de la adquisición», habiendo ingresado la vivienda en el patrimonio del cónyuge comprador. No obstante, el fallo entiende que la escritura pública recoge la voluntad de los dos cónyuges a favor de otorgar carácter ganancial a la vivienda. En efecto, en estos casos el acuerdo de los cónyuges es fácilmente calificado de negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales –amparado en el artículo 1323 del Código civil–, por lo que la vivienda recibe el carácter ganancial, al ser *aportada* a la sociedad de gananciales por el cónyuge comprador con el consentimiento del consorte[11].

En tercer lugar, compraventa por un solo cónyuge en documento privado antes del inicio de la sociedad de gananciales, y adquisición de la propiedad y escrituración de la compraventa por ambos cónyuges casados en régimen de gananciales. Este supuesto podría subsumirse en la regulación tanto de los bienes *comprados* antes de la sociedad de gananciales (art. 1357 del Código civil) como en la de los bienes *adquiridos* constante la sociedad de gananciales (art. 1355 del Código civil). Analizan

(9) En estos casos, se toma como punto de partida que la elevación a escritura pública no supone la perfección de un contrato nuevo, sino la ratificación o reproducción de un contrato anterior que ya estaba perfeccionado, tal y como puntualiza la STS núm. 358/2002 de 17 de abril (RJ 2002\3293).

(10) STS núm. 98/2020 de 12 de febrero (RJ 2020\374).

(11) Sobre la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, véase Sanciñena Asurmendi y Gago Simarro, ADC, 2022, pp. 1451-1521, y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

la confluencia de estos dos preceptos las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 y de 31 de marzo de 2010 (12). Comparten el mismo supuesto de hecho, en el que el futuro cónyuge había comprado en documento privado sendas viviendas y plazas de garaje en construcción –objeto de las dos resoluciones–, habiéndose pactado un fraccionamiento del pago de precio y la subrogación en el remanente de los préstamos hipotecarios cuando las compraventas se formalizasen en escritura pública. Las resoluciones se centran en el conflicto entre los artículos 1355 y 1357 del Código civil, que se resuelve dando preferencia a la voluntad de los cónyuges, quienes habían escriturado una *nueva* compraventa, con mención expresa del artículo 1355 del Código civil, manifestando que la vendedora *vendía* y *transmitía* a los dos cónyuges que *compraban* y *adquirían* para su sociedad de gananciales, por lo que la escritura *transmitía su pleno dominio*. En consecuencia, las viviendas y plazas de garajes se califican como bienes gananciales por atribución de ganancialidad al momento de la adquisición, inscribiéndose tal carácter y circunstancia en el Registro de la Propiedad.

La atribución expresa de ganancialidad tiene como finalidad el otorgamiento del carácter ganancial por la voluntad de los cónyuges. Como recoge la jurisprudencia: «El efecto del artículo 1355 del Código civil es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial. Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del artículo 1347.3 del Código civil. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial. Lo que permite el artículo 1355 del Código civil es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal» (STS 15 enero 2024) (13). Ahora bien, la atribución expresa de ganancialidad produce los mismos efectos e inscripción háyanse aportado solo dinero ganancial o también dinero privativo. Es decir, el bien adquirido íntegramente con dinero ganancial al que los cónyuges atribuyen expresamente carácter ganancial adquiere dicho carácter ganancial, y se inscribe en el Registro de la Propiedad señalándose la atribución expresa y de común acuerdo de la condición ganancial (art. 93.1 del Reglamento hipotecario).

La misma regla se aplica en caso de que se utilicen fondos en parte privativos y en parte gananciales: «Puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 del Código civil), el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge,

(12) RRDGRN 29 marzo 2010 (RJ 2010\2375) y 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).
(13) STS núm. 35/2024 de 15 de enero (JUR 2024\26133).

sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes. Aunque el artículo 1355 del Código civil no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del Código civil)» (STS 21 febrero 2023) (14).

El otorgamiento de esa naturaleza ganancial es de carácter irrevocable y no se desvirtúa por el hecho de que se hayan utilizado fondos privativos de uno de los cónyuges. La prueba del carácter privativo del dinero aportado no permite cambiar la naturaleza ganancial de la vivienda familiar a bien en proindiviso en aplicación del artículo 1354 del Código civil (15). «Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges» (STS 21 febrero 2023, entre otras muchas).

No obstante lo anterior, la prueba del carácter privativo del dinero utilizado en la adquisición del referido bien hará surgir un derecho de reembolso «para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales» (STS 28 junio 2021) (16) a favor del cónyuge que aportó el dinero privativo. En efecto, la ganancialidad atribuida a la vivienda familiar genera un derecho de reembolso cuando en su adquisición se han invertido fondos procedentes de una masa de bienes que no se beneficia con la propiedad de la vivienda familiar (17). Este crédito se inventariará en el pasivo de la sociedad de gananciales al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1398.3.ª del Código civil), si no se hubiese satisfecho con anterioridad. El crédito no se limita al valor nominal del dinero o contraprestación de carácter privativo invertido en la adquisición del bien. El montante privativo aportado se actualizará al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1358 y 1398.3.ª del Código civil) (18).

---

(14) STS núm. 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081).

(15) El bien adquirido se inscribe como ganancial por «atribución de común acuerdo de tal condición» en el Registro de la Propiedad (art. 93.1 del Reglamento hipotecario). Al haberse concedido el carácter ganancial por el consentimiento de los dos cónyuges, se impide registralmente la ulterior justificación o confesión de la privatividad del bien hecha por cualquiera de ellos por resultar contraria a la aseveración realizada en la adquisición del bien (art. 95.6 del Reglamento hipotecario).

(16) STS núm. 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3039).

(17) Sobre el derecho de reembolso, véase Sanciñena Asurmendi y Gago Simarro, 2021, pp. 53 y ss., y la doctrina y jurisprudencia allí citadas. Entre la doctrina posterior, véase, Chaparro Matamoros, 2023, pp. 686-714; Gallardo Rodríguez, *La Ley*, pp. 3-27; Gómez Bello Pagliaro, 2023, pp. 1171-1184; Berrocal Lanzarot, 2023, pp. 1047-1068; Benavente Moreda, CCJC, pp. 3-4/21.

(18) Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo han defendido la utilización del criterio del IPC para la actualización de las deudas abonadas por un cónyuge que originan un crédito contra la sociedad de gananciales del artículo 1398.3.ª del Código civil. Destaca la STS núm. 224/2022 de 24 de marzo (RJ 2022\1187) que versó únicamente sobre la fórmula de actualización. Califica el derecho de reembolso de deuda de valor, en la que la prestación debida se

La doctrina jurisprudencial desde la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 (19) ha reiterado sin fisuras que el derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición, siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien es independiente del carácter privativo o ganancial de los fondos, y no convierte en ganancial el dinero privativo empleado para su adquisición. Justifica el derecho de reembolso en que como la donación no se presume, los desplazamientos entre las masas patrimoniales deben equilibrarse mediante el derecho de reembolso. Asimismo, como la adquisición de bienes comunes corresponde a la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª del Código civil), la aportación de dinero privativo genera un crédito a favor del cónyuge aportante por el importe actualizado, que debe reembolsar la sociedad de gananciales, y que se incluye en el pasivo de la sociedad de gananciales al momento de su liquidación (art. 1398.3.ª del Código civil) (20).

Menciona también el artículo 1355.1 del Código civil que se atribuye expresamente el carácter ganancial, cualquiera que haya sido la forma y plazos como se satisfaga el precio. No diferencia que la vivienda familiar se adquiera al contado o a plazos, ni por la procedencia del dinero con el que se paguen dichos plazos. La vivienda familiar tendrá carácter ganancial *ab initio*, y el abono de los plazos con dinero privativo no modificará la naturaleza de la vivienda familiar, sino que hará nacer un crédito al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge

---

manifiesta en un equivalente de poder adquisitivo, inclinándose por acudir a la variación del IPC fijado por el INE sobre el interés legal del dinero. Justifica que el IPC es una medida estadística de la evolución de los precios de los bienes y servicios que consume la población residente en viviendas familiares en España y, en consecuencia, es el procedimiento idóneo para determinar el equivalente actual de poder adquisitivo de las cantidades que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad. Previamente la STS núm. 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464) había actualizado los importes al IPC.

(19) STS (Pleno) núm. 295/2019, de 27 de mayo (RJ 2019\2143).

(20) Véase entre otras las SSTS núm. 415/2019 de 11 de julio (RJ 2019\2797), 138/2020, de 2 de marzo (RJ 2020\599), 216/2020 de 1 de junio (RJ 2020\1342), 591/2020, de 11 de noviembre (RJ 2020\4250), 371/2021 de 31 de mayo (RJ 2021\2621), 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3039), 795/2021, de 22 de noviembre (RJ 2021\5139), 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464), 7/2022, de 31 de enero (RJ 2022\627), 128/2022 de 21 de febrero (RJ 2022\669), 322/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2114), 608/2022 de 16 de septiembre (RJ 2022\4359), 731/2022 de 2 de noviembre (RJ 2022\4902), 823/2022 de 23 de noviembre (RJ 2023\184), 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081), 324/2023 de 28 de febrero (RJ 2023\1844), 346/2023 de 6 de marzo (RJ 2023\1849), 806/2023 de 23 de mayo (RJ 2023\3344), 1745/2023 de 18 de diciembre (JUR 2024\1903) y 433/2024 de 1 de abril (JUR 2024\106939).

Cabe citar también la STS núm. 326/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2117) que no reconoció el derecho de reembolso por no haberse probado adecuadamente la procedencia privativa del dinero para la compra de la vivienda ganancial.

que ha pagado con dinero privativo por el valor actualizado del montante del dinero aportado (art. 1398.3.ª del Código civil).

En suma, la voluntad conjunta de los cónyuges para otorgar el carácter ganancial a un bien adquirido con dinero privativo prima sobre las normas generales de los artículos 1346.3 y 1354 del Código civil.

2.5 **Adquisición a título oneroso**

La adquisición de la vivienda familiar puede realizarse por los dos cónyuges a título oneroso, sin manifestar expresamente que atribuyen el carácter ganancial, ni que adquieren en proindiviso al no adjudicar cuotas entre ellos, ni señalar el carácter ganancial o privativo de todo o de parte del dinero aportado, y sin hacer ningún tipo de reserva.

En estas circunstancias, el artículo 1355.2 del Código civil señala que se *presumirá* la voluntad favorable de los cónyuges a atribuir el carácter ganancial a dichos bienes. En efecto, del silencio de los cónyuges a atribuir expresamente el carácter ganancial (art. 1355.1 del Código civil) o el carácter en proindiviso privativo (atribución de cuotas del artículo 1354 del Código civil), se presume la voluntad de conceder la naturaleza ganancial al bien comprado por los dos cónyuges. Consecuentemente, el bien adquiere el carácter ganancial de manera tácita por haber sido adquirido a título oneroso por los dos cónyuges en forma conjunta sin ninguna manifestación al respecto.

La presunción de la voluntad favorable de los cónyuges a conceder el carácter ganancial se destruye con la prueba de que no era *esa* la voluntad de los cónyuges, con la prueba de que la voluntad era haber comprado dicho bien con un carácter diferente al ganancial (íntegramente privativo o en proindiviso). Dicha presunción no se desvirtúa por la prueba de la procedencia privativa de la totalidad o de una parte del dinero abonado. La ulterior prueba del carácter privativo de todos o de algunos de los fondos utilizados en contraprestación del bien no varía la naturaleza ganancial de la vivienda familiar. Dicha prueba hace nacer un derecho de reembolso que se inventariará al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales como un crédito a favor del cónyuge aportante de los fondos privativos por el valor actualizado del dinero aportado (art. 1398.3.ª del Código civil).

Cuando los dos cónyuges son compradores, el bien comprado, ya sea vivienda familiar o cualquier otro bien, adquiere el carácter ganancial, salvo que en el momento de la adquisición los cónyuges le doten de otra naturaleza.

Resulta muy interesante el caso enjuiciado en la Sentencia de 21 de febrero de 2023 (21) dado que el marido había intervenido en la compraventa de la finca en nombre propio y en representación de su esposa. Al representar a su mujer, se entiende que ambos cónyuges han sido los compradores, lo que otorga carácter ganancial a la vivienda en su totalidad. La ulterior prueba de que el marido había pagado el precio en parte con dinero ganancial y en parte mediante la entrega de un inmueble privativo no cambia la naturaleza ganancial del bien a favor de un proindiviso (*ex* artículo 1354 del Código civil). «[E]l artículo 1355. II del Código civil facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes. Por ello, para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el artículo 1355. II del Código civil debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial». La Sentencia considera relevante la prueba del carácter privativo del dinero o fondos empleados para la compra del bien ganancial, en aras a determinar el derecho de reembolso e incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor del marido por el importe actualizado del valor asignado a la finca privativa aportada para la compraventa del bien ganancial. Nótese que la vivienda privativa se había permutado por la mitad de la vivienda ganancial.

En la Sentencia de 2 de noviembre de 2022 (22), que recoge un supuesto similar, los cónyuges no cuestionan la naturaleza ganancial de la vivienda, sino la procedencia del derecho de reembolso. En el caso enjuiciado, la esposa había comprado y pagado una vivienda de soltera. Constante matrimonio en sociedad de gananciales, dicha vivienda convertida en familiar fue vendida únicamente por la mujer a una empresa, si bien el marido intervino en la venta solo para otorgar su consentimiento por ser la vivienda familiar a tenor del artículo 1320 de Código civil. La venta de esta vivienda familiar se enlazó cuatro meses después con la compra conjunta en escritura pública de una nueva vivienda familiar a la misma empresa. Esta compraventa incluyó una cláusula de aplicación del precio de la venta de la vivienda privativa para la compra de la vivienda familiar ganancial. El litigio se plantea en fase de liquidación de la sociedad de gananciales en el juzgado de violencia sobre la mujer. Se entendió suficientemente probado que la

(21) STS núm. 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081).
(22) STS núm. 731/2022 de 2 de noviembre (RJ 2022\4902).

vivienda familiar se había comprado en parte con el dinero privativo, proveniente de la venta de la vivienda familiar privativa de la esposa (8 millones de pesetas de 1993). Por ello, se falla que nace a favor de la esposa un crédito contra la sociedad de gananciales a incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales determinado en 85.159,36 euros, cantidad pedida por la esposa que no fue debatida por el marido.

A la atribución de ganancialidad del artículo 1355.l del Código civil cabe incorporar las puntualizaciones realizadas a propósito del párrafo primero. El bien adquirido conjuntamente por ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales, sin atribuir cuotas entre ellos, tendrá carácter ganancial, cualquiera que sea la procedencia del dinero empleado y cualquiera que sea la forma y plazos en que se satisfaga el precio. La vivienda familiar se inscribirá a nombre de los dos cónyuges con carácter ganancial, por haberla adquirida en forma conjunta sin atribución de cuotas, de acuerdo con el artículo 93.1 del Reglamento hipotecario.

3. ADQUISICIÓN POR UN CÓNYUGE

La adquisición de la vivienda familiar por un solo cónyuge diferencia según se adquiera antes del inicio de la sociedad de gananciales o vigente el régimen de gananciales.

La compra de la vivienda familiar por un solo cónyuge con pago completo del precio antes del inicio de la sociedad de gananciales otorga a la vivienda familiar el carácter de bien privativo del cónyuge, naturaleza que no cambia porque luego se transforme en la vivienda familiar del matrimonio.(23)

La adquisición por un solo cónyuge a título gratuito concede al bien adquirido carácter privativo (art. 1346.2.º del Código civil), sin que la mera voluntad unilateral del cónyuge adquirente pueda mutarlo a bien ganancial. En este sentido, se manifiesta la Sentencia de 15 de enero de 2024(24). En el caso enjuiciado, con unos hechos interesantes, se formalizan en sendas escrituras públicas la compraventa de una vivienda y de un local celebradas en documentos privados y pagadas íntegramente muchos años antes. Pero en ambas escrituras son los dos hijos del comprador quienes figuran como compradores, *comprando* a mitades indivisas la nuda propiedad de la vivienda (el padre y la madre adquirían el usufructo vitalicio) y la plena propiedad del local. Es preciso hacer notar que en la escritura el hijo señaló expresamente que adquiría para su sociedad de

(23) Comparte esta opinión Moreno Mozo, RJN, p. 115.
(24) STS núm. 35/2024 de 15 de enero (JUR 2024\26133).

gananciales, si bien su esposa no intervino en la escritura. El litigio se plantea en la liquidación de la sociedad de gananciales del hijo disuelta por divorcio. En primera instancia, las cuotas indivisas del marido se calificaron con carácter ganancial por atribución expresa del artículo 1355 del Código civil, pero también porque el juzgado «entendió que no podía amparar una actuación fraudulenta dirigida a facilitar la transmisión hereditaria de bienes» (razón que nada tiene que ver con la atribución de carácter ganancial o privativo al bien). La Audiencia confirmó la calificación ganancial sobre la voluntad del marido de otorgar carácter ganancial a los inmuebles, dado que hizo constar que adquiría para la sociedad de gananciales, sin realizar ningún tipo de reserva, ni señalar la procedencia de las cantidades abonadas. El Tribunal Supremo casa la sentencia, declara relevante que el padre comprara y pagara las fincas, que facilitara la transmisión sin contraprestación al hijo y que no interviniera la esposa del hijo. Respecto a la posible cuestión hereditaria precisa: «Aunque pueda ser censurable que el padre, sin esperar a la sucesión, facilitara que la titularidad de los dos inmuebles pasara a sus hijos sin llevar a cabo una donación, tal reproche no permitiría alterar la calificación de los bienes recibidos sin contraprestación por el esposo a efectos de su régimen económico matrimonial». Se basa el Alto Tribunal en que la escritura contenía un nuevo consentimiento contractual del marido en estado de casado, por el que *compró* directamente al vendedor, sin mediar contraprestación por su parte, por lo que la adquisición de las cuotas indivisas de los inmuebles fue a título gratuito (art. 1346.2.º del Código civil), que no cabe entender recaída una atribución de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil, dado que la esposa no había intervenido en la escritura pública, y que la mera constancia en la escritura de que adquiere para la sociedad conyugal no es suficiente para alterar su carácter privativo[25].

La adquisición a título oneroso de la vivienda familiar por un cónyuge constante el régimen de gananciales tendrá la calificación que se derive

(25) Justifica esta sentencia la razón por la que no cabe admitir una atribución expresa de ganancialidad: «el artículo 1355 del Código civil no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge. La declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 del Código civil), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial». La atribución expresa de ganancialidad exige el «común acuerdo» de los cónyuges, correspondiendo al cónyuge que no adquiere la prueba de la existencia del acuerdo, «dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto para la atribución de la ganancialidad». Continua la sentencia determinando la inexistencia de aportación del bien a la sociedad de gananciales: «Tampoco consta una voluntad común de los esposos, al amparo de la autonomía de la voluntad que rige en materia de régimen económico matrimonial, de atribuir carácter ganancial a los bienes (art. 1323 del Código civil), sin que la sola manifestación del marido de adquirir para la sociedad de gananciales cambie la naturaleza privativa del bien».

Esta argumentación había sido expuesta en la STS 21 febrero 2023.

de la actuación o expresión del cónyuge adquirente[26]. Si el cónyuge no realiza ninguna manifestación, al estar casado en régimen de gananciales, se presume que el dinero empleado en la compra es dinero ganancial, por lo que el bien tendrá la calificación de presuntivamente ganancial (art. 94.1 del Reglamento hipotecario). En este sentido, la Sentencia de 9 de diciembre de 2021[27] aplica esta calificación a una de las dos viviendas en litigio. Se trata de la venta en pública subasta de una vivienda heredada por cuatro hermanos a partes iguales, que la esposa –una de las hermanas– adquiere respecto al 75 % correspondiente a sus tres hermanos al efectuar la puja más alta. La esposa no justificó la procedencia del dinero, por lo que se presume la utilización de dinero ganancial, trasladando ese carácter al 75 % de la vivienda adquirida por subrogación real (art. 1347.3 del Código civil). El 25 % restante de la vivienda se califica por la sentencia de privativo por condominio hereditario, por lo que le pertenecía de manera privativa por haberlo adquirido a título gratuito por herencia.

Si el cónyuge manifiesta que adquiere la vivienda familiar para la sociedad de gananciales, se presume, asimismo, que el dinero empleado en la compra es dinero ganancial, procediéndose a la inscripción con carácter ganancial (art. 93.4 del Reglamento hipotecario). *Obiter dicta,* la Sentencia de 21 de febrero de 2023 precisa textualmente: «Si se trata de un inmueble, la manifestación del cónyuge de que el bien se adquiere para la sociedad da lugar a que el bien se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 del Reglamento hipotecario), sin que para ello se exija demostración de que los fondos invertidos son gananciales. Por el contrario, aunque el dinero empleado fuera privativo, la inscripción del bien adquirido como privativo del cónyuge requiere la justificación del carácter privativo del precio mediante prueba documental pública. Esta previsión expresa del artículo 95.2 del Reglamento hipotecario es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad. En consecuencia, parece razonable concluir que la condición de ganancial basada en la sola declaración del cónyuge adquirente es meramente presuntiva y *el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo*».

---

(26) Un cónyuge casado en régimen de gananciales puede adquirir la vivienda familiar como bien privativo, cuando legalmente se le atribuya ese carácter de conformidad con el artículo 1346 del Código civil o cuando justifique *mediante prueba documental pública* el carácter privativo del dinero aportado para la compra. En este sentido la RDGSJFP núm. 10408\2022 de 30 de mayo (RJ 2022\3345) exige que la privatividad del dinero privativo goce de una acreditación documental plena y quede totalmente cubierta por la fe notarial. Al no haber quedado adecuadamente probado el carácter privativo del dinero utilizado en el supuesto, resuelve negando la inscripción como bien privativo.

(27) STS núm. 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464). Véase Mariño Pardo, DF, pp. 124-136.

Como puede observarse, del último inciso se deriva que la manifestación expresa y unilateral del cónyuge adquirente de que adquiere para la sociedad de gananciales concede al bien carácter presuntivamente ganancial, que puede ser desvirtuada por la ulterior prueba del carácter privativo de todo o parte del dinero abonado, alterándose la naturaleza ganancial a favor de un carácter privativo o proindiviso (arts. 1346 y 1354 del Código civil).

Sin embargo, considero solo es meramente presuntiva la adquisición por un cónyuge casado en régimen de gananciales cuando no realiza ninguna manifestación (art. 94.1 del Reglamento hipotecario).

Por otra parte, la adquisición de un bien por un cónyuge con carácter totalmente privativo o en proindiviso entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales exige que la prueba del carácter privativo del dinero utilizado –y en su caso, la asignación de cuotas– se realice en el momento de la adquisición del bien. De modo que cuando un cónyuge adquiere expresamente para la sociedad de gananciales, la ulterior prueba de que todo o parte del dinero invertido tenía carácter privativo no produce el efecto de mutar la naturaleza del bien comprado. Asimismo, cuando el bien adquirido por un solo cónyuge se ha inscrito como ganancial por la manifestación unilateral de haberse adquirido para la sociedad de gananciales, dicha calificación no puede alterarse por la voluntad contraria del adquirente, dado que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona» (art. 95.6 del Reglamento hipotecario). La posterior declaración y prueba del cónyuge adquirente de que había adquirido con dinero privativo en todo o en parte, no permite mutar la naturaleza ganancial, pero hace surgir un derecho de reembolso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales por el valor actualizado del dinero privativo aportado para la adquisición.

4. ADQUISICIÓN A PLAZOS

La adquisición a plazos tiene una regulación específica en sede de sociedad de gananciales en atención a que el primer y los ulteriores plazos puede pueden abonarse con dinero procedente de diferentes masas patrimoniales.

En primer lugar, es preciso señalar que, a los efectos del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, se equipara a la compra a plazos (en la que el vendedor recibe el precio fraccionado) la adquisición mediante un préstamo (hipotecario o no), en la que el vendedor recibe la totalidad del precio, surgiendo la obligación del comprador –casado en

gananciales– de abonar a la entidad financiera –o al prestamista– el precio (y los intereses) en los plazos de tiempo establecidos[28].

La adquisición a plazos se regula en el artículo 1357 del Código civil, cuando se realiza antes del inicio de la sociedad de gananciales, y en el artículo 1356 del Código civil cuando adquiere un cónyuge constante matrimonio[29]. Pero únicamente el artículo 1357 del Código civil contiene una regulación propia para la vivienda familiar.

En efecto, el artículo 1357.1 del Código civil sobre la compra a plazos por un solo cónyuge antes de iniciar la sociedad de gananciales concede al bien comprado la naturaleza de bien privativo del comprador «aun cuando la totalidad o parte del precio se satisfaga con dinero ganancial»; de manera que el posterior inicio de la sociedad de gananciales y abono de plazos con dinero ganancial no muta la naturaleza del bien, que seguirá siendo privativo del cónyuge comprador[30].

El párrafo segundo del artículo 1357 del Código civil contempla una regulación específica para la compra a plazos de la «vivienda y ajuar familiares» realizada por un solo cónyuge antes de comenzar la sociedad de gananciales. Exceptúa la vivienda familiar de la regla general del párrafo primero –que le dotaría de carácter privativo–, para remitir su naturaleza al artículo 1354 del Código civil. Dicho precepto prevé que el bien adquirido con dinero ganancial y dinero privativo corresponderá en proindiviso

---

(28) La STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847) ha consolidado una doctrina unánime que equipara a los efectos del artículo 1357 del Código civil el pago del préstamo para financiar la adquisición de la vivienda con el pago aplazado del precio de la compraventa. En este sentido la primera STS 31 octubre 1989 (RJ 1989\7038), ha sido seguida por las SSTS 7 junio 1996 (RJ 1996\4826), núm. 313/2000 de 3 de abril (RJ 2000\2341), 1150/2000 de 18 de diciembre (RJ 2000\10396), 1111/2006 de 3 de noviembre (RJ 2006\9430), 354/2007 de 16 de marzo (RJ 2007\1861) y 465/2016 de 7 de julio (RJ 2016\3722).

(29) El artículo 1356 del Código civil regula la adquisición a plazos por un cónyuge constante el régimen de gananciales, otorgando al bien adquirido el carácter ganancial o privativo en correspondencia al carácter ganancial o privativo del primer desembolso. Sobre el origen, interpretación y aplicación de este precepto a la vivienda familiar, véase Sanciñena Asurmendi y Gago Simarro, 2021, pp. 94-100. Cabe añadir a Blandino Garrido (AJI, p. 89) entre los autores que excluyen la vivienda familiar del ámbito del artículo 1356 del Código civil a favor del artículo 1354 del Código civil.

No obstante, es preciso señalar que son escasos los litigios que han llegado al Tribunal Supremo, debido quizás al hecho de que las entidades financieras requieren el consentimiento de los dos cónyuges casados en sociedad de gananciales para conceder un préstamo hipotecario. Téngase en cuenta que la adquisición con préstamo ha incrementado su complejidad por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, requiriéndose, a efectos registrales, la escritura pública de compraventa, la escritura por la que se constituye el derecho de hipoteca y el acta de transparencia. Véase Diéguez Morán, 2023, pp. 273-277.

(30) La compra a plazos por un solo cónyuge de un bien –que no sea la vivienda familiar– tendrá carácter privativo del cónyuge comprador. Pero en el caso de que se pague con dinero ganancial –en la totalidad o en parte– surgirá un crédito a favor de la sociedad de gananciales respecto del cónyuge propietario por el importe actualizado del dinero ganancial invertido en la compra del bien que se inventariará en el activo al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1397.3.º del Código civil).

a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones.

Por ello, cuando es un solo cónyuge quien compra a plazos la vivienda y ajuar familiares, el artículo 1357.2 del Código civil prevé que la vivienda familiar se considere en proindiviso entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales en proporción a las respectivas aportaciones (art. 1354 del Código civil) (31).

En caso de que sean ambos cónyuges quienes compren a plazos y en proindiviso un bien antes del inicio de la sociedad de gananciales, cabrá aplicar el mismo principio y entender que el bien seguirá siendo privativo en proindiviso de los dos cónyuges (32). Pero cuando ese bien adquirido a plazos por ambos cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales sea la vivienda familiar, se le aplicará la regla del párrafo segundo del artículo 1357 del Código civil que hace una remisión al artículo 1354 del Código civil, que se aplica tanto a la adquisición por un cónyuge como a la adquisición por los dos cónyuges.

Por tanto, cuando los novios o los miembros de la pareja compran a plazos lo que será –o es– la vivienda familiar, al momento de la compra la vivienda tiene carácter en proindiviso en proporción a las aportaciones privativas de ambos novios, y como tal se inscribe en el Registro de la Propiedad. El posterior matrimonio y comienzo de la sociedad de gananciales,

---

(31) La aplicación de esta regla no se ve impedida, aunque la cuantía de los plazos sea exigua, como señala la STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847) a la vez que precisa su justificación. En el caso enjuiciado, la sociedad de gananciales tuvo una vigencia de cuatro meses antes de las capitulaciones matrimoniales que la disolvieron e introdujeron el régimen de separación de bienes: «En este sentido la jurisprudencia de esta sala ha entendido que la regla, que trata de favorecer a la comunidad pensando en la frecuente diferencia entre el valor efectivo de la vivienda en el momento de la liquidación frente al valor del reembolso, es aplicable también cuando los plazos satisfechos durante la vigencia del régimen de gananciales son escasos. Así, en la STS 450/1996, de 7 de junio (RJ 1996\4826) [citada por la sentencia 354/2007 de 16 de marzo (RJ 2007\1861)], se consideró el carácter mixto de la vivienda, ganancial en la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado, y se casó la sentencia que había rechazado la aplicación del régimen legal atendiendo a la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo». Proceden las dos sentencias citadas del mismo supuesto de hecho en la que el marido comprador había fallecido a los cuatro meses de contraer matrimonio, produciéndose un único pago durante la vigencia de la sociedad de gananciales que correspondía a una cuota indivisa de carácter ganancial de 1,557%.

(32) En caso de que ambos cónyuges compren conjuntamente a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales un bien distinto de la vivienda familiar, el bien mantendrá el carácter en proindiviso privativo de ambos cónyuges. Si los plazos se abonan –en todo o en parte– con dinero ganancial nacerá a favor de la sociedad de gananciales sendos créditos por el importe actualizado del dinero ganancial invertido en la compra del bien, siendo los deudores cada cónyuge en proporción a las cuotas asignadas (art. 1397.3.º del Código civil). Estos créditos carecen de virtualidad económica *inter partes* cuando las cuotas indivisas del bien corresponden por mitades a cada cónyuge. Pero el reembolso del pago con dinero ganancial –común por mitades a los cónyuges (art. 1344 del Código civil)– tendrá repercusión económica afectando en la relación interna de los cónyuges a la liquidación del régimen de gananciales cuando la proporción de las cuotas de cada cónyuge no sea por mitades.

con el abono de plazos con dinero ganancial, muta la naturaleza en proindiviso privativa para hacer nacer una *nueva* cuota de carácter ganancial en proporción a la aportación de dinero ganancial.

Este precepto se presenta como una protección especial de la vivienda familiar, que altera su naturaleza cuando los plazos se abonan con dinero ganancial, diferenciándose de la compra de otros bienes en los cuales el abono de los plazos con dinero ganancial hace nacer un crédito que se incluirá en la liquidación del régimen a favor de la sociedad de gananciales contra el cónyuge que compró el bien de naturaleza privativa.

Esta nueva cuota ganancial puede tener acceso al Registro de la Propiedad, aunque la vivienda estuviera inscrita con carácter proindiviso privativo. El artículo 91.2 y 3 del Reglamento hipotecario permite actualizar la naturaleza de la vivienda familiar adquirida a plazos y la cuota ganancial, mediante nota marginal del abono de los pagos con dinero ganancial a cuenta del precio aplazado[33].

Tanto el artículo 1354 del Código civil como el artículo 91.2 y 3 del Reglamento hipotecario hacen corresponder las cuotas privativas y ganancial con la proporción de aportaciones satisfechas.

Sin embargo, esto merece alguna explicación cuando son los dos cónyuges –o futuros cónyuges– quienes adquieren la vivienda familiar a plazos, debido a que el acuerdo de los cónyuges sobre el carácter del bien y sobre la proporción de las cuotas, cuando no concuerdan con la procedencia del dinero o fondos utilizados en su adquisición, prima sobre el carácter legal asignado en proporción a la procedencia del dinero privativo o ganancial.

Destaca a este respecto la Sentencia de 8 de mayo de 2024[34]. En el caso enjuiciado, ambos cónyuges compran conjuntamente de solteros la vivienda familiar, pero formaliza la escritura pública únicamente el marido, para poder lucrarse de una subvención pública. No obstante, con la misma fecha de la escritura, los cónyuges pactan en documento privado que el porcentaje asignado sea el 60 % para la mujer y el 40 % para el marido, ambos con carácter privativo. Posteriormente, al contraer matrimonio, inician un régimen de gananciales que dura cuatro meses, pues pactan en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes. Diez años después el Juzgado de violencia sobre la mujer dicta el divorcio y se procede al inventario del activo y pasivo de la sociedad de gananciales, momento en el que se cuestiona la naturaleza de la vivienda familiar. El Juzgado declara la naturaleza de la vivienda familiar en correspondencia con el pacto privado firmado (privativo al 60-40 %). La

(33) Comparte esta opinión Rebolledo Varela, 2023, p. 96.
(34) STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847).

Audiencia Provincial estimó el recurso al entender que la vivienda familiar debería tener una cuota ganancial, por lo que la cuota de la esposa no puede alcanzar el 60 %. El Tribunal Supremo ante el deficiente planteamiento de los motivos de casación, desestima el recurso y traslada a un ulterior procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, la determinación de las cuotas indivisas de la vivienda familiar. Sin embargo, se vislumbra que de haberse solicitado por el procedimiento adecuado, la sentencia habría fallado a favor de la validez del pacto de los cónyuges, dando preferencia a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges sobre la regla de la atribución en proporción a la procedencia ganancial o privativa de los fondos invertidos, es decir 60-40 %, privativo de ambos cónyuges, sin parte indivisa para la sociedad de gananciales.

La preferencia de la autonomía de la voluntad sobre la regla del artículo 1354 del Código civil por remisión del artículo 1357. 2 del Código civil se había admitido anteriormente en la Sentencia de 28 de febrero de 2023 (35). En el caso enjuiciado, las cónyuges habían comprado de solteras la vivienda familiar a plazos con préstamo hipotecario, pactando expresamente que adquirían por mitades indivisas, pero aportando el dinero de carácter privativo una sola de ellas. Al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales se discute sobre el porcentaje privativo, si debía ajustarse a la procedencia del dinero privativo invertido que provenía de una sola de las cónyuges o si se mantenía el porcentaje a partes iguales pactado entre las cónyuges. El fallo da preferencia a la voluntad de las partes expresada en la compraventa, y atribuye las cuotas privativas por mitades entre las cónyuges. En consecuencia, y al haber aportado el dinero una sola de las cónyuges, reconoce a su favor un derecho de reembolso por la mitad actualizada del dinero utilizado en la compra. Así, la prueba de la aportación de dinero privativo no altera la naturaleza del bien, pero hace surgir un derecho de reembolso a favor de la cónyuge aportante, al darse prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes.

En suma, lo preceptuado en el artículo 1357.2 y su remisión al artículo 1354 del Código civil, en el sentido de modificar la naturaleza de la vivienda familiar, determinando las cuotas –ganancial y privativas de uno y otro cónyuge– en proporción al carácter privativo –de uno y otro– o ganancial del dinero aportado, queda sometido a la voluntad conjunta de los cónyuges en sentido contrario. Pero en caso de prevalecer el acuerdo de los cónyuges que no se ajuste a la procedencia del dinero, surgirá un crédito a favor del cónyuge aportante por el importe actualizado del pago con dinero privativo.

(35) STS núm. 319/2023 de 28 de febrero (RJ 2023\1659).

BIBLIOGRAFÍA

Benavente Moreda, P., «Sociedad de Gananciales. Inclusión en el inventario de la aportación realizada para la adquisición de vivienda familiar, en régimen de copropiedad y por partes iguales antes de comenzar la sociedad. Derecho de reembolso entre masas privativas por deudas personales. Acuerdo de atribución de copropiedad. Comentario a la STS 319/2023, de 28 de febrero, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, 2023, pp. 1-21 (BIB 2023\2772).

Berrocal Lanzarot, A. I., «El derecho de reembolso en el régimen de sociedad de gananciales», en *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1047-1068.

Blandino Garrido, M.ª A., «La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto, 2023, pp. 70-103.

Calaza López, A., «Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código civil», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.

Chaparro Matamoros, P., «El derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Entre persona y familia*, Reus, Madrid, 2023, pp. 686-714.

Diéguez Morán, M., «El consentimiento del cónyuge en la adquisición financiada de la vivienda familiar», en *La Vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 265-277.

Gallardo Rodríguez, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 37, 2023, pp. 3-27.

Gómez Bello Pagliaro, A. F., «Adquisición de un inmueble por uno o ambos cónyuges terminando de abonar su precio constante la sociedad de gananciales», en *Fortalezas y debilidades del derecho de familia –contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1171-1184.

Gómez Gálligo, F. J., «Cuestiones civiles y registrales de actualidad en relación a la vivienda habitual familiar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 384-413.

López Frías, A. M.ª, «La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 4, 2022, pp. 269-301.

Mariño Pardo, F. M. «El pacto de atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil en la jurisprudencia reciente», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022, pp. 104-136.

Moreno Mozo, F., «La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, 2023, pp. 111-174.

Platero Alcón, A., «Apuntes sobre la autonomía de los cónyuges en la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, junio, 2024, pp. 690-727.

Rebolledo Varela, Á. L., «Liquidación de la sociedad de gananciales: la vivienda familiar y su repercusión en el inventario (una perspectiva jurisprudencia)», en *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 89-130.

Sanciñena Asurmendi, C., «Liquidación de la vivienda familiar en condominio ordinario de los cónyuges», en *La Vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 43-87.

Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo», en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 37-108.

— «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil,* vol. LXXV, fascículo 4, 2022, pp. 1451-1521.

B. La vivienda familiar en la crisis matrimonial y de pareja[(1)]

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-3407-2363
clrendo@uniovi.es

Resumen: *Se analizan los criterios legales para la atribución del uso de la vivienda familiar y la jurisprudencia que los interpreta.*

Palabras clave: *Derecho de uso de la vivienda familiar, hijos mayores de edad, parejas de hecho.*

Abstract: *The legal criteria for the attribution of the use of the family home and the case law that interprets them are analysed.*

Keywords: *Right of use of the family home, children of full age, unmarried partners.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) cuya investigadora principal es Matilde Cuena Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Sumario: 1. Atribución del uso de la vivienda familiar. 2. Criterios de atribución. 2.1 Acuerdo entre las partes. 2.2 Existencia de hijos menores. 2.3 Discapacidad. 2.4 Inexistencia de hijos o existencia de hijos mayores de edad. 3. Extinción. 3.1 Mayoría de edad. 3.2 Cesión gratuita de inmueble para vivienda unifamiliar entre familiares o personas con relación de afectividad. 3.3 No precisar el hijo menor la vivienda familiar. 4. Atribución en parejas de hecho. 4.1 Pareja con hijos comunes menores de edad. 4.2 Pareja de hecho sin descendencia común menor de edad. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las cuestiones más conflictivas en las crisis de pareja es la atribución del uso de la vivienda familiar tanto si hay hijos menores como si no los hay[(2)].

La atribución del uso de la vivienda familiar viene regulada en el artículo 96 del Código civil que fue objeto de reforma mediante Ley 8/2021 de 2 de junio en el siguiente sentido:

> 1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.
>
> A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.
>
> Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.
>
> Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.
>
> 2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

(2) Ver Sifre Puig, R., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *Revista crítica de Derecho inmobiliario* núm. 783, pp. 135-221.

Este precepto plantea varios problemas que no han sido resueltos con la reforma de 2021, comenzando por el concepto de « vivienda familiar»[3], que se introdujo por el legislador del 7 de julio de 1981. Hasta esa reforma el artículo 68.1 según la redacción introducida por la reforma de 24 de abril de 1958, hablaba de «vivienda común»[4].

1) El primer problema que nos encontramos es el significado de «vivienda familiar»[5]. Ninguna normativa proporciona un concepto de vivienda familiar.

(3) El Diccionario de la Real Academia española define el término vivienda como lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas, estableciendo como sinónimos casa, hogar, domicilio, morada, residencia, piso, apartamento. Proviene del latín *vivenda* que significa cosas con que o en que se ha de vivir. El término familiar significa perteneciente a la familia. Vázquez Iruzubieta, C., *Régimen económico del matrimonio*, ERDP, 1982, pp. 61 ss. señala que la residencia habitual será aquella donde la familia tiene establecido su domicilio; es decir, el lugar donde ejerce sus derechos y cumple con sus obligaciones (art. 40 CC). Martin Meléndez, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2.º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 48 y 49, define la vivienda familiar como «*el lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla de hecho la convivencia de la familia, entendida en el sentido de familia nuclear[…] quedan excluidos […] los locales de negocio. También los garajes y trasteros, salvo […] los que sean anejos a la vivienda propiamente dicha*». Pérez Ureña, A. A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas*, Madrid, 2008, define la vivienda familiar como aquella en la que todo individuo establece o quiere establecer un centro vital permanente, constituyendo su hogar o sede de su vida doméstica; Espiau Espiau, S., *La Vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, 1992, p. 37, indica que la vivienda familiar es la sede de domicilio conyugal cuando éste se concreta en un inmueble. *García Cantero, G,* «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *El hogar y el ajuar en la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich, P. J., EUNSA, Pamplona, 1986, p. 71, resalta que la vivienda y el mobiliario familiar debe determinarse con criterios empíricos y realistas, allí donde de hecho, residen los cónyuges y los hijos con habitualidad. Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. 3, 2011, p. 278, destaca la necesidad de que exista una afección del inmueble a las necesidades familiares que subsiste una vez acaecida la crisis y estima que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar. Comparto la opinión de la autora cuando afirma en la p. 283, que en situación de crisis matrimonial en la que ya no cabe hablar de domicilio conyugal, la vivienda debe referirse a la que lo fue durante el matrimonio, proponiendo la existencia de una presunción a favor de la coincidencia entre el concepto de vivienda familiar acreedora de un régimen especial y el concepto de domicilio conyugal.

(4) Artículo 68.2 Código civil según la redacción establecida en la reforma de 24 de abril de 1958*:» Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella».*

(5) Para indicar la vivienda familiar, el Código civil utiliza diversos términos. En la situación de crisis familiar, el artículo 96 CC se refiere a «vivienda familiar». Respecto a la disposición general aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales, el artículo 1.320 utiliza la expresión «vivienda habitual de la familia». El artículo 1406 CC «vivienda donde tuviere la residencia habitual». El artículo 1357 en sede de gananciales vivienda y ajuar familiares» y el art. 91 RH: «Vivienda habitual de la familia». Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 277-278 estima más adecuado

Entre las primeras sentencias que establecen un concepto de vivienda familiar se encuentra la STS, s.1.ª de 31/12/1994 núm 1199/14. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo[6], que la concibe como un «*bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario.*».

La STS, s.1.ª de 16/12/1996 núm. 1085/1996. Ponente: José Almagro Nosete[7]. FJ 7.º: «*la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos*». Concepto seguido en la STS, s.1.ª de 10/03/1998[8].

La STS 1.ª de 31 de mayo de 2012 núm. 340/12[9], a los efectos de atribución de su uso en los procesos matrimoniales previsto en el Art. 96 CC, señala que « *en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*», y define la vivienda familiar a estos efectos de la siguiente manera: «*La aplicación del* artículo 96 C. C a las rupturas de convivencias de hecho con hijos *exige que* se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que *constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia*

---

el término «vivienda familiar», al carecer, en el Derecho civil, la vivienda habitual de especialidad de régimen si no reside en ella una familia.

(6) STS, s.1.ª de 31/12/1994 núm 1199/14. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo. Roj: STS 20231/1994 – ECLI: ES: TS:1994:20231*: «Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso*». Ver Espiau Espiau, S., «Comentario a la STS 31 de diciembre de 1994», *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995, pp. 647 ss.

(7) La STS, s.1.ª de 16/12/1996 núm. 1085/1996. Ponente: José Almagro Nosete. Roj: STS 7256/1996 – ECLI: ES: TS:1996:7256.

(8) STS, s.1.ª de 10/03/1998 núm 212/98. Ponente: Xavier O´Callaghan Muñoz. Roj: STS 1600/1998 – ECLI: ES: TS:1998:1600.

(9) STS, s.1.ª 340/2012 de 31 de mayo de 2012. Ponente Encarnación Roca Trías. Roj: STS 3850/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3850.

haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil*, pero que debe integrarse con lo establecido en el* artículo 70 C. C*, en relación al domicilio de los cónyuges».*

En el mismo sentido de entender que la vivienda familiar es la habitada por los progenitores y los hijos hasta la ruptura de la pareja se han pronunciado las STS, s.1.ª, de 23 de enero 2017; 22 de septiembre 2017 y 24 de mayo de 2021.

En mi opinión la vivienda familiar es aquella en la que de forma permanente y estable han venido habitando los cónyuges con o sin hijos como centro de convivencia íntima hasta que se ha producido la ruptura matrimonial, con independencia de su titularidad.

Para que se estime que estamos ante una vivienda familiar cuyo uso ha de atribuirse siguiendo los criterios establecidos en el artículo 96 del CC ha de analizarse si cumple los siguientes requisitos de 1/ Habitabilidad[(10)], lo que conduce a algunos autores[(11)] a excluir las chozas, cabañas, construcciones en ruinas, así como en opinión de Álvarez Álvarez[(12)] los barcos, *roulottes*, remolques, tiendas de campaña, etc., al no poder referenciarse de forma individualizada ni en un lugar físico. 2/ Habitualidad[(13)]. Las viviendas de uso esporádico[(14)] no pueden ser objeto de atribución del

---

(10) El legislador nada indica de la necesidad de que reúna unos requisitos mínimos ni que se acredite la misma con cédula de habitabilidad. Ha de tratarse de un lugar habitable tal como ha tenido ocasión de pronunciarse la SAP Madrid, sec.11, de 03/12/2004 «[…] *hogar familiar, que se identifica con el propio de una edificación habitable.*»

(11) Herrero Garcia, M. J., «Comentario al art. 1320 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II., Madrid, 1991, p. 588; Serrano Gómez, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999. Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 284 estima irrelevantes las condiciones en que se produce la habitabilidad.

(12) Álvarez Álvarez, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas,* Valladolid, 2005, p. 381. Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 1996, p. 213.

(13) SAP Santa Cruz de Tenerife 22/01/2000: «[…] *La residencia habitual supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en el lugar*». Ver Rodríguez López, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, p. 1606, señala que «*el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».* Muñoz de Dios, M.*, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. XXVII, 1987*,* p. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus.*

(14) Ver García Cantero, G., ob. cit., p. 73 estima excluidos los lugares de recreo, los hoteles o pisos adquiridos para vivienda habitual pero no ocupados. La SAP Madrid, Secc. 24 de 12 de febrero 2007 declaró que *no se consideraba vivienda familiar la usada por la familia durante los fines de semana y las vacaciones, teniendo tal consideración la usada durante la semana. Esta*

uso *ex* art. 96 del CC, tal como ha dispuesto la STS, s.1.ª de 9 de mayo núm. 284/2012[15], que ha sentado la siguiente doctrina casacional: «*En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar»,* reiterado en la STS, S.1.ª, de 6 de octubre de 2016[16].

En el Código civil de Cataluña[17], el artículo 223-20.6 dispone: «La *autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*».

Esta omisión en el artículo 96 del CC no impide que se adopten medidas relacionadas con su administración, con el establecimiento de cautelas y garantías necesarias, de tal forma que como medidas de administración podría distribuirse el uso de las segundas residencias u otros bienes de forma alterna, sucesiva, etc., hasta que se liquiden según las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre los cónyuges.

3/ Que tenga un uso de vivienda. Lo que excluye los locales de negocio, fábricas, almacenes, locales de negocio, establos y lugares destinados exclusivamente al ejercicio profesional (despachos de abogados, consultas médicas, etc.)[18].

Este requisito plantea el problema de los inmuebles de naturaleza mixta, al dedicarse una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad profesional o empresarial, sin que sea posible la segregación. Comparto la opinión mayoritaria de la doctrina[19] que considera que la finalidad tuitiva de la familia no excluye este bien del estatuto jurídico particular

---

sentencia reconoce que, en algunas ocasiones, no ha sido extraño atribuir el uso del domicilio familiar propiamente dicho a los hijos y al progenitor custodio, y el uso de la segunda residencia, según los casos, al otro progenitor o incluso alternativamente a uno y otro para poder disfrutar ambos de las vacaciones con los hijos, atendiendo a las circunstancias de la titularidad de los bienes, necesidades, etc.». En sentido negativo de atribución del uso de un inmueble de veraneo sito en la Manga del Mar Menor privativo del esposo se pronunció la SAP Murcia, sec. 1.ª de 1 de septiembre 2004.

(15) STS, S. 1.ª, núm. 284/2012 de 9 de mayo. Ponente: Encarnación Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100292. Roj: STS 3057/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3057. Se sometía a la consideración del TS la atribución a la esposa del uso de un local que no es vivienda familiar, que era propiedad del marido y en que la esposa usaba para el ejercicio de su profesión de médico dentista sin pago de rena o merced.

(16) STS, s.1.ª, de 6 de octubre de 2016 núm. 604/2016. Ponente: José Antono Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012016100565. Roj: STS 4277/2016 – ECLI: ES: TS:2016:4277.

(17) Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a Persona y la Familia. El legislador catalán prevé la posibilidad de atribución de la segunda vivienda si es más apta para satisfacer las necesidades de vivienda del cónyuge y de los hijos. Al utilizar el legislador catalán el término «otras residencias», a mi entender está excluyendo otros bienes inmuebles que no constituyen residencias secundarias y no estén ocupados por la familia.

(18) Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *ob. cit.*, p. 284.

(19) Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 285.

que la ley asigna a la vivienda familiar y así lo viene entendiendo la jurisprudencia en la STS, S.1.ª, de 27 de febrero de 2012, núm. 78/2012 (20) en la que se atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado.

4/ Ocupación efectiva por la familia. Que esté habitada por la familia y en ella se desarrolle la convivencia familiar, aun cuando la vivienda familiar fuera propiedad de un tercero (21).

Las segundas viviendas no se equiparan a domicilio familiar ni en la doctrina (22) ni en la jurisprudencia al no encontrar conexión entre la vivienda y el interés más necesitado de protección, que se presume en la residencia familiar. La STS 284/2012 de 9 de mayo como doctrina jurisprudencial estableció: «E*n los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*». Doctrina reiterada en SSTS 340/2012 de 31 de mayo; 129/2016 de 3 de marzo o 604/2016 de 6 de octubre.

De tal forma que la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que regulen las relaciones entre los cónyuges.

Ahora bien, existen supuestos en los que sí cabe la atribución del uso de otros inmuebles, si ambos progenitores lo acuerdan, tal como se reconoció en la STS 277/2016 de 25 de abril, o existen circunstancias excepcionales que aconsejen la atribución de un inmueble diferente y así lo ha

---

(20) STS, S.1.ª, de 27 de febrero 2012 núm. 78/2012. Ponente: Encarnación Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100092. Roj: STS 1082/2012 – ECLI: ES: TS:2012:1082.

(21) La STS, S. 1.ª, de 10 de octubre de 2011 estableció la doctrina siguiente: «*El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*». Doctrina reiterada en la STS, S.1, de 30/10/2015 núm. 596/2015 y este requisito exige que no haya perdido tal condición en el momento en que se produce la ruptura matrimonial, de tal forma que, si la progenitora abandonó la vivienda con los hijos, pierde el carácter de familiar tal como ha estimado la SAP Las Palmas, Secc. 4.ª, de 22 de septiembre 2004 y la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1.ª, de 18 de junio de 2007. Igualmente pierde el carácter de familiar por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa/o, al servir de uso a una familia distinta y diferente. La STS, S.1.ª,19/11/2013 Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera *vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio se considera que, desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar*.

(22) Ver García Mayo, M., *La vivienda familiar y crisis de la pareja*, Reus, 2019, pp. 328 ss., quien considera inadmisible que en el concepto de «vivienda familiar» tenga cabida cualquier inmueble que, por cualquier título jurídico, se encuentre a disposición de la familia, generalmente, con fines de ocio o recreo o incluso sin uso alguno. Ahora bien, ocasionalmente admite la posibilidad de atribuir el uso de las segundas viviendas en vez de la familiar pro la vía de la interpretación finalista del artículo 96 CC si con ello se atiende en mejor medida la satisfacción de las necesidades del más necesitado de protección.

sostenido la STS 642/2011 de 30 de septiembre y la STS 695/2011 de 10 de octubre[23] que establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*».

2) El segundo problema que se presenta es referente al régimen jurídico que se aplica en el supuesto de la existencia de varias viviendas familiares habituales, destinadas a que uno de los cónyuges viva en lugar distinto que el otro cónyuge por razones profesionales o sus hijos por razones de estudio o profesionales. Sifre Puig[24] estima que si deberá tener la consideración de vivienda familiar si está al servicio de cualquier miembro de la familia indistintamente, aunque no existe unanimidad en la doctrina.

3) El tercer problema que plantea la atribución del artículo 96 del CC afecta al ámbito objetivo de este derecho de uso. ¿Se aplica exclusivamente a la vivienda familiar? ¿O abarca también otras dependencias utilizadas por la familia afectos a tal fin?

3.1 Garaje, trastero o buhardilla. No existe unanimidad de criterio ni en la doctrina[25] ni en la jurisprudencia. En sentido favorable a su inclusión se argumenta que si los tuviera el domicilio como anejo de la vivienda[26] si se incluirían junto con la vivienda familiar, siendo este el criterio mayoritario entre las audiencia provinciales[27].

---

(23) STS, s. 1.ª, 695/2011 de 10 de octubre. Ponente: E. Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012011100652. Roj: STS 6496/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6496. En este caso la AP había atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia la vivienda familiar, cuya propiedad pertenece a los padres del marido y al propio marido, corriendo el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés debe presidir la atribución de la vivienda. El TS revoca la sentencia de la AP y atribuye el uso de la vivienda copropiedad de ambos cónyuges en base el interés superior de la menor al ser adecuada para satisfacer sus necesidades.

(24) Sifre Puig, R. F., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *RCDI*, 2021, núm. 783, pp. 135-221, en concreto p. 143.

(25) Ver Reyes Gallul, J. L., *ob. cit,* p. 27 se pronuncia en sentido favorable a la inclusión si son anejos inseparables o complementos de la vivienda, así como que, siendo fincas registrales independientes, estén en el mismo inmueble y pertenezcan a ambos cónyuges. Pinto Andrade, C., La atribución del uso, *ob. cit*, p. 43 considera que ha de demostrarse que la atribución y el aprovechamiento de estos elementos responde a una necesidad, facilitando la vida diaria del solicitante.

(26) SAP Valencia, sec.10 de 4 de noviembre de 2005: *«[…] La asignación del uso de la casa conlleva la de las plazas de garaje por tratarse de espacios anejos a la propia vivienda.»*

(27) Ver SAP de Teruel 95/2006 de 30 de mayo; SAP Palencia 134/2012 de 21 de mayo, SAP Málaga 807/2015 de 21 de diciembre; SAP Cáceres 456/2017 de 3 de octubre; SAP Vizcaya 727/2017 de 22 de noviembre.

Por el contrario, si pueden tener una utilización independiente de la vivienda, quedarían excluidos del ámbito objetivo de aplicación del artículo 96 (28). En este sentido la SAP, sección 4.ª Las Palmas de Gran Canaria de 17/01/2005 no atribuye el uso del garaje por no quedar incluido dentro del ámbito donde se desarrolla la vida familiar, destacando que fue escriturado como local.

3.2 Jardines o zonas de recreo, tales como piscina, pistas deportivas de vivienda individual o pertenecientes a la comunidad de propietarios, como anejo de la vivienda. No existe unidad de criterio. La SAP Las Palmas, Sección 4.ª de 17 de enero 2005 estimo la no inclusión dentro del ámbito donde se desarrolla la vida familiar de un garaje al haberse escriturado como local.

3.3 Dos fincas registrales independientes que en la realidad física forman una única vivienda familiar que unieron en su día. En este caso estarían ambos incluidos dentro del ámbito objetivo de vivienda familiar sin que sea viable solicitar ni acordar la división del uso de la vivienda familiar. Sin perjuicio de que las partes en el convenio regulador limiten, distribuyan el uso y acuerden la división de la vivienda familiar.

Que no pueda encajar dentro del concepto de vivienda familiar del artículo 96 del CC no significa que no deban solicitarse y acordarse mediadas de administración previstas en el artículo 103.4 del CC.

4) Otro de los problemas que se ha venido planteando es el de la naturaleza del derecho de uso, que no es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Existiendo varias posiciones: la que estima que se trata de un derecho real, quienes sostiene una posición contraria y la postura híbrida de difícil clasificación (29). El Tribunal Supremo, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la atribución del derecho de uso del artículo 96 del CC en la sentencia del pleno de la Sala 1.ª 859/2009, de 14 de enero de 2010, señalando que no constituía un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar, que no implica más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge.

---

(28) SAP Lleida, Sec 1.ª, de 27 de enero de 2005:» *ni la plaza de aparcamiento ni el trastero pueden considerarse que integren el domicilio familiar*». Ver Anguita Rios, R. M., «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales» *ADC*, tomo LXIV, 2011, fas. 11, pp. 614-615.

(29) Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de uso ver Garcia Mayo, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja, régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 101 a 173; Cuena Casas, M., «Uso de la Vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», Revista de Derecho Civil, Vol I, núm. 2 (abril-junio 2014). Estudios, pp. 9-39. La naturaleza del derecho de uso es analizada en las pp. 9-13.

2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

Unos de las cuestiones fundamentales a resolver en los procedimientos de familia, es el referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, que es una dimensión específica del deber legal de alimentos entre parientes consagrado en el artículo 142 del CC que comprende « *todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica»*, teniendo en cuenta que si existen hijos menores de edad, siempre ha de atenerse al interés superior del menor, tal como se establece en el artículo 96 del CC[30].

El derecho de uso de la vivienda familiar despliega toda su eficacia con la sentencia de separación, nulidad o divorcio, que es el título legitimador que transforma la coposesión en posesión única del beneficiario ex artículo 96 CC, con independencia que la vivienda sea titularidad única y exclusiva de uno de los cónyuges o copropiedad de ambos en régimen de separación de bienes o tenga naturaleza ganancial.

2.1 **Acuerdo entre las partes**

Lo acordado entre las partes referente a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar aprobado por la autoridad judicial prevalece sobre las reglas establecidas en el artículo 96 del Código Civil: «*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial»*.

Este acuerdo quedará documentado en el Convenio regulador a que se refiere el artículo 90 1.c), en el que, al menos, debe contener la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, el cual deberá estar firmado por ambos cónyuges y ratificado judicialmente para posteriormente ser homologado mediante la resolución judicial pertinente, en la cual quedará incorporado.

El legislador exige que el convenio regulador sea ratificado y homologado judicialmente, siendo este requisito *condictio iuris* de su eficacia ejecutiva, tal como ha reconocido la STS, s.1.ª, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre[31].

---

(30) Ver STS 622/2013 de 14 de abril: *El principio que aparece protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142CC*).

(31) STS, s.1.ª, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre proclama, la validez de los convenios pactados entre las partes para regular sus relaciones personales y patrimoniales, siendo el requisito de la aprobación judicial *conditio iuris* de su eficacia ejecutiva, al quedar de esta forma incorporado a la sentencia matrimonial; pero no de su validez y eficacia como pacto libremente suscrito entre las partes, y, de esta manera, tras dichas consideraciones, argumenta: *«Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes,*

Estos requisitos plantean el problema de la validez y eficacia de aquellos convenios reguladores firmados por los cónyuges que no han sido ratificados y homologados judicialmente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en STS, s.1.ª, núm. 325/1997 de 22 de abril[32], STS, S.1.ª, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre, han sostenido la validez inter partes del convenio regulador y mantiene su eficacia como negocio jurídico de derecho de familia al margen del procedimiento de separación, nulidad o divorcio, siempre que reúnan los requisitos del artículo 1261 CC. El fundamento radica en el valor constitucional de la libertad reconocido en los artículos 1 y 10 CE, teniendo como únicos límites los impuestos a todos los contratantes en el artículo 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, así como a las formas *ad solemnitatem* que el ordenamiento legal impone a determinados negocios jurídicos (art.1280 CC).

La STS, s.1.ª, núm. 116/2002, de 15 de febrero, insistiendo en tales ideas, señala que: *«[…] los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general […] Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26*

---

siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 "no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico"».

(32) STS, s.1.ª, núm. 325/1997 de 22 de abril: «*Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».*

de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGR y N de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial».

Vigencia del principio de la libre autonomía de la voluntad en el marco del derecho de familia que ha reiterado la STS, S.1.ª, núm. 428/2022 de 30 de mayo[33].

Los convenios reguladores no ratificados judicialmente, aun cuando carezcan de eficacia procesal, siguen manteniendo su eficacia jurídica, siendo vinculantes los acuerdos en el contenidos, siempre que no sean contrarios al interés del menor, tal como de forma reiterada han sostenido las STS, s.1.ª, núm. 569/2018 de 15 de octubre; STS, s. 1.ª, núm. 615/2018 de 7 de noviembre[34]y la STS, s.1.ª, núm. 904/2023 de 06/06/2023[35].

A la vista de lo establecido de forma reiterada por la jurisprudencia del TS, debe concluirse que la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en un convenio regulador es válido y eficaz aún en el supuesto que no fuera ratificado ni homologado judicialmente, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en la legislación vigente para su plena validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia, no infrinja el interés del menor y no se hayan modificado sustancialmente las circunstancias, pues la homologación judicial es únicamente un requisito de ejecución procesal.

2.2 **Existencia de hijos menores**

En defecto de acuerdo entre las partes, o en el supuesto de no aprobación del acuerdo por el Juez, al ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges(art. 90.2.1CC), el siguiente criterio

---

(33) STS, S.1.ª, núm. 428/2022 de 30 de mayo. Ponente: JL Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012022100463. Roj: STS 2176/2022 – ECLI: ES: TS:2022:2176 y 102/2022, de 2 de febrero.

(34) STS, s. 1.ª, núm. 615/2018 de 7 de noviembre. Ponente: E. Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012018100618. Roj: STS 3739/2018 – ECLI: ES: TS:2018:3739: «*Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el artículo 1091 CC. «Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1265 CC, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio*».

(35) STS, s.1.ª, núm. 904/2023 de 06/06/2023. Ponente: Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012023100897. Roj: STS 2539/2023 – ECLI: ES: TS:2023:2539.

para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar es el de la existencia de hijos comunes, tal como dispone el artículo 96.1 CC: » *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad»* (36).

La superioridad del interés del menor frente a cualquier otro se refleja en el artículo 24 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Observación general 14 adoptada por el Comité de Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013 y a nivel nacional el artículo 2 de la LOPJM, lo que la convierte en materia de orden público (37).

Este precepto, clara manifestación del *favor filii* reconocido en el artículo 39 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad, plantea diversos problemas en la atribución del uso de la vivienda familiar según se trate de custodia exclusiva, custodia repartida o custodia compartida.

a) *Custodia exclusiva de los hijos a un progenitor*

La atribución del uso de la vivienda familiar se efectúa a los hijos comunes menores de edad, y por derivación al cónyuge en cuya compañía

(36) A diferencia del artículo 103.2 cc que utiliza el criterio «del interés más necesitado de protección». Esta medida prevista en el artículo 96 Cc, está presidida por el interés del menor, para dar cumplimiento a la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1959 que proclama el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir una educación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 24.1 reconoce el derecho del niño a la no discriminación y a que se adopten por parte de su familia, la sociedad o el estado medidas de protección que su condición de menor requiere. La Convención de la Organización de las Naciones Unidad sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 3.1 establece: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».* La Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidad que expresamente ordena que en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos. El Consejo de Europa, en la Convención sobre el reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en mejorar la protección del interés del mismo.

(37) Roca Trias, E., Comentario al artículo 96 CC, en Código civil comentado Vol I, 2011, p. 608 estima que la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en este caso tiene un marcado caractrer sisstencial: cuando se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compaía queden es una forma de contribuir a las cargas familiares y cuando se otorga al cónyuge no titular en el caso de no exisitr hijos del matrimonio se hace en virtud de la protección del interés más digno de ella. La atribución a los hijos busca el mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura.

queden hasta que alcancen la mayoría de edad[38], como manifestación del principio del interés superior del menor–*favor filii*–, tal como se ha pronunciado el TS, entre otras en STS 1153/2023, de 17 de julio, que cita como antecedentes la doctrina iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, posteriormente reiterada por otras muchas (241/2020, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio y 861/2021, de 13 de diciembre, entre otras).

Esto tiene como consecuencia que el Juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar debe observar esta regla, sin que tenga potestad para actuar de forma diferente, tal como ya proclamó la STS 351/2020 de 24 de junio[39] y se reiteró en la STS, S.1.ª, núm. 757 de 29 de mayo 2024[40], salvo que concurran circunstancias excepcionales que pueden ser:

1) La pérdida del carácter familiar de la vivienda, por ejemplo, si el progenitor custodio y los hijos menores hayan abandonado el domicilio familiar y se hayan instalado en otra vivienda sin que tengan necesidad de regresar al originario, o si los hijos menores y el cónyuge en cuya compañía queden han cambiado de lugar de residencia a otra ciudad o país y no tengan intención de regresar.

---

(38) Limitación temporal introducida por la reforma del artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de 2 de junio. Antes de la reforma, esta limitación se abordó ya por la jurisprudencia del TS, entre otras, STS, s.1.ª, núm. 138/2023, de 31 de enero, según la cual: *«La jurisprudencia de la sala también ha entendido, para cuando se supera la menor edad de los hijos, que la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refería el del artículo 96. III CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello "parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes" (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras)». En el mismo sentido se pronunciaron las SSTT, s.1.ª, 310/2004 de 22 de abril; 100/2006 de 10 de febrero, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril, 635/2016 de 25 de octubre.*

(39) STS, s. 1.ª, de 24 de junio 2020 núm. 351/2020: «[…] *la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor; que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC». «[…] esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor».*

(40) STS, s.1.ª, 29 de mayo 2024 núm. 757/2024. Ponente: JL. Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

2) Que el hijo no precise la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, siempre que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. Así aparece en el artículo 233-20 CCCat, así como en el art.81.1 CDF aragonés. (SSTS 695/2011, de 10 de octubre, 426/2013, de 17 de junio, 284/2016, de 3 de mayo, 861/2021, de 13 de diciembre y 1153/2023, de 17 de julio, entre otras).

3) También debería incluirse el supuesto que unos hijos queden en compañía de un progenitor y otros en la del otro, en el que el Juez resolverá lo procedente.

b) *Custodia de hijos menores repartida entre ambos progenitores*

En el supuesto que se haya distribuido la guarda y custodia de los hijos comunes menores entre ambos progenitores, separando a los hermanos, el juez resolverá lo «procedente». El legislador deja al arbitrio judicial la atribución del uso de la vivienda familiar según las circunstancias del caso. Para ello, tendrá que valorar: 1/ la situación económica de cada grupo familiar 2/ la existencia o no de otras viviendas diferente de la familiar para que cada grupo familiar pueda satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos comunes menores de edad. 3/ Edad y número de los hijos menores que quedan con cada progenitor. 4/ estado de salud de los hijos y de los progenitores, 5/ problemas de adaptación de los hijos a otra vivienda, bien en la misma población o diferente.

En definitiva, el Juez deberá valorar la situación de desamparo y necesidad habitacional en que se encuentran los hijos menores tras la crisis matrimonial, al no existir otro derecho en el patrimonio que le permita facilitar una vivienda digna a los hijos menores.

c) *Custodia compartida*

Ninguna regulación específica en esta materia se encuentra en el artículo 96 CC ni antes, ni después de la reforma del art.96 realizada por ley 8/2021 de 2 de junio, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021.

En estos supuestos, la atribución del uso de la vivienda familiar se ha realizado teniendo en cuenta las siguientes opciones:

1) Casa nido. La atribución del uso de la vivienda se realiza a los hijos comunes menores y a cada uno de los progenitores durante los tiempos que estén en su compañía. De tal forma que cada progenitor debe tener su

vivienda para el tiempo que no resida en la vivienda que vino constituyendo el domicilio familiar, lo que supone elevados gastos que deben afrontar los progenitores, además de los múltiples inconvenientes que generan los cambios de domicilios entre ambos, cuidados de la vivienda, y si rehacen su vida sentimental y familiar con un tercero los problemas se triplican.

Esta modalidad de atribución del uso de la vivienda fue abordada por la sentencia 215/2019, de 5 de abril[41], siendo descartada al tener en cuenta que no existe acuerdo y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artículo 96 CC).

El argumento de ser un sistema que no vela por el interés del menor y además es incompatible con la capacidad económica de los progenitores se aplica en la sentencia 15/2020, de 16 de enero[42].

De manera parecida se pronuncia la sentencia 438/2021, de 22 junio[43], en la que se indica que no «tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio», así como la STS, s.1.ª, 870/2021 de 20 de diciembre[44] en la que se advirtió: *[…] su fijación requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia. «En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un*

(41) STS, S. 1.ª, 215/2019, de 5 de abril de 2019– Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Id. Cendoj: 28079110012019100233. Roj: STS 1363/2019 – ECLI: ES: TS:2019:1363.

(42) STS, S.1.ª, 15/2020, de 16 de enero de 2020– Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Id. Cendoj: 28079110012020100028. Roj: STS 61/2020 – ECLI: ES: TS:2020:61: *«[…] La rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores».*

(43) STS, S.1.ª, 438/2021 de 22 de junio de 2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012021100436. Roj: STS 2550/2021 – ECLI: ES: TS:2021:2550.

(44) STS, s.1.ª, 870/2021 de 20 diciembre 2021. Ponente: Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012021100901. Roj: STS 4950/2021 – ECLI: ES: TS:2021:4950.

buen "coparenting" –relaciones de los padres entre sí–. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades».

Comparto plenamente las reticencias que continúa mostrando la jurisprudencia a la adopción de esta solución y que se detallan en la STS, s. 1.ª, 757/2024 de 29 de mayo 2024 (45): « *[…] toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio*» y a su vez se reiteran en la STS, s. 1.ª, núm. 1312/2024 de 14 de octubre (46) en la que estima el recurso de casación descartando la casa nido al valorar que *para acordar un sistema de casa-nido es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores*. En el caso enjuiciado no existía acuerdo entre los progenitores y ninguno lo había solicitado.

2) Aplicación analógica del artículo 96.2, actualmente tras la reforma Art 96.1.4 del CC, cuando existiendo varios hijos, unos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, *la autoridad judicial resolverá lo procedente*, sin proporcionar criterio alguno.

La ausencia de regulación expresa obligó a la sala 1.ª del Tribunal Supremo a pronunciarse al respecto, adoptando este criterio, entre otras, en sentencias 558/2020, de 26 de octubre; 438/2021, de 22 de junio; 870/2021, de 20 de diciembre; 314/2022, de 20 de abril; 835/2022, de 25 de noviembre y 138/2023, de 31 de enero (47): «*no es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva.*

(45) STS, S. 1.ª, 757/2024 de 29 de mayo 2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

(46) STS, s. 1.ª, 1312/2024 de 14 de octubre. Ponente: María Angeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012024101271. Roj: STS 4917/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4917.

(47) STS, s. 1.ª, 138/2023 de 31 de enero. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012023100272. Roj: STS 1009/2023 – ECLI: ES: TS:2023:1009.

Tampoco el párrafo segundo del artículo 96 (matrimonio sin hijos). Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso «la autoridad judicial resolverá lo procedente».

Para tomar la decisión oportuna a fin de determinar *«lo procedente»* se atenderá, como indica la STS, S. 1.ª, núm. 757 de 29 de mayo de 2024 (48), a estos factores: 1/ el interés más necesitado de protección que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida) y 2/ la titularidad de la vivienda (privativa o común) o pertenencia a un tercero, pero siempre con fijación de plazo.

En este sentido, señala la sentencia 95/2018, de 20 febrero (49) (seguida por las sentencia 295/2020, de 12 de junio, 558/2020, de 26 de octubre, y 438/2021, de 22 de junio), que *«[…] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)».*

Respecto al límite temporal al que se supedita la atribución del uso, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, ha establecido los siguientes plazos, con valoración de las circunstancias concurrentes: 1/ un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril; 434/ 2016 de 27 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 314/2022, de 20 de abril; 556/2022, de 11 de julio y 138/2023, de 31 de enero); 2/ dos años (sentencias 593/2014 de 24 de octubre; 465/2015 de 9 de septiembre; 522/2016 de 21 de julio; 513/2017, de 22 de septiembre; 517/2017 de 22 de septiembre, 7/2018 de 10 de enero, 15/2020, de 16 de enero; 558/2020 y 870/2021, de 20 de diciembre y 835/2022, de 25 de noviembre); 3/ tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre; 42/2017 de 23 de enero; 294/2017, de 12 de mayo; 268/2018 de 9 de mayo), 4/ uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero), o, 5/ hasta que se

(48) STS, S. 1.ª, 757/2024 de 29 de mayo de 2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

(49) STS, s.1.ª, 95/2018, de 20 febrero de 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán. Id Cendoj; 28079110012018100086. Roj: STS 503/2018 – ECLI: ES: TS:2018:503.

proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo).

3) Atender al interés más necesitado de protección con independencia de la titularidad dominical de la vivienda. Para ello deberá valorarse los periodos de tiempo que pasaran con cada uno, razones objetivas que acrediten una mayor dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular, no disponer del uso de otra, menores ingresos), el estado de salud, los recursos económicos de los progenitores, número de hijos, etc.

4) Si no se acredita el interés más necesitado de protección, y la vivienda familiar sea propiedad exclusiva de uno solo de los cónyuges, el uso de la vivienda se atribuirá al progenitor propietario.

2.3 **Discapacidad**

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en lo que afecta a los hijos que tiene una discapacidad se reformó mediante Ley 8/2021 de 2 de junio en el siguiente sentido: *«1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.*

Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente».

En el supuesto de hijos menores comunes que se encuentren en una situación de discapacidad el límite temporal de extinción de la atribución

del uso la mayoría de edad no opera de forma automática. Se permite que el Juez determine la continuación en el uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad, en función de las circunstancias concurrentes.

Los hijos mayores de edad, que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en situación de discapacidad que precisen la continuación en el uso de la vivienda, se equiparan a los hijos menores que estén en la misma situación[50]. Esta reforma recoge el criterio que ha venido estableciendo el TS desde la STS 325/2012 en el que ya consideraba la equiparación de los hijos discapacitados a los menores, porque su interés también resulta más necesitado de protección.

Una vez extinguido el uso de la vivienda familiar, las necesidades del hijo discapacitado que carezca de independencia económica serán cubiertas mediante el régimen de los alimentos entre parientes, regulados en el titulo VI del libro 1.º

En definitiva se mantiene que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es temporal, debiendo ser fijado el plazo por los tribunales, quienes para ponderar las circunstancias concurrentes deberán tener en cuenta los siguientes factores, que determina la STS, s.1.ª de 29 de mayo 2024: 1/ Grado de discapacidad, 2/ las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, 3/ la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, 4/ la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, 5/ las posibilidades económicas de los progenitores, etc.

2.4 **Inexistencia de hijos o existencia de hijos mayores de edad**

Cuando los hijos menores de edad alcanzan la mayoría de edad, se extingue el derecho de uso atribuido por la vía del artículo 96.1 del CC tras la reforma producida por la Ley 8/2021 de 2 de junio, quedando equiparada la situación a la de inexistencia de hijos a que se refería el artículo 96.3 del CC (antes de la reforma. Actualmente artículo 96.2 Cc) y la adjudicación al cónyuge más necesitado de protección, que no puede realizarse por tiempo indefinido.

El artículo 96 *in fine*, regula expresamente que esa causa de extinción por mayoría de edad de los hijos, puede conllevar una revisión al alza en

(50) Hernandez Ibañez, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar» *en Derecho común en Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir.) Cerdeira Bravo de Mansilla, G.– García Mayo, M., (coord.) Reus, Madrid, 2017, p. 76. se opone a la equiparación entre hijo mayor incapacitado e hijo menor de edad, pues siendo tal incapacidad, de por vida, se trataría de una medida con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad de uno de los cónyuges.

la pensión de alimentos, que deberá hacerse valer a través del procedimiento de modificación de medidas, salvo que la sentencia previa haya fijado medidas para este supuesto.

¿Cómo se determina el interés más necesitado de protección?

– Es preciso que el sujeto beneficiario tenga una especial vinculación con la vivienda familiar directa o indirecta.
– Edad, situación de salud.
– Dificultad para conseguir una vivienda etc.

En esta materia, la STS, s. 1.ª, 624/2011 de 5 de septiembre[51] estableció como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*La atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*».

La STS 741/2016, de 21 de diciembre[52], aclara que: «*[…] la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC., también es cierto que la permanencia del hijo en la vivienda familiar, aún alcanzada la mayoría de edad, resulta acorde con la obligación común a ambos progenitores –protagonistas de la ruptura familiar– de darle habitación como parte de la obligación alimenticia. Serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los progenitores es titular el interés más necesitado de protección*».

De igual forma, ha tenido oportunidad de expresarse al respecto el Tribunal Constitucional, en su sentencia 12/2023, de 6 de marzo (FJ 6), al señalar que: «*La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. Esta misma interpretación es la que ha venido realizando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en todas aquellas ocasiones en las que se*

(51) STS, s. 1.ª, Pleno, 624/2011 de 5 de septiembre. Ponente: JA Xiol Rius. Id Cendoj: 28079119912011100001. Roj: STS 6237/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6237.

(52) STS, s. 1.ª, 741/2016 de 21 de diciembre. Ponente, A. Salas Carceller. Id Cendoj: 28079110012016100718. Roj: STS 5666/2016 – ECLI: ES: TS:2016:5666.

le ha planteado este supuesto, expresando que "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC" (sentencia de 11 de noviembre de 2013)».

La atribución del uso de la vivienda familiar como afirma García Mayo no es un fin, sino un instrumento al servicio de una finalidad concreta. Están destinadas a servir como medida asistencial, de apoyo al cónyuge más necesitado de protección, ofreciendo un tiempo prudencial para estabilizar su situación tras la ruptura. Este civilista destaca que la finalidad del párrafo 3.º del artículo 96 CC atiende a necesidades de tipo personal, no a necesidades exclusivamente de tipo económico en uno de los cónyuges[(53)]. Recuerda que si «bien la habitación forma parte de los alimentos, estos no tienen cabida entre excónyuges».

La atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina del TS reiterada en STS, s. 1.ª, 138/2023 de 31 de enero[(54)] antes de la reforma del artículo 96 CC *«parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras)*».

La adjudicación del uso a uno de los cónyuges sin limitación temporal infringe el artículo 96 CC. En efecto, es jurisprudencia asentada la que sostiene, sin fisuras, que considerar que la esposa, por ser titular del interés más digno de protección, cabe atribuible sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar infringe la doctrina de la sala (sentencias 73/2014,

(53) García Mayo, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, ob. cit., p. 95.

(54) STS, s. 1.ª, 138/2023 de 31 de enero. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012023100272. Roj: STS 1009/2023 – ECLI: ES: TS:2023:1009.

de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio y 527/2017, de 27 de septiembre).

La STS, s.1.ª, de 10/06/2024 (55) casa la sentencia de la Audiencia Provincial atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la esposa con un límite temporal de 1 año a contar desde la fecha de la sentencia de casación, aun cuando en la vivienda convivía la esposa con un hijo común mayor de edad.

Deberá tenerse presente que, si no existe un interés más necesitado de protección que otro, la vivienda familiar no debe atribuirse a ninguno de los cónyuges, tal como dispuso la STS 576/2014 de 22 de octubre o la STS 215/2016 de 6 de abril. En este caso, el uso corresponde al titular, y en casos de titularidad compartida, corresponde a ambos según las normas generales establecidas en los artículos 392 y ss CC.

3. EXTINCIÓN

3.1 **Mayoría de edad**

Tras la reforma del artículo 96 del CC por la ley 8/2021 de 8 de junio, debe especificarse en la sentencia dictada en procedimientos de mutuo acuerdo o contenciosos que el uso de la vivienda familiar solo se prolongará hasta que todos los hijos menores alcancen la mayoría de edad, salvo acuerdo en contrario adoptado por las partes.

¿Si existe un acuerdo entre los progenitores que extiende el uso de la vivienda más allá de la mayoría de edad, el mismo vincula a las partes o se aplica el artículo 96.1 del CC? El acuerdo es preferente a la norma legal «en *defecto de acuerdo de los cónyuges*» (art.96.1CC), por ello debe ser respetado y vincula a ambas partes. Y así lo ha entendido la STS, S. 1.ª, 315/2022 de 23 de marzo por haberse pactado la atribución del uso de la vivienda hasta la independencia económica.

El fundamento de esta causa de extinción que estableció el Tribunal Supremo antes de la reforma en STS, Pleno de 5 de septiembre 2011 (56) radica en: 1/ La protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, lo que no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca». 2/ No cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con

(55) STS, s.1.ª, núm. 808/2024 de 10/06/2024. Ponente: Jl Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012024100842. Roj: STS 3312/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3312.

(56) STS, s. 1.ª, núm. 624/2011 de 5 de septiembre de 2011. Pleno. Ponente: JA Xiol Ríos. Id Cendoj: 28079119912011100013. Roj: STS 6237/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6237.

la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2CC, respecto a los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios». La necesidad de los hijos mayores de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y ss del Cc. Criterio reiterado en STS, s. 1.ª de 25 de octubre de 2016 y STS de 19 de enero de 2017.

Por ello, llegada la mayoría de edad del último de los hijos menores de edad, el uso de la vivienda familiar se extingue, sin que sea necesario valorar nuevamente las circunstancias que concurren en el momento de la mayoría de edad del último de los hijos comunes, salvo en los supuestos de discapacidad de los hijos o de cónyuge más necesitado de protección.

Si voluntariamente la cónyuge y los hijos no abandonan la vivienda, entiendo que podría acudirse al procedimiento de ejecución de sentencia solicitando el desalojo y el lanzamiento.

Ahora bien, si el ex cónyuge pretende continuar en la utilización de la vivienda familiar mediante un uso judicialmente atribuido será necesario que inicie un nuevo procedimiento interesando su adjudicación por la vía del artículo 96.2 del CC en base al «interés *familiar más necesitado de protección*».

El problema surge en aquellas sentencias dictadas con anterioridad a la reforma del artículo 96 del CC que atribuyeron el uso de la vivienda a los hijos menores de edad sin límite temporal. ¿La extinción se produce de forma automática al llegar a la mayoría de edad? ¿Ha de instarse una modificación de medidas? ¿Puede solicitarse la extinción del uso de la vivienda familiar en ejecución de sentencia?

En mi opinión, al haberse atribuido el uso de la vivienda familiar conforme a la redacción vigente del artículo 96 del CC en el momento que no contemplaba limitación temporal alguna, la extinción del mismo no se produce de forma automática, siendo preciso una resolución judicial que modifique la sentencia que habilita para la posesión única de la vivienda familiar.

Sentado lo anterior, al no contemplarse nada en la sentencia, en el título ejecutivo no hay pronunciamiento alguno que ejecutar, por lo que *prima facie* no sería el procedimiento idóneo, aun cuando en esta materia los criterios de las Audiencia Provinciales son discrepantes sin que exista una postura unánime. No obstante lo anterior, en Cataluña, el artículo 233-24.3 del CCCatalán indica: «*Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso*». Este precepto únicamente permite la recuperación posesoria mediante ejecución de sentencia en el procedimiento en que se

adoptó en el supuesto que el inmueble sea propiedad exclusiva del otro cónyuge, pero no si la vivienda pertenece a ambos *pro indiviso* o a la sociedad de gananciales. En el País Vasco, la Ley 7/2015 de 30 de junio, articulo 12.13 permite que pueda llevarse a efecto por vía de ejecución de sentencia, al igual que se dispone en el art,12,12 para supuestos de vencimiento del plazo previsto judicialmente en la atribución temporal.

Por tanto, mi opinión es que deberá acudirse a un procedimiento de modificación de medidas que mediante una resolución judicial extinga el uso concedido en la sentencia que así lo estableció.

3.2 **Cesión gratuita de inmueble para vivienda familiar entre familiares o personas con relación de afectividad**

3.2.1 *Convivencia de progenitora con nueva pareja con la que constituye nuevo núcleo familiar fijando su sede en la vivienda familiar del núcleo primigenio*

Opera como causa de extinción la pérdida del carácter de familiar de la vivienda[(57)] por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa/o, al servir de uso a una familia distinta y diferente.

La primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la extinción del Derecho de uso fue en la STS, S.1.ª de Pleno 641/2018 de 20 de noviembre[(58)] al estimar que el carácter de vivienda familiar ha desaparecido no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. De tal forma que la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «*por servir en su uso a una familia distinta y diferente*».

La STS, S.1.ª, 568/2019 de 29 de octubre reitera la doctrina de la sentencia del pleno antes mencionada estima el recurso de casación y en aplicación del artículo 96.1 CC declara «*que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que deja sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla. A continuación se pronuncia sobre el aumento de la pensión de alimentos en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda.*

(57) La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «*por servir en su uso a una familia distinta y diferente*». STS, S.1.ª, 641/2018 de 20 de noviembre; STS, S.1.ª; 568/2019 de 29 de octubre.

(58) STS, S.1.ª de Pleno 641/2018 de 20 de noviembre. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079119912018100034.

Criterio reiterado en la STS, s.1.ª 488/2020 de 23 septiembre[59] y en la STS, s. 1.º, 1166 de 23/09/2024[60], que acuerda la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y, para evitar el automatismo, permite que el uso se prolongue un máximo de un año aumentando la pensión de alimentos que será efectiva una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

La introducción de una tercera persona[61] hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», siendo preciso instar un procedimiento de modificación de medidas para que se dicte una resolución judicial que acuerde la extinción de la atribución del uso de la vivienda[62].

3.2.2 *Vivienda familiar titularidad de terceros cedida en precario*

Cuando no exista título que justifique la posesión cedida por terceros, titulares de la vivienda – en la que la nueva familiar constituye su domicilio familiar, no entra en juego el artículo 96 del CC, pudiendo ejercitarse el desahucio por precario frente a los ocupantes sin título para la recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente[63].

La STS, s. 1.ª, de 22 de octubre de 2009, siguiendo la línea marcada por la STS de 26 de diciembre de 2005, reconocen el derecho de los padres a recuperar la vivienda por encontrarse el ex cónyuge en situación de precario, al no especificarse un plazo.

---

(59) STS, S.1.ª, 488/2020 de 23 de septiembre de 2020. Ponente. Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012020100471. Roj: STS 3033/2020 – ECLI: ES: TS:2020:3033 en el que la ex esposa convivía con otra persona en relación análoga a la marital durante 3 años y de forma continuada y permanente tras el nuevo matrimonio contraido con esta pareja desde el año 2015.

(60) STS, S. 1.ª,1166 de 23/09/2024. Ponente. María Ángeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012024101182. Roj: STS 4707/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4707.

(61) Cuena Casas, M., *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero.* http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero/.

(62) Verdera Izquierdo, B., «Incidencia de la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar», *Libro homenaje al Prof. Rams Albesa*, coordinado por Cuena Casas, M.; Anguita Villanueva, L., y Ortega Domenech, J., Madrid, 2012.

(63) Ver Cremades García, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008, pp. 12-13; Costas Rodal, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2010. Bib. 2010/1501, en el que se recoge las diferencias entre precario y comodato y los conflictos judiciales que se plantean entre ambas figuras en estos casos concretos, así como los diferentes pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo. Cuadrado Pérez, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coordinado por Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Domenech, 2013, pp. 1223-1262.

En STS, s. 1.ª, el pleno núm. 861/2010 de 18 de enero de 2010 [RC núm. 1994/2005], STS, s. 1.ª, 178/2011, de 18 marzo y STS, s. 1.ª, 695/2011, de 10 de octubre, STS 279/2016, de 28 de abril, STS, s.1.ª,29 de mayo 2024, ha dispuesto que la solución a estos conflictos deben buscarse en el marco del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio no afectan a los terceros propietarios.

En la STS, s.1.ª, del Pleno de 18 de enero de 2010(64), se dictó en un procedimiento de desahucio por precario interpuesto por la copropietaria de una mitad indivisa de la vivienda familiar cuyo uso fue atribuido en procedimiento matrimonial a la ex esposa del otro copropietario– hermano de la demandante. En ella se indica que la atribución del derecho de uso, por mucho que provenga de la autoridad judicial, jamás puede generar un derecho anteriormente inexistente.

3.3. **No precisar el hijo menor la vivienda familiar**

El hijo puede no precisar la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación, a través de otros medios, siempre que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. Esta es la solución adoptada en el artículo 233-20 del CC Cataluña que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el artículo 81.1 CDF aragonés) (STS, s. 1.ª, 10 de octubre 2011).

Si la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor sin que quede desprotegida al cubrir sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro se extingue el derecho de uso pudiendo el oro progenitor recuperar la vivienda, mejorando su situación económica que le permite hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija, al desaparecer la carga que representaba el pago del alquiler, tal como ha dispuesto la STS, s. 1.ª, 671/2012 de 5 de noviembre(65).

También se extingue el derecho de uso atribuido en sentencia de separación de nulidad o divorcio de una vivienda familiar propiedad exclusiva

(64) Cuadrado Pérez, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales», *ob. cit.*, pp. 1255-1256.

(65) STS, s.1.ª,671/2012 de 5 de noviembre. Ponente. José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012012100627. Roj: STS 7071/2012 – ECLI: ES: TS:2012:7071. En el mismos sentido ver STS, s.1.ª, 426/2013 de 17 de junio. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012013100349. Roj: STS 3347/2013 – ECLI: ES: TS:2013:3347.

del progenitor no custodio, al producirse un cambio de circunstancias motivado por haber quedado disponible un piso propiedad de ambos progenitores pro indiviso, siendo bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda a fin de que no puedan dar lugar en la práctica a una expropiación del propietario, tal como ha establecido la STS, s. 1.º 5/ 2015 de 16 de enero[66], que reitera las STS 29 de mayo 2011 y 5 de noviembre de 2012.

Disponer la madre de otra vivienda en la misma zona, que constituyó el domicilio de la recurrente antes de iniciar la convivencia con el otro progenitor, que puede ser utilizada y que tiene suficiente dotación de servicios que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, es motivo suficiente para atribuir esta vivienda a la hija menora y a la progenitora custodia, máxime cuando la vivienda que fue familiar era propiedad de los padres del progenitor no custodio, quienes pueden ejercitar el desahucio por precario para recuperar la posesión, perjudicando con ello el interés de la menor que debe presidir toda atribución, tal como se determinó en la STS 563/2017 de 17 de octubre[67].

4. ATRIBUCIÓN EN PAREJAS DE HECHO

El artículo 96 del CC no se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar a las parejas de hecho. En esta materia, es preciso distinguir si la pareja tiene hijos comunes menores de edad o no.

4.1 **Pareja con hijos comunes menores de edad**

En defecto de acuerdo entre los progenitores, el Tribunal Supremo desde la STS 221/2011 de 1 de abril[68] concede el uso de la vivienda familiar al

(66) STS, s. 1.º 5/2015 de 16 de enero. Ponente. Xavier O´Callaghan Muñoz. Id Cendoj: 28079110012015100018. Roj: STS 190/2015 – ECLI: ES: TS:2015:190.

(67) STS, s. 1.º, 563/2017 de 17 de octubre. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012017100541. Roj: STS 3732/2017 – ECLI: ES: TS:2017:3732.

(68) STS, s.1.ª, 221/2011 de 1 de abril 2011. Ponente Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012011100217. Roj: STS 2053/2011 – ECLI: ES: TS:2011:2053: «*El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma*

hijo común y por extensión a la madre que ostenta la guarda y custodia monoparental, con fundamento en la protección del interés superior del menor y formula la siguiente doctrina*:» la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC».*

Esta aplicación del artículo 96.1 a los hijos nacidos de uniones extramatrimoniales se ha venido reiterando en STS 340/2012 de 31 de mayo[(69)], si bien en el caso enjuiciado se revocó la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que realizó la atribución del uso de un inmueble sito en Boadilla del Monte, Madrid, propiedad exclusiva del otro miembro de la pareja, que ocupaba en precario la conviviente y el hijo común, quien había realizado obras en dicha vivienda, disponiendo la no atribución del uso de dicho inmueble, al quedar acreditado que no constituyó el domicilio familiar, con obligación de la madre y el hijo común de abandonar el inmueble sito en Boadilla del Monte.

STS 5/2015 de 16 de enero[(70)] dictada en un procedimiento de modificación de medidas en las que el padre solicita modificación relativa al cambio de domicilio en que residen la madre y el hijo común extramatrimonial solicitando que se establezca en una vivienda copropiedad de ambos progenitores que ha quedado libre de arrendatarios. El TS estima que el interés *del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precisando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ambas, ha sido algo indiscutido que el interés de menor quedó cubierto. Por tanto, como dice la sentencia de 5 noviembre 2012, antes transcrita en lo*

---

de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien». Este criterio se consolida en la STS 236/2011 de 14 de abril en un caso de crisis matrimonial, no de pareja de hecho.

(69) STS, s.1.ª 340/2012 de 31 de mayo. Ponente: E. Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100339. Roj: STS 3850/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3850.» La aplicación del artículo 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar.

(70) STS, s.1.ª, 5/2015 de 16 de enero. X. O´callaghan Muñoz. Id Cendoj: 28079110012015100018. Roj: STS 190/2015 – ECLI: ES: TS:2015:190.

necesario, las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida. Lo anterior, sobre la vivienda alternativa, lo ratifica la sentencia de 16 junio 2014, también transcrita. Y la anterior, de 29 marzo 2011 advierte que pueden modificarse las medidas por cambio de circunstancias. En el caso presente, la circunstancia de quedar disponible el piso propiedad de ambos, pro indiviso, es circunstancia de hecho que, como entiende la Audiencia Provincial es bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario, como han dicho las sentencias citadas anteriormente, de 29 marzo 2011 y de 5 noviembre 2012».

Por ello, a las parejas de hecho con hijos comunes menores de edad se les aplicará el artículo 96, párrafo 1.º del CC y no el párrafo 3.º, a fin de evitar la discriminación por razón de filiación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (arts. 14, 39 de la CE).

4.2 **Pareja de hecho sin descendencia común menor de edad**

La atribución del uso de la vivienda familiar dependerá de los acuerdos a que hayan llegado los convivientes. En defecto de acuerdo, no puede aplicarse el artículo 96 del CC al referirse el mismo a las crisis matrimoniales y no de parejas de hecho.

El Tribunal Supremo en materia de pareja de hecho niega la aplicación analógica del artículo 96 CC en la STS 240/2008 de 27 de marzo, en la que se discutía un desahucio por precario instado por los herederos del causante– titular de la vivienda– frente a la pareja de hecho que permanecía en la vivienda familiar, sosteniendo que el demandado carecía de título, encontrándose en la vivienda como precarista, por lo que, fallecida la propietaria, no tiene ninguna legitimación para oponerse a la demanda interpuesta por los herederos nuevos propietarios.

En el supuesto que la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio de la pareja de hecho sea cotitularidad de ambos, se aplicarán las normas de la comunidad de bienes, teniendo ambos derecho a la posesión de la cosa común en proporción a sus cuotas de titularidad en el inmueble. Asimismo, cualquiera de los dos copropietarios puede ejercitar la acción de división de cosa común(art.400CC) o puede vender su cuota de titularidad sobre el inmueble, con el posible ejercicio del derecho de retracto entre comuneros del articulo 1522 CC.

En el caso que la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio familiar es titularidad exclusiva de unos de los integrantes de la pareja de hecho, en defecto de acuerdo, el juez no puede atribuir el uso del domicilio familiar al otro integrante de la pareja de hecho mediante la aplicación analógica del artículo 96 3 CC, tal como ha dispuesto la STS del Pleno 611/2005 de 12 de septiembre seguido por la STS 690/2011 de 6 de octubre, estimándose que la permanencia en el interior del inmueble jurídicamente se considerará precario (STS 130/2014 de 6 de marzo).

5. CONCLUSIÓN

Lo acordado entre las partes referente a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar aprobado por la autoridad judicial prevalece sobre las reglas establecidas en el artículo 96 del Código Civil.

La atribución del uso de la vivienda familiar acordada en un convenio regulador es válido y eficaz, aun en el supuesto que no fuera ratificado ni homologado judicialmente siempre que se reúnan los requisitos establecidos en la legislación vigente para su plena validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia, no infrinja el interés del menor y no se hayan modificado sustancialmente las circunstancias, pues la homologación judicial es únicamente un requisito de ejecución procesal.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se observa que la interpretación del artículo 96 del CC tiende a realizar una atribución temporal del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo adoptado por los cónyuges y homologado judicialmente. Temporalidad que en el caso de custodia exclusiva se limita a la mayoría de edad. En los supuestos de custodia compartida o repartida se limita atendiendo a las circunstancias concurrentes, al igual que sucede cuando no existen hijos o estos son mayores de edad o cuando solo existe cónyuge.

La solución a los conflictos que se producen en el supuesto que la vivienda familiar fuera cedida por terceros gratuitamente, deben buscarse en el marco del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio no afectan a los terceros propietarios. Por ello para recuperar la posesión de la vivienda cedida gratuitamente, sus titulares dominicales podrán ejercitar la acción de desahucio por precario.

Esta interpretación del artículo 96 del CC pretende conciliar los derechos de los más necesitados de protección menores, terceros, cónyuges, con los derechos dominicales sobre la vivienda familiar, sea de un tercero o de los cónyuges en régimen de ganancialidad o privacidad.

Comparto totalmente el criterio del TS plasmado en la STS, s.1.ª de 29 de mayo 2024, que estima que una adjudicación ilimitada en el tiempo implicaría una suerte de expropiación forzosa de un indiscutible valor económico del que se vería privado el titular exclusivo o cotitular de la precitada vivienda, que conforma un bien de trascendente importancia económica en la mayoría de las ocasiones, además, el del mayor valor de la sociedad económica conyugal.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas,* Valladolid, 2005.

Anguita Rios, R. M., «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales» *ADC*, tomo LXIV, 2011, fas. 11, pp. 611-652.

Costas Rodal, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm 5/2010. Bib. 2010/1501.

Cremades García, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008.

Cuadrado Pérez, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coordinado por Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Domenech, 2013, pp. 122-1262.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 275-442.

— *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero.* http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero/.

Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 1996.

Espiau Espiau, S., *La Vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, 1992.

— «Comentario a la STS 31 de diciembre de 1994», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995.

García Cantero, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *El hogar y el ajuar en la familia las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* P. J. Viladrich Bataller (coord.). EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 61-84.

García Mayo, M., *La vivienda familiar y crisis de la pareja: régimen jurídico*, Reus, 2019.

Hernandez Ibañez, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar» *en Derecho común en Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir.) Cerdeira Bravo de Mansilla, G.– García Mayo, M, (coord.) Reus, Madrid, 2017, pp. 63-96.

Herrero García, M. J., «Comentario al art. 1320 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II., Madrid, 1991.

Martin Meléndez, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2.º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

Muñoz de Dios, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», A*nales de la Academia Matritense del Notariado,* T. XXVII, 1987, pp. 217-242.

Pérez Ureña, A. A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas*, Madrid, 2008.

Roca Trias, E., Comentario al artículo 96 CC en *C*ódigo civil comentado, Vol. I, 2011, pp. 521-526.

Rodríguez López, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* noviembre-diciembre de 1982, núm. 553.

Serrano Gómez, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, *criterios judiciales*, Madrid, 1999.

Sifre Puig, R., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte». *Revista crítica de Derecho inmobiliario* núm. 783, pp. 135-221.

Vázquez Iruzubieta, C., *Régimen económico del matrimonio*, ERDP, 1982.

Verdera Izquierdo, B., «Incidencia de la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar», *Libro homenaje al Prof. Rams Albesa*, coord. por Cuena Casas, M., Anguita Villanueva, L. y Ortega Domenech, J., Madrid, 2012, pp. 1635-1654.

C.1 Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio*

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: *Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrecentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.*

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

Palabras clave: *vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, oponibilidad a terceros.*

Abstract: *Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.*

Keywords: *family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.*

Sumario: 1. La restricción del poder de disposición sobre la vivienda familiar. 2. Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio. 2.1 Actos dispositivos subsumibles en el artículo 1320 CC. 2.2 Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente. 2.3 Protección del adquirente de buena fe. 2.4 Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad. Bibliografía.

1. LA RESTRICCIÓN DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Código Civil restringe en sus artículos 96 y 1320 la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras su crisis o extinción, si bien en este segundo supuesto tal limitación dispositiva se circunscribe a los casos en los que media la correspondiente atribución del derecho de uso, en la medida en que tras la separación o divorcio es dicho uso el que cimenta el mantenimiento de la naturaleza familiar de la vivienda.

No cabe duda que la razón de ser que subyace a los artículos 96 y 1320 CC entronca con la especial trascendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar (como eje vertebrador de las relaciones de los cónyuges y sus descendientes), lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección que la «blinde» frente a

posibles mutaciones jurídicas no consentidas por ambos cónyuges susceptibles de comprometer, sin el necesario consenso previo, la solución habitacional de la unidad familiar[1]. Planteamiento éste que explica, asimismo, las garantías que a este respecto prevé en materia de subrogación *ex lege* el artículo 15 de la Ley de arrendamientos urbanos para los casos de nulidad, separación y divorcio[2]. Protección ésta que, sin embargo, no resulta en principio aplicable en el ámbito del Derecho común a las parejas de hecho[3], al menos en lo que respecta al artículo 1320 CC[4], no así con el artículo 96.3 CC, vista la posible atribución tras la crisis del derecho de uso cuando existen hijos a cargo de la pareja[5] [SSTS, entre otras, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011\3139)[6] y de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017\4528)[7]] y a salvo las previsiones específicas contempladas, nuevamente, en materia de arrendamientos urbanos[8].

No obstante, pese al común denominador en cuanto a su finalidad de protección de la morada familiar, el funcionamiento e implicaciones asociadas a la aplicación de las reglas de los artículos 96 y 1320 CC no resultan coincidentes, por más que el tenor literal de ambos preceptos resulte

(1) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, pp. 296-297. A propósito de la inexistencia de antecedentes legislativos en el Derecho español de la restricción dispositiva de los artículos 1320 y 96 CC y su materialización en la reforma de 1981 a resultas de las recomendaciones europeas. *vid*. los razonamientos efectuados en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 4.º).

(2) *Vid*. por todos a este respecto Carrasco Perera, A. F., 2020, pp. 551 ss.

(3) Nótese que en el ámbito del Derecho Foral las restricciones dispositivas sobre la vivienda familiar previstas en los artículos 96.3 y 1320 CC sí que se han extendido a las parejas de hecho, caso particularmente del Derecho catalán (Arts. 231-9 y 234-3.2 CCCat –durante su vigencia– y 234-8.4 y 233-25 CCCat). En el caso del Derecho vasco la aplicabilidad de tales restricciones resulta más discutible. Para un análisis más en detalle del régimen dispositivo de la vivienda familiar en las parejas de hecho *vid*. Fernández Chacón, I., 2023, pp. 249 ss.

(4) En contra de la posibilidad de aplicación del referido artículo 1320 CC a las parejas de hecho *vid.*, asimismo, Gago Simarro, C., 2018, pp. 129-131 (con abundantes referencias bibliográficas en el mismo sentido, en particular en la nota 5).

(5) *Cfr.* Legerén Molina, A., 2018, pp. 830-837.

(6) En puridad, la admisión por el Tribunal Supremo de la aplicación «analógica» del artículo 96 CC a las parejas de hecho se remonta a la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), en la que se confirió tras la ruptura a la expareja no titular de la vivienda y a sus tres hijos un derecho de uso sobre ella [respecto al razonamiento efectuado en dicha Sentencia por el Tribunal Supremo para reconocer la aplicación «analógica» del artículo 96 *vid.* el comentario en sentido crítico efectuado en su momento por García Rubio, M.ª P., *CCJC*, pp. 411-413]. Sin embargo, dicho planteamiento sería posteriormente matizado por la STS de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008\4062), negando la posible aplicación analógica del artículo 96 CC para dirimir la confrontación de derechos sucesorios sobre la vivienda de la pareja entre el conviviente supérstite y los herederos del fallecido.

(7) Para un comentario de dicha Sentencia *vid*. Ferrer Riba, J., *CCJC*, pp. 51 ss.

(8) *Vid.* artículos 12.4, 16.1.b), 24.1 y Disposición Transitoria Segunda (B.7) de la Ley de arrendamientos urbanos. A propósito del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho en materia arrendaticia *vid.*, entre otros, Legerén Molina, A., 2018, pp. 818-823 (sobre la atribución del derecho de uso en los supuestos en los que la vivienda familiar está arrendada); y, más recientemente, con una proyección más general Gallego Domínguez, I., *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 284 ss.

en buena medida idéntico, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, fruto de la cual se confirma –aunque de una forma técnicamente discutible como se verá– la posibilidad previamente reconocida por la jurisprudencia de acceso al Registro de la Propiedad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso.

Dicha coincidencia en cuanto a la formulación por el legislador de las reglas previstas en los referidos artículos 96 y 1320 CC ha conducido a un notable solapamiento y confusión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial respecto al ámbito de aplicación (actos dispositivos comprendidos) y efectos asociados a su transgresión (sanción aparejada a la falta de consentimiento conjunto y oponibilidad a terceros de ésta), que no se da sin embargo –dicho de sea de paso– en sus homólogas reglas de Derecho Foral (caso, por ejemplo y particularmente, del Derecho catalán).

2. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

El artículo 1320 CC exige para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial, aun cuando dicha vivienda pertenezca a uno solo de ellos. Dicha regla implica pues una limitación del poder de disposición de los cónyuges sobre la vivienda familiar vigente el matrimonio, cuya transgresión vicia la validez del acto dispositivo realizado (Art. 1322 CC).

Como destaca la STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445), el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como *declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión» (FJ 5.º). Consentimiento que podrá ser expreso, tácito o *presunto*, así como anterior, simultáneo o posterior al acto dispositivo realizado –

como reiteradamente ha tenido ocasión de destacar la jurisprudencia[9]–y que a efectos registrales se cataloga como «… un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno» concluido por el otro cónyuge[10]. De ahí que en el caso enjuiciado por dicha STS de 8 de octubre de 2010 se estimase la validez del préstamo hipotecario concertado por el marido sobre la vivienda familiar, dado que la esposa había consentido la constitución de la correspondiente hipoteca[11].

Pese a su tenor literal, la especificidad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar del artículo 1320 CC se proyecta básicamente en los casos en los que ésta pertenece en exclusiva a uno solo de los cónyuges (caso paradigmático para el que la regla está prevista), habida cuenta de que si la vivienda tiene naturaleza ganancial o pertenece a los cónyuges en régimen de proindiviso la necesidad de consentimiento conjunto para su disposición se infiere igualmente de las reglas generales de los artículos 1377 y 399 CC[12], respectivamente[13], motivo por el cual el artículo 1320 CC se enmarca dentro de las reglas relativas al régimen

(9) *Vid.* en este sentido las SSTS, entre otras muchas, de 25 de mayo de 1983 (RJ 1983\2878), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 5 de julio de 1994 (RJ 1994\6430), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 15 de enero de 2008 (RJ 2008\338) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202). Sobre las distintas modalidades de consentimiento del cónyuge al acto dispositivo realizado sin su expresa participación *vid.*, entre otros, Sanciñena Asurmendi, C., 2009, p. 125; y Ragel Sánchez, L. F., 2011, pp. 884-888. En particular, por lo que respecta al consentimiento anterior a la realización del acto dispositivo conviene destacar, asimismo, la admisión de la posibilidad de que tal consentimiento derive de un poder general otorgado por uno de los cónyuges a favor del otro por medio del cual se autoriza la disposición de bienes, tal y como se estimó en la RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218) y en la STS de 8 de junio de 1993 (RJ 1993\4466, FJ 4.º) si bien *obiter dictum*, posibilidad ésta que, sin embargo, expresamente se excluye en el artículo 231-9.1 CCCat, a cuyo tenor el consentimiento del cónyuge no titular para la disposición de la vivienda familiar «… no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general».

(10) *Cfr.* RDGRN de 5 de enero de 2011 (RJ 2011\3432, FJ 4.º).

(11) Para un comentario sobre la referida sentencia en sentido favorable al fallo del Tribunal, pero destacando al mismo como a resultas del esquema del artículo 1320 CC el cónyuge no prestatario tiene que afrontar la pérdida de la vivienda, *vid.* Marín Velarde, A., *RdPat,* pp. 363-369.

(12) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, p. 297. No obstante, ha de tenerse presente que aun cuando del tenor literal de dicho artículo 399 CC se infiere la posibilidad de cada comunero de enajenar o realizar actos dispositivos sobre su cuota, cuando se trata de la vivienda familiar tal posibilidad por parte de uno de los cónyuges resulta vetada *ex* artículo 1320 CC [*Cfr.* RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218)], en la medida en que el uso de la vivienda podría verse comprometido a futuro mediante el ejercicio por el tercero adquirente de tal cuota de la acción de división de la cosa común.

(13) Nótese que si de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 1346 y siguientes del Código Civil la vivienda familiar revista naturaleza ganancial, la necesidad de consentimiento conjunto para la realización de actos dispositivos sobre ella prevista en el artículo 1320 CC se superpone con la regla general del artículo 1.377 CC, que requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer a título oneroso de cualesquiera bienes gananciales (incluida la vivienda familiar).

económico-matrimonial primario, garantizando con ello su aplicación a todos los esquemas jurídico-reales posibles[14].

La virtualidad práctica del consentimiento del otro cónyuge vigente el matrimonio respecto a los actos dispositivos que puedan entrañar la posterior pérdida de la vivienda familiar es llevada por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, como se aprecia, en particular, en la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011\936). En el caso de autos la vivienda pertenecía en copropiedad a los cónyuges en el momento de la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda a la esposa; con posterioridad, el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el padre del marido. La esposa planteaba la obligación de la viuda del adquirente –su exsuegra– de respetar su derecho de uso sobre la vivienda familiar, planteamiento que el Tribunal Supremo no acoge puesto que –aunque no alude expresamente a ello en su fundamentación– la ejecución de la vivienda tenía su origen en el impago de una deuda ganancial contraída de común acuerdo por ambos cónyuges, con la consiguiente aceptación por la esposa al contraer la deuda de la posibilidad de pérdida a futuro de la vivienda por impago.

Lógicamente, si el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular de la vivienda es anterior a la celebración del matrimonio los artículos 1320 y 1322 CC no serán aplicables, pues en ese momento el inmueble no constituía la vivienda familiar. De esta forma el adjudicatario de la vivienda familiar fruto de una ejecución hipotecaria que se produce constante el matrimonio y deriva del incumplimiento de un préstamo concertado por el cónyuge titular en estado de soltero estará protegido en su derecho, tal y como se concluyó en la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104). Aunque la referida sentencia no lo precisa, con mayor motivo el artículo 96.3 CC no resultará tampoco aplicable en tal caso, pues la atribución judicial o en convenio regulador del derecho de uso –presupuesto de la limitación al poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto– encuentra su fundamento en la protección de la vivienda familiar, por lo que si el acto del que dimana la adquisición del inmueble por un tercero (ejecución hipotecaria) es anterior al matrimonio no puede oponerse el derecho de uso sobre una vivienda que, en dicho momento, no constituía la vivienda familiar. Así pues, resulta obvio que la solución

(14) La inclusión de la limitación dispositiva del artículo 1320 CC dentro de las reglas del régimen primario hace que ésta resulte aplicable con independencia del régimen económico aplicable (gananciales, participación en las ganancias o separación de bienes), despejando cualquier duda relativa a su aplicación a los supuestos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, no subsumibles dentro de las reglas aplicables a la comunidad de bienes (art. 399 CC) ni a la disposición de bienes gananciales (art. 1377 CC), a resultas de las cuales la imposibilidad de disposición unilateral por uno de los cónyuges ya se encontraría *per se* suficientemente garantizada en términos prácticos, sin necesidad de contar con una regla *ad hoc* como la del artículo 1320 CC.

alcanzada por el Tribunal Supremo en este caso no es más que pura aplicación del principio de prioridad registral del derecho de hipoteca frente al derecho de uso de la vivienda familiar[15].

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, en principio, la mera separación de hecho de los cónyuges no basta a efectos de excluir la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 1320 CC, tal y como ha tenido ocasión de precisar tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado[16] como la jurisprudencia menor[17], pero sí –en principio y como se verá– cuando media separación legal o judicial, en cuyo caso la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges implicará la entrada en juego del artículo 96.3 CC, con las implicaciones que a continuación se detallan en el siguiente capítulo.

2.1 **Actos dispositivos subsumibles en el artículo 1320 CC**

Constante el matrimonio la jurisprudencia incluye dentro de los actos dispositivos para los que el cónyuge titular de la vivienda familiar debe contar con el consentimiento de su consorte aquéllos que implican «… la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real» [STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445)][18]. A tenor de dicho planteamiento, especialmente clarificadora y prolija en su razonamiento al respecto resulta la RDGRN de 13 de junio de 2018[19], según la cual:

> «Los artículos 1320 CC y 91 RH utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo ("disponer"), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el consentimiento del otro cónyuge, no puede hacer *acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario*

(15) *Cfr.* RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.º *in fine*).

(16) *Cfr.* RDGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\5540).

(17) *Cfr.* SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 13 de noviembre de 2013 (JUR 2014\3821, FJ 4.º) y SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 29 de enero de 2015 (JUR 2015\210537, FJ 6.º).

(18) En el mismo sentido se pronunciaba ya con anterioridad la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 2.º), y posteriormente la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104).

(19) En el caso objeto del recurso analizado en dicha RDGRN de 13 junio de 2018 se trataba –tal y como la propia Dirección precisaba al inicio de su fundamentación jurídica– de «… determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa» (FJ 1.º).

que comprometa su uso (art. 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a "actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma", expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia *sustraerlos al uso común* (art. 190.1). La expresión legal del Código Civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón. Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es meramente potencial (STS de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento»[20] (FJ 6.º).

(20) De ahí que, en atención a dicho razonamiento la Resolución transcrita descartó la inclusión de una servidumbre de la que no deriva la posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma dentro de los actos dispositivos proscritos por el artículo 1320 CC.

Como puede apreciarse en el razonamiento transcrito, la Dirección General diferencia entre actos de disposición de la vivienda propiamente dichos (compraventa, aportación a una sociedad o donación, entre otros) y actos de disposición de los derechos sobre la vivienda que comprometan su uso (extinción del contrato de arrendamiento, constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación o un derecho de hipoteca), subsumiendo ambas clases de actos dispositivos entre los proscritos por el artículo 1320 CC. De acuerdo con dicho esquema se postula, por ejemplo, la válida enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, en la medida en que tal enajenación no compromete el uso de la vivienda por la unidad familiar (21) [RDGSJFP de 18 de febrero de 2021 (RJ 2021\988) (22)] y se excluyen los casos de renuncia a derechos de naturaleza contractual encaminados a la adquisición de un inmueble potencialmente destinado a servir como vivienda familiar pero que no se encuentra aún en poder de los cónyuges (STS de 29 de febrero de 2008, RJ 2008\2934) (23), habida

(21) *Cfr.*, entre otros, De los Mozos, J. L., 1982, p. 129; y Berrocal Lanzarot, A. I., *RCDI*, p. 3482. Dicha posibilidad de disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del derecho de usufructo se infería, por ejemplo, del tenor literal de la RDGRN de 26 de octubre de 1987, en la que se estimó que la hipoteca de la nuda propiedad de la vivienda no resultaba susceptible de comprometer la solución habitacional de la familia, finalidad última de la restricción dispositiva impuesta en el artículo 1320 CC. No obstante, a nivel doctrinal esta posibilidad enajenación unilateral de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo *ex* artículo 1320 resulta ciertamente controvertida. Para una sistematización de las posturas existentes al respecto *vid.* Elorriaga de Bonis, F., 1995, pp. 278 ss. En contra de esta posibilidad *vid*., por ejemplo, Cuena Casas, M., 2011, pp. 300-301. La invalidez *ex* artículo 1320 CC de tal donación por el cónyuge titular de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva conjunta a su favor y a favor de la esposa del derecho de usufructo se apreció, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 8.º), si bien en el caso enjuiciado se daba la particularidad de que la esposa no llegó a aceptar el referido derecho de usufructo a su favor antes del fallecimiento del marido.

(22) En el ámbito de la jurisprudencia menor tal validez de la disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del usufructo se admite, por ejemplo, en la SAP de Asturias (Sección 7.ª) de 6 de mayo de 2013 (JUR 2013\202696, FJ 2.º), si bien en un caso un tanto particular en el que la aplicación del artículo 1320 CC resultaba discutible, habida cuenta de que el acto dispositivo en cuestión de tal vivienda derivaba de la partición hereditaria realizada por el marido y los hijos de su primer matrimonio tras la liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenecía la vivienda como consecuencia del fallecimiento de su esposa, confiriéndose a resultas de tal partición la nuda propiedad a los hijos y el derecho de usufructo al marido que había contraído segunda nupcias tras el fallecimiento de su primera esposa y fijado el domicilio conyugal en dicho inmueble durante la vigencia de la comunidad post-ganancial no liquidada existente entre el marido y sus hijos. Se trataba pues de un supuesto dudoso, en la medida en que la exclusión de la partición hereditaria del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC ha sido expresamente destacada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\3827), según la cual en tales casos la ocupación de la vivienda previa a la partición lo sería en concepto de meros precaristas por la tolerancia de los restantes coherederos (FJ 4.º).

(23) En el caso enjuiciado por dicha STS de 29 de febrero de 2008 el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1320 CC no resultaba aplicable al caso de autos, en el que el marido renunció (dispuso) a sus derechos de compra sobre una vivienda destinada a ser la vivienda familiar que no le había sido entregada aún (pese a que la compraventa se había producido vigente el matrimonio), en la medida en que la renuncia se produjo respecto a un mero derecho de crédito (derecho personal)

cuenta de que en tal caso no puede hablarse al momento de producirse la renuncia de la existencia propiamente dicha de un domicilio conyugal o familiar radicado en tal inmueble.

Por lo que concierne en particular a la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio, conviene precisar que la simultánea adquisición e hipoteca de la vivienda habitual por uno de los cónyuges de manera privativa (a resultas de la contratación de un préstamo hipotecario para financiar tal adquisición) no se encuentra –de acuerdo con la doctrina más reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública Registral– comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC, resultando, asimismo, inaplicables en tal caso los deberes de información precontractual y otorgamiento del acta previa de información previstos en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[(24)], habida cuenta de la teoría del negocio jurídico complejo en la cual se incardina tal operación adquisitiva[(25)] [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 3.º)[(26)]]. Posibilidad de adquisición y simultánea hipoteca de una vivienda con la finalidad de destinarla a vivienda familiar por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro que la Dirección General considera igualmente aplicable –*ex* artículo 1370 CC– cuando el régimen económico matrimonial es el de gananciales y dicha vivienda reviste carácter ganancial [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 2.º)].

2.2 **Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente**

Con anterioridad a Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la falta del consentimiento *uxoris* en la enajenación de bienes gananciales incluida la vivienda familiar –regulada en el antiguo artículo 1413 CC– no contaba con una solución jurisprudencial unívoca en

---

y no de un derecho real sobre el inmueble, en aplicación del por entonces vigente artículo 1413 CC que restringía el consentimiento *uxoris* a los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

(24) Aclarando las dudas suscitadas por la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2020\1135), según la cual «… el cónyuge que, a los efectos del artículo 1320 CC, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa» (FJ 3.º).

(25) *Vid.* en detalle Diéguez Morán, M., 2023, pp. 268 ss.

(26) Acogiendo la aplicabilidad en estos casos de la teoría del negocio jurídico complejo preconizada años atrás por la RDGRN de 4 de noviembre de 1968.

lo atinente a su régimen de invalidez, que oscilaba entre la nulidad radical, la anulabilidad o incluso la mera rescindibilidad o ineficacia parcial, tal y como destacaba la STS de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439).

Actualmente y de *lege lata* la aplicación combinada de los artículos 1301 y 1322 CC no deja lugar a dudas de que la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar o sobre bienes gananciales sin el consentimiento de ambos cónyuges (no en aquellos casos en los que media una «falsa representación»)[27], de los herederos del cónyuge premuerto (únicamente en el caso de bienes gananciales) o, en su defecto, de la correspondiente autorización judicial (Arts. 1375 y 1377 CC) es un negocio meramente anulable[28]. Sanción ésta de anulabilidad que, pese a estar fuera de toda duda, resulta a mi parecer técnicamente incorrecta, en tanto que supone una clara confusión entre los planos jurídico-obligacional y jurídico-real de los actos dispositivos realizados[29].

---

(27) Técnicamente en aquellos casos en los cuales el cónyuge disponente se arrogue la falsa representación de su cónyuge serían susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación de la figura del *falsus procurator* del artículo 1259 CC, pudiendo el otro cónyuge ratificar *a posteriori* el acto dispositivo realizado sin su consentimiento (de forma expresa o tácita), si bien el problema en tal caso estribaría en la determinación de la sanción aplicable al contrato celebrado sin consentimiento ni ratificación, habida cuenta de la polémica tanto doctrinal como jurisprudencial acerca del concreto significado que debe darse a la sanción de nulidad prevista en dicho artículo 1259 CC. *Vid.* en detalle a este respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales, Fernández Chacón, I., 2018, pp. 139 ss.

(28) *Vid.* SSTS, entre otras, de 6 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6921), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 11 de octubre de 1990 (RJ 1990\7858), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439), 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202), 23 de septiembre de 2010 y 16 de abril de 2012 (RJ 2012\5904). Con todo, pese al tenor literal del Código y su claridad, las críticas al régimen instaurado son numerosas. Así, por ejemplo, Lacruz Berdejo estima que mientras no transcurra el plazo impugnatorio de cuatro años (art. 1301 CC) el acto dispositivo será inexistente e inoponible para el cónyuge que no consintió la enajenación, pudiendo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial (1984, p. 460). Por su parte, Ragel Sánchez, L. F., estima que de no ser por la clara dicción del artículo 1322 CC la solución más adecuada sería la de reputar el contrato como incompleto hasta que no se produjera la ratificación del otro cónyuge, teniendo no obstante el referido precepto la venta de eliminar dudas y vacilaciones en lo referente a la concreta sanción aplicable a este caso concreto (nulidad radical, venta de cosa ajena…) (2011, p. 889). En desacuerdo con la sanción de anulabilidad del artículo 1322 CC, por la indefinición en que se encuentra el tercero contratante durante los cuatro años en que el otro cónyuge puede proceder a la impugnación del acto dispositivo realizado sin su consentimiento (art. 1.301 CC) se posiciona también, por ejemplo, Rams Albesa, J. J., 1992, p. 288.

(29) En mi opinión, la existencia de normas específicas en el Código Civil referidas a la invalidez de los actos de disposición tanto sobre la vivienda familiar como sobre bienes gananciales llevados a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro decretando su anulabilidad/nulidad (Arts. 1320, 1322, 1377 y 1378 CC) no debería suponer un obstáculo al reconocimiento de la validez, por ejemplo, de la enajenación de tales bienes, dado el alcance puramente obligacional de la venta y su necesaria diferenciación del negocio dispositivo fruto del cual se opera el correspondiente traspaso dominical. Partiendo de tal escisión, la invalidez no sería predicable del contrato de compraventa sino del negocio dispositivo subsiguiente, que no podrá tener lugar dada la falta de poder dispositivo de uno de los cónyuges aisladamente sobre los bienes gananciales. Pese a lo pacífico de la cuestión a nivel jurisprudencial hoy en día, a mi modo de ver la sanción de anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización

Con todo, la determinación de la sanción aplicable a los actos dispositivos a título gratuito de la vivienda familiar no resulta todo lo clara que debiera, habida cuenta de que el artículo 1322 se limita a preceptuar que «… serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge», situación de comunidad de bienes a la que alude dicho precepto que, *stricto sensu*, no concurre en cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, supuesto paradigmático en el que como se ha dicho el artículo 1320 CC cobra todo su sentido. El tenor literal de la norma no deja lugar a dudas de que los actos dispositivos unilaterales y a título gratuito sobre la vivienda copropiedad –bien común– de los cónyuges son nulos de pleno derecho, solución que se extiende también a los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad de gananciales, habida cuenta de la regla específica prevista en tal sentido en el artículo 1378 CC y que convierte en «superflua» la regla del artículo 1322 CC[30]. No parece pues que la nulidad radical de los actos dispositivos a título gratuito sobre la vivienda familiar que pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges pueda –visto su tenor literal– derivarse sin más del artículo 1322 CC, sino que en tal caso parece que la sanción debiera ser *a priori* la de la mera anulabilidad, equiparando los efectos asociados a los actos de disposición a título oneroso y gratuito de la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro[31]. La opción por la sanción de la nulidad radical requeriría, a mi parecer, una justificación que va más allá

judicial prevista en el referido artículo 1322 CC supone una confusión por parte del legislador entre los planos jurídico-real y jurídico obligacional. La solución correcta habría sido, pues, que cuando el artículo 1322 CC se introdujo en la reforma operada en 1981 el legislador hubiese optado por sancionar la ausencia de efectos jurídico-reales del acto dispositivo sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de su validez en el plano jurídico obligacional. Planteamiento personal que, no obstante, es una crítica en sede de *lege ferenda* que escapa al ámbito de este trabajo y que en nada empece las conclusiones apuntadas en el texto principal, sin perjuicio de que dicha crítica sea compartida por numerosos y destacados autores en los términos apuntados. *Vid.* en este sentido, entre otros, Giménez Duart, T., *AAMN*, pp. 329, 331, 333 y 343, hablando sencillamente de ineficacia atributiva de la enajenación; Merino Gutiérrez, A., *La Ley*, pp. 919-920; Miquel González, J. M., 2000, p. 24; Rodríguez Martínez, M.ª E., 2000, p. 158; y muy destacadamente Cuena Casas, M., 2011, pp. 303 ss. y 2014, pp. 986-987.

(30) *Cfr.* De los Mozos, J. L., 1982, p. 150. La diferencia entre el régimen de validez de los actos dispositivos a título gratuito (nulos) y oneroso (anulables) sobre bienes gananciales se destacaba expresamente, por ejemplo, en la STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10642, FJ 7.º). Así, en el caso, por ejemplo, de la STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6429) la esposa que había realizado las donaciones a favor de un hijo contaba con un poder de representación no revocado, que se estimó empleado con fines malévolos para vaciar el patrimonio ganancial, por lo que tales donaciones se calificaron como nulas de pleno derecho y no sujetas al plazo de impugnación del artículo 1301 CC. Sobre dicha nulidad de los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes gananciales *vid.*, entre otros muchos, Rivera Fernández, M., 2009, pp. 2772-2774.

(31) *Cfr.*, entre otros, Cuena Casas, M., 2011, p. 324; Moralejo Imbernón, N., 2013, p. 9332; y Jerez Delgado, C., *Indret*, pp. 16-17 (nota al pie 52). En contra, postulando la nulidad radical de los actos de disposición a título gratuito de la vivienda familiar realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro se posiciona Díez-Picazo y Ponce de León, L., 1984, p. 1506.

del tenor literal del artículo 1322 CC, opción ésta que, además, en la práctica no dotaría de una mayor protección al cónyuge que no consiente el acto dispositivo, visto que –aunque la nulidad no tiene plazo de ejercicio, frente a los cuatro años de la anulabilidad– la pasividad del cónyuge perjudicado –una vez que conoce de la disposición realizada– puede como ya se ha dicho reputarse como un consentimiento tácito *ex* artículo 1320 CC.

Por otro lado, cabe destacar que la jurisprudencia ha precisado que la sanción de anulabilidad *ex* artículo 1322 CC se extiende igualmente a los casos en los que el acto dispositivo es realizado por el cónyuge tutor sin autorización judicial [STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)], sin que pueda aplicarse en tales supuestos la nulidad de pleno derecho que en ocasiones se predicaba *ex* artículo 271.2 CC (vigente artículo 287 aplicable en los casos de curatela representativa tras la reforma operada en 2021) de los actos homólogos llevados a cabo por el titular de la patria potestad y por el tutor sin tal autorización [(32)]. Dicha diferenciación entre el régimen de invalidez aplicable a uno y otro supuesto –nulidad *vs* anulabilidad– resultaba en buena medida problemática, dada la concreta previsión contenida al efecto en los artículos 1387 y 1389 CC, en los que en sede del régimen económico matrimonial de gananciales se reitera la necesidad del cónyuge tutor/curador representativo de contar con autorización judicial *para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente*. La identidad de razón entre ambos preceptos (Arts. 271.2 y 1389 CC) demandaría una solución común y debería bastar para excluir la aplicación del régimen del artículo 1322 CC, norma general que sanciona la invalidez de los actos dispositivos sobre bienes gananciales y la vivienda familiar, cuyo supuesto de hecho es distinto frente al particular del artículo 1389 CC [en sentido contrario al razonamiento de la Sentencia de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)]. No obstante, actualmente, tras la STS plenaria de 10 de enero de 2018 (RJ 2018\156) tal diferenciación en el régimen de invalidez de ambos supuestos parece que ha desaparecido, ya que en dicha Sentencia el Alto Tribunal considera que los actos realizados por el tutor sin autorización judicial no son nulos de pleno derecho sino anulables [(33)].

---

(32) Nulidad a la que se llega en términos prácticos so pretexto de la calificación como incompleto del acto dispositivo realizado por el representante legal sin la autorización judicial requerida por los artículos 166 y 271.2 CC [*vid.*, por ejemplo, SSTS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030)].

(33) *Vid.* FFJJ 5.º ss. de la Sentencia.

2.3 **Protección del adquirente de buena fe**

Visto que en defecto de consentimiento conjunto o autorización judicial el acto dispositivo a título oneroso sobre la vivienda familiar realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio lleva aparejada la anulabilidad del negocio celebrado (Art. 1322 CC)[34], en tal caso no procedería la entrada en juego de la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH[35]. Y ello en la medida en la que la inscripción registral no convalida la invalidez del título que le da soporte (art. 33 LH)[36], habida cuenta de que el artículo 1322 CC parece operar como una auténtica «prohibición legal de disposición» *ex* artículo 26.2 LH, cuya operatividad a efectos registrales se «refuerza» en el artículo 91.1 RH que exige para la inscripción del acto dispositivo en cuestión que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia[37], mientras que si la vivienda es ganancial el artículo 93.2 RH requiere, además, para proceder a la inscripción la actuación conjunta de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial supletoria[38].

A las implicaciones que dicha manifestación exigida en el artículo 91.1 RH acerca de la naturaleza no familiar de la vivienda sobre la que recae el acto dispositivo tiene se refiere el propio artículo 1320 CC, cuando determina que «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla cuyo significado

---

(34) *Cfr.*, entre otros, Gómez Gálligo, F. J., 1992, p. 125 y Mateo Sanz, J. B., 2019, p. 590.

(35) En sentido contrario *vid*. Merino Gutiérrez, A., ob. cit., p. 921, defendiendo la posibilidad del adquirente de consolidar una adquisición *a non domino* sin necesidad de esperar que transcurran los cuatro años en que se puede ejercitar la acción de anulación del acto dispositivo.

(36) *Cfr.*, entre otros, Cuena Casas, M., 2011, pp. 324-325; Moralejo Imbernón, N., ob. cit., p. 9334; y Berrocal Lanzarot, A. I., ob. cit., pp. 3463-3464 y 3488-3489. No en balde, dentro de la invalidez a que se refiere dicho artículo 33 LH se incluyen los supuestos de anulabilidad, caso del referido artículo 1322 CC [*Cfr.* Domínguez Luelmo, A., 2019, p. 650].

(37) En puridad, a efectos de la inscripción registral del acto dispositivo en cuestión, la necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria se restringe en el Reglamento Hipotecario a los actos relativos a bienes gananciales (Arts. 93.2 RH y 1322 CC), sin que exista previsión equivalente respecto a los actos dispositivos sobre la *vivienda habitual* de la familia a que alude el artículo 1320 CC, en cuyo caso basta con que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91.1 RH). Así lo estima por lo demás la doctrina de la Dirección General, tal y como se aprecia claramente, por ejemplo, en las RRDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999), 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5843) y 9 de octubre de 2018 (RJ 2018\4494), así como en las RRDGSJFP de 6 de marzo de 2020 (RJ 2020\2982) y 16 de junio de 2020 (RJ 2020\3026), resoluciones todas ellas en las que de una u otra forma se analizan las implicaciones acerca de las expresiones de vivienda conyugal, vivienda familiar y vivienda habitual a efectos de poder practicarse la correspondiente inscripción *ex* artículo 91 RH.

(38) *Cfr.* Chico y Ortiz, J. M., 2000, pp. 1119, 1126 y 1127, quien extiende además dicha necesidad de actuación conjunta de ambos cónyuges para la inscripción de actos dispositivos a los bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial.

puede conducir a equívoco. Nótese que tal referencia del artículo 1320 CC a la imposibilidad de que la manifestación errónea o falsa del cónyuge disponente acerca del carácter de la vivienda y su catalogación como no familiar perjudique al adquirente de buena fe no puede –por definición a tenor del artículo 33 LH – implicar la «convalidación» del negocio dispositivo anulable realizado por el cónyuge titular *ex* artículo 1322 CC[39].

Dicho de otra forma, aunque se trata de una cuestión ciertamente discutible visto el tenor literal de la norma, a mi entender el adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 1320 CC únicamente podría ser el sub-adquirente del comprador al que –inicialmente– se le vendió la vivienda sin consentimiento del otro cónyuge[40], sin perjuicio de las reglas particulares que a este respecto se prevén en algunas normas forales y que ahondan en dicha cuestión[41]. Dicho sub-adquirente –o tercero

(39) En contra de dicho planteamiento se posiciona, por ejemplo, Gil Membrado, C., en cuya opinión la referida imposibilidad de convalidación de la invalidez del acto dispositivo realizado *ex* artículo 33 LH se restringiría únicamente a los casos en los cuales el primer adquirente tiene conocimiento de la inexactitud/falsedad de la declaración que el cónyuge titular disponente ha realizado a los efectos del artículo 91 RH (2013, pp. 54-57). También Gordillo Cañas, A., se posiciona en dicho sentido, considerando que la limitación dispositiva del artículo 1320 CC opera, visto su tenor literal y génesis en sede parlamentaria, como una limitación *inter partes* que *se detiene ante el tercero adquirente de buena fe*, de tal forma que la adquisición del tercero únicamente resultará claudicante cuando obre de mala fe, posicionándose el legislador con la regla prevista en dicho precepto en una línea similar a la del artículo 464 CC, aun cuando resulta crítico con la técnica legislativa empleada a tales efectos (*ADC*, pp. 1132 ss.). También Cuena Casas, M., se muestra crítica con la solución del artículo 1320 CC, pero –alineándose con la tesis de Gordillo Cañas– asume que es una decisión queridamente buscada por el legislador, aun cuando reconoce que el primer adquirente no es un tercero propiamente dicho como sí que lo sería el sub-adquirente del primer comprador, al tiempo que destaca la imposibilidad de que un acto de disposición inválido resulte convalidado por la inscripción de la adquisición en el Registro de la propiedad (2011, p. 325).

(40) *Cfr.* Berrocal Lanzarot, A. I., ob. cit., pp. 3488-3489. Aunque en el texto principal se habla de «venta», lógicamente tal planteamiento resulta extrapolable a cualesquiera otros actos dispositivos susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC en los términos apuntados *ut supra* (apartado 2.1).

(41) Estoy pensando, por ejemplo, en el caso del Derecho catalán, visto que el artículo 231-9.3 CCCat preceptúa que el acto dispositivo sobre la vivienda familiar realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro «… mantiene la eficacia si el adquiriente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquiriente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable». Por su parte, el artículo 190.3 CCCat prevé igualmente que «No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar». Otro tanto acontecía con la regla prevista en el artículo 18 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (declarada inconstitucional en su totalidad por la STC de 28 de abril de 2016), especialmente prolijo en su contenido y en el que expresamente se desarrollaba también la inoponibilidad de la anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. A propósito de las implicaciones de tales normas específicas previstas en los Derechos forales sobre la protección del adquirente de buena fe de la vivienda familiar *vid.*, por ejemplo, Gil Membrado, C., ob. cit., pp. 58-61.

adquirente– sí que podrá ser considerado tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH[42], pues basta la manifestación por el cónyuge titular del carácter no familiar de la vivienda requerido por el artículo 91.1 RH para que el primer comprador pueda proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, de forma que cuando éste lo vende de nuevo a un tercero éste podrá claramente beneficiarse de la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH, cuyos requisitos de aplicación concurren en su persona, habida cuenta de que este segundo acto dispositivo no está sancionado con invalidez alguna (a diferencia de cuanto acontece con el primero *ex* artículo 1322 CC). De lo contrario, si la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicase al adquirente de buena fe la protección pretendida por el legislador frente a la disposición unilateral de la vivienda familiar se vería desprovista de sentido en términos prácticos, visto que, lógicamente, tal manifestación siempre será errónea o falsa –sin perjuicio de sus repercusiones penales– y el carácter familiar de la vivienda carece de un *status* registral autónomo y perfectamente delimitado que permita un adecuado desenvolvimiento de la vertiente positiva de la fe pública registral y su consiguiente calificación en sede registral *ex* artículo 18 LH[43]. Parece pues claro que si la finalidad última de la introducción de la regla del artículo 1320 CC era precisamente la de dotar de un adecuado *status* de protección a la vivienda familiar vigente el matrimonio la referencia en dicho precepto al adquirente de buena fe debería restringirse al «tercero adquirente»[44], ya que de lo contrario la protección de la vivienda familiar se vería reducida a una mera cuestión indemnizatoria a resultas de una pretendida «mera eficacia *inter partes*» (entre los cónyuges) de la limitación prevista en dicho precepto, en tanto que el cónyuge no titular no podría enervar los efectos traslativos del acto dispositivo realizado sin su consentimiento por el cónyuge titular.

---

(42) *Vid*. en este sentido García Cantero, G., 1982, pp. 132-133, apuntando el carácter superfluo de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 1320 CC vista su necesidad de integración con el régimen instaurado en el artículo 34 LH.

(43) A tales dificultades en la calificación registral del acto dispositivo realizado sobre la vivienda familiar, que se limita *ex* artículo 91 RH a la manifestación efectuada por el cónyuge titular, se refiere, por ejemplo, la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (*BOE*-A-2023-15169, FJ 6.º *in fine*).

(44) Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10136) expresamente destacaba que «… el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión» (FJ 2.º), aunque sin efectuar ulteriores precisiones al respecto, en un caso en el que se concluyó que la venta de la vivienda familiar efectuada por la hija del marido (al que este último se la había donado) tras la atribución judicial del uso a la esposa obligaba al adquirente que inscribió su adquisición en el Registro a respetar dicho derecho de uso, pese a la aplicación al supuesto enjuiciado a la normativa anterior a la reforma operada en 1981, en la que se introdujo la limitación dispositiva del artículo 96 CC.

Por contra, conviene tener presente que la sanción de mera anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento de ambos cónyuges implica la posibilidad teórica de que el adquirente a título oneroso pueda adquirir por usucapión ordinaria en el plazo de diez años dicha vivienda[45] (lo que puede ocurrir antes de que la disolución de la sociedad o del matrimonio tenga lugar, como por defecto fija como *dies a quo* el artículo 1301.5.º CC). En todo caso para que tal adquisición por usucapión pueda acontecer deberá concurrir el referido desplazamiento posesorio de la vivienda, lo que lo convierte en un supuesto harto improbable, habida cuenta de que en tal caso parece razonable entender que la posesión por el tercero resulta de facto incompatible con la inexistencia de un consentimiento tácito al acto dispositivo realizado por el cónyuge titular, haciendo innecesario esperar a que transcurran diez años (ya que el conocimiento del acto dispositivo con anterioridad a la disolución de la sociedad o el matrimonio opera igualmente como *dies a quo* de la caducidad de la acción *ex* artículo 1301.5.º CC).

2.4 **Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad**

En términos procesales la anulación *ex* artículo 1322 CC del acto dispositivo solo puede ser instada por medio de acción o reconvención y no de excepción [SSTS, entre otras, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10642), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514) y 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5077)] por el otro cónyuge o sus herederos, no por el cónyuge contratante o el tercero que con éste contrata[46] [SSTS, entre otras, de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10104) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202)].

---

(45) *Cfr.* Sanciñena Asurmendi, C., ob. cit., p. 123.

(46) Respecto a la posible impugnación por el tercero contratante, estima Díez-Picazo y Ponce de León, L. que su situación «… puede ser digna de especial protección en dos casos, cuando ignoraba que el disponente con quien contrató estaba casado o cuando, expresa o tácitamente, el acto se supeditó o condicionó a la confirmación o ratificación. En el primer caso puede entenderse que el tercero dispone de una acción de nulidad propia por error en las cualidades de la persona con quien contrató. En el segundo caso, la espera de la confirmación o ratificación no podrá extenderse más allá de lo razonable. Si así no ocurre, hay que entender que el disponente incumplió sus obligaciones y que el acto por esta razón es resoluble» (1984, p. 1511). En esta línea, la STS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8836) admitía, si bien con carácter de mero *obiter dictum*, la posibilidad del tercero de impugnar la validez de la enajenación de bienes gananciales realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, señalando que «… la acción de nulidad de aquellos actos dispositivos efectuados sin consentimiento de uno de los cónyuges, correspondería al cónyuge preterido o a sus herederos, y, asimismo el tercero de buena fe podría invocar esa nulidad en defensa de sus intereses que le fuesen propios» (FJ 4.º).

Tal y como se ha avanzado, el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad es de cuatro años (plazo de caducidad) [47], iniciándose el cómputo *desde el día de disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente* del acto/contrato realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro (Art. 1301 CC). El *dies a quo* aplicable por defecto al cómputo de dicho plazo de caducidad de la acción de la anulabilidad resulta común tanto a los actos/contratos realizados sin el debido consentimiento conjunto sobre bienes gananciales como a la disposición de la vivienda familiar, solución que a mi modo de ver resulta criticable, en tanto que en el caso particular de los actos de disposición sobre la vivienda familiar no parece tener mucho sentido posponer por defecto el inicio del cómputo de tal plazo a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales o del matrimonio. Y ello porque no parece que la disposición de la vivienda familiar puede tratarse de un acto que pase desapercibido para el cónyuge que no presta su consentimiento, al menos cuando el acto dispositivo en cuestión comporte la cesión posesoria a un tercero (de forma tal que parece que en tal caso lo lógico es estimar que en tales casos estaremos siempre en presencia de un consentimiento tácito/presunto al acto dispositivo realizado), a diferencia de cuanto acontece con otros bienes que integran el patrimonio ganancial (respecto a los que resulta innegable la posibilidad de que un acto dispositivo pase desapercibido a uno de los cónyuges hasta el momento en el que con motivo de la disolución de la sociedad/matrimonio se recapitula acerca del activo/pasivo de la sociedad, al menos cuando tal patrimonio resulte cuantioso).

Distinto parece el caso de los actos dispositivos que por su propia naturaleza no resultan «tangibles» para el otro cónyuge, caso particularmente de la hipoteca de la vivienda, en tanto que tal hipoteca no despoja *per se* al matrimonio de su solución habitacional, sino que sencillamente la compromete a futuro, caso de que la deuda garantizada con la hipoteca resulte incumplida [48]. Con todo, incluso en tal caso considero que la posposición del *dies a quo* al momento de la disolución de la sociedad/matrimonio no resulta razonable, dada la excesiva prolongación en el tiempo de una situación de pendencia/inseguridad jurídica que ello entraña, incompatible con la necesaria seguridad del tráfico inmobiliario que resulta

(47) *Cfr.* STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136), modificando, tal y como destaca Ragel Sánchez, L. F., el planteamiento adoptado en otras resoluciones previas que se mostraban más vacilantes al respecto, admitiendo la posibilidad de que el plazo del artículo 1301 CC se interprete como un plazo de prescripción (2017, pp. 288-289).

(48) *Vid.* en detalle *infra* las consideraciones efectuadas en el siguiente capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, en particular en casos de ejecución de la vivienda sobre la que pesa el derecho de uso.

deseable en todo ordenamiento. Seguridad que, al menos a mi parecer, sería fácilmente subsanable a través de un mejor tratamiento y constancia en sede registral de la naturaleza familiar de la vivienda que se proyecte en el correlativo control de los actos dispositivos que sobre ella se efectúan, mas allá de la insuficiente y genérica previsión a tales efectos contenida en el artículo 91.1 RH.

BIBLIOGRAFÍA

Berrocal Lanzarot, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.

Carrasco Perera, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.

Chico y Ortiz, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.

De los Mozos, J. L. «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1, 1982, Edersa, Madrid, pp. 125-133 y 141-150.

Diéguez Morán, M., «El consentimiento del cónyuge en la adquisición financiada de la vivienda familiar», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), La *vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 265-277.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en *Comentarios de las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1505-1507 y 1508-1510.

Domínguez Luelmo, A., «Comentario al artículo 33 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 647-654.

Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Fernández Chacón, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.

— «La disposición de la vivienda familiar», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 209-264.

Ferrer Riba, J., «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018, pp. 51-68.

Gago Simarro, C., «Atribución del uso de la vivienda habitual tras el cese de la convivencia de una pareja de hecho», en Sanciñena Asurmendi, C. y Carbajo González, J. (Dirs.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 127-163.

Gallego Domínguez, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333 (disponible *online* en https://revista-aji.com/articulos/2023/19/AJI19_9.pdf).

García Cantero, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.

García Mayo, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

García Rubio, M.ª P., «STS de 16 de diciembre de 1996. Unión de hecho *more uxorio*. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1.902. Exclusión de daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 1997, pp. 401-413.

Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

Giménez Duart, T., «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el Artículo 1322 CC)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 28, 1988, pp. 233-264.

Gómez Gálligo, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.

Gordillo Cañas, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).

Jerez Delgado, C., «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos», *Indret*, núm. 4, 2018 (disponible online en https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1418.pdf).

Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV (Derecho de Familia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.

Legerén Molina, A., «El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho», en Cervilla Garzón, M.ª D., y Lasarte Álvarez, C. (Coords.), *Ordenación económica del matrimonio y crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 815-838.

Marín Velarde, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, pp. 285-293.

Mateo Sanz, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.

Merino Gutiérrez, A., «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, núm. 1, 1995, pp. 916-921.

Miquel González, J. M., Prólogo al libro de Rodríguez Martínez, M.ª E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9327-9335.

Pérez Conesa, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, 2012, pp. 75-80.

Ragel Sánchez, L. F., «La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, T. I (*Los regímenes económicos matrimoniales*), Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 863-1004.

— *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.

Rams Albesa, J. J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

Rivera Fernández, M., «Comentario al artículo 1378», en Pasquau Liaño, M. (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. III, 2.ª Ed., Comares, Granada, 2009, pp. 2772-2774.

Rodríguez Martínez, M. E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

Sanciñena Asurmendi, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

C.2 Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial *

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: *Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrecentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.*

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

Palabras clave: *vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, oponibilidad a terceros.*

Abstract: *Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.*

Keywords: *family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.*

Sumario: 1. Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: limitaciones asociadas a la atribución del derecho de uso y diferenciación de supuestos. 2. La distinta significación de la limitación dispositiva de los artículos 1320 y 96.3 CC. 3. Casuística particular de la hipoteca de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso. Bibliografía.

1. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL: LIMITACIONES ASOCIADAS A LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO Y DIFERENCIACIÓN DE SUPUESTOS

Tras la crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) la subsistencia del concepto mismo de vivienda familiar se supedita a la correspondiente atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda a uno de los cónyuges, de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 96 CC, lo que determinará la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC, según el cual:

> «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial.

> Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

No en balde, en defecto de tal atribución del derecho de uso el destino de la que durante el matrimonio constituía la vivienda familiar se restringirá a un mero problema de liquidación del régimen económico-matrimonial, a resultas del cual se determinará su carácter privativo, ganancial o en régimen de copropiedad de los cónyuges (bien ordinaria o bien en conjunción con la propia sociedad *ex* artículo 1354 CC), desapareciendo con ello el calificativo y connotaciones jurídicas asociadas a la vivienda familiar, que pasará a conformar un mero activo patrimonial equiparable a cualesquiera otros de los cónyuges, cuyo régimen de disposición no reviste particularidad alguna desde el prisma del Derecho de familia.

El alcance de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC debe pues interpretarse de acuerdo con la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, de forma tal que la formulación de reglas encaminadas a dilucidar las implicaciones derivadas de su aplicación requiere diferenciar entre dos grandes grupos de casos: 1) Aquéllos en los que la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso o pertenece en copropiedad a ambos cónyuges; 2) Aquéllos en los que la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero[(1)]. Y ello porque la naturaleza jurídica del derecho de uso se encuentra condicionada, a su vez, por el tipo de derecho que los cónyuges tenían con anterioridad a la atribución judicial[(2)], y no a la inversa[(3)].

En este sentido, no cabe perder de vista que el derecho de uso no constituye sino una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges o el cónyuge titular no beneficiario de dicho uso tenían en su poder la vivienda familiar con anterioridad a la crisis matrimonial[(4)], a sa-

---

(1) *Cfr.* Pertíñez Vílchez, F., *Derecho Privado y Constitución,* pp. 345 ss.

(2) *Cfr.*, entre otros, O'Callaghan Muñoz, X., *AC*, p. 1333 y Rams Albesa, J., 1987, p. 109.

(3) Pese a ello, continúa habiendo autores que optan por aferrarse a dicho esquema y pretenden perfilar primero la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar en abstracto –al margen de la concreta y previa situación jurídica en la cual se enmarca la atribución de dicho derecho de uso– para posteriormente extrapolar sus conclusiones a cada uno de los distintos supuestos que pueden darse y enfrentarse, nuevamente, a la necesidad de hacer depender dicha naturaleza jurídica del concreto tipo de derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda familiar, caso, por ejemplo, de García Mayo, M., 2019, pp. 173 ss. (que conceptualiza el uso de la vivienda familiar como derecho real para luego tener que lidiar con, por ejemplo, tal uso en los casos en que la ocupación se legitima o ampara en un contrato, caso del arrendamiento, comodato o mero precario).

(4) *Cfr.*, entre otros, Bello Janeiro, D., *Aranzadi Civil*, p. 173 y Pertínez Vílchez, F., ob. cit., p. 347. El primero de tales autores transcribe a tal efecto el razonamiento de la SAP de Cádiz

ber: propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del uso o de un tercero, propiedad común/ganancial de ambos cónyuges o copropiedad entre ellos o con un tercero, usufructo, uso, habitación, arrendamiento o comodato, etc. Dicho enfoque es el actualmente acogido por el Tribunal Supremo, en particular a partir de sus Sentencias de unificación de doctrina de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) y su contravención equivaldría a reconocer que la atribución del derecho de uso *ex* artículo 96 CC implica la transformación del derecho previo de ocupación de la vivienda en un derecho nuevo, cuyo titular exclusivo sería el cónyuge beneficiario del uso(5), sin más título para ello que la resolución judicial o acta notarial que atribuye u homologa el uso acordado en el convenio regulador(6).

Así pues, cuando la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no resultaría aplicable(7), toda vez que la atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda no es susceptible de operar transformación alguna en el título jurídico que legitimaba la ocupación del inmueble por los cónyuges vigente el matrimonio(8) (particularmente cuando tal ocupación lo era en concepto

---

(Sección 3.ª) 11 diciembre 1993 (AC 1993\2539), según la cual: «… la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial […]» (FJ 4.º).

(5) Como destaca Espiau Espiau, S., debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede suponer el reconocimiento de titularidad alguna al cónyuge que no la tenía antes de la crisis matrimonial, pues como hemos apuntado y destaca dicho autor el propio artículo 96. IV CC alude al cónyuge no titular, lo que *per se* excluye la consideración como titular del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda (1992, pp. 183 y 200 ss.). Por contra, García Mayo, M., considera que «… cuando el párrafo se refiere al "cónyuge no titular", simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial» (ob. cit., p. 103).

(6) Tal planteamiento se apreciaba, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 24 de marzo de 1992 (AC 1992\474), en tanto que reconocía que el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene título legítimo de posesión al desestimar la demanda de desahucio por precario ejercitada por el propietario del inmueble (padre del marido) contra la esposa titular del derecho de uso, so pretexto de que «… independientemente de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la situación de precario, que algún sector doctrinal llega a equiparar con la de comodato del artículo 1740 CC, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso […] lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer *el interés familiar más urgentemente necesitado de protección*».

(7) *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en Fernández Chacón, I., y Gago Simarro, C., *RCDI*, pp. 3390 ss.

(8) Nótese que a atribución judicial a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* con una protección y entidad superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges, por lo que la sentencia judicial (decreto o acta notarial) de divorcio, separación o nulidad matrimonial no puede mutar el título de posesión del bien

de mero precario por la cesión gratuita de un familiar o allegado)[9], ni implica un subrogación *ex lege* del contrato que amparaba su uso con anterioridad a la crisis matrimonial[10] (excepción hecha de la regla prevista en el artículo 15 LAU)[11].

De acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, únicamente cuando la vivienda es propiedad de uno o ambos cónyuges la resolución de separación/divorcio y el convenio regulador tienen algún tipo de virtualidad transformadora de la situación jurídica preexistente de éstos con respecto a su uso[12], lo que a su vez determina las implicaciones asociadas a la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC. Sin embargo, pese a que la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) sistematiza dentro de un mismo bloque los casos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges o conjuntamente a ambos a efectos de determinar la naturaleza y efectos que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña (tanto frente a terceros como entre los propios cónyuges), lo cierto es que ambos supuestos gozan de autonomía propia y suscitan problemas dispares, puesto que no parece razonable que el derecho de uso tenga las mismas connotaciones cuando el cónyuge beneficiario no es propietario de la vivienda que cuando ésta le pertenece en parte.

En particular, cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges la atribución del derecho de uso al otro implica una clara desligazón entre la «nuda propiedad» de la vivienda (cónyuge titular) y su detentación posesoria, que la resolución judicial o el correspondiente convenio regulador confieren al otro cónyuge, conceptualizándose dicho uso como un «derecho de naturaleza familiar» [como confirman las SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930) y la doctrina de la Dirección General[13]],

---

por parte de los cónyuges. *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, p. 365; Bello Janeiro, ob. cit., p. 163; y Pertíñez Vílchez, F., ob. cit., p. 347.

(9) *Cfr.* Fernández Chacón, I., y Gago Simarro, C., ob. cit., pp. 3391-3400.

(10) *Cfr.* SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(11) En la actualidad no cabe duda de que el artículo 15 LAU contempla la subrogación legal del cónyuge al que se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar. Ello significa que el cónyuge titular del derecho de uso *ex* artículo 96 CC se convierte en el nuevo arrendatario como consecuencia de la adjudicación judicial del derecho de uso de la vivienda familiar, al menos siempre y cuando notifique al arrendador en el plazo de dos meses su voluntad de continuar en el arrendamiento, aportando copia de la resolución judicial, tal y como se enfatiza en la STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 2015\5608). A propósito del régimen instaurado en dicho precepto vid. por todos Carrasco Perera, A., 2020, pp. 551 ss.

(12) *Vid.* STS de 18 de enero de 2010 (FJ 5.º).

(13) *Vid*. RRDGRN de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\2376), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682) o 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512).

cuya posibilidad de acceso al Registro de la propiedad –a efectos de su correspondiente oponibilidad a terceros– expresamente se prevé en el artículo 96.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Mención expresa en el vigente artículo 96.3 CC de la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso –y consiguiente restricción dispositiva que para el cónyuge titular entraña, a la que literalmente y a mi parecer de forma técnicamente incorrecta parece restringirse la inscripción según dicho precepto[(14)]– que ya resultaba factible anteriormente *ex* artículos 103.2.ª

(14) Habida cuenta de que en términos literales el artículo 96.3 CC alude a que lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad es *la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar* y no el derecho de uso propiamente dicho, hay autores que consideran que de acuerdo con tal redacción (y a pesar de criticar la solución adoptada de *lege data* tras la reforma) lo único que por el momento puede hacerse constar es tal restricción y no el derecho de uso propiamente dicho, a expensas de la interpretación jurisprudencial que pueda efectuar el Tribunal Supremo [*vid*., por ejemplo, Goñi Rodríguez de Almeida, M.ª, *RCDI*, pp. 1155 ss., así como 2023, pp. 402 ss. (especialmente 412-417); o Domínguez Luelmo, A., *CCJC*, pp. 117, 118, 128 y 129, entre otras, aunque en este caso con muchos matices, destacando en todo momento la incidencia del principio de especialidad registral en la constancia del derecho de uso con trascendencia jurídico-real (pp. 122 ss., fundamentalmente en lo que concierne a su duración y titular) y cómo a efectos de dicho principio de especialidad *no hay duda de que el régimen jurídico aplicable a esta restricción depende de cómo se haya configurado la atribución del uso de la vivienda familiar*, particularmente cuando tal uso deriva del convenio regulador y no directamente de la autoridad judicial (pp. 128-130]. Sin embargo, a mi parecer, pese a lo que la literalidad del artículo 96.3 CC pudiera sugerir a primera vista lo que registralmente debiera hacerse constar –como ya se hacía antes de la reforma– es la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, no la restricción del poder de disposición del cónyuge titular/cotitular, restricción que va de suyo asociada a la atribución del uso, sin que a mi parecer tenga sentido preconizar una doble inscripción: derecho de uso y restricción del poder de disposición, en la medida en que la segunda es correlato de la primera, cual acontece con otros derechos como puede ser el usufructo, como por lo demás apuntaba en su momento el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley (pp. 57 y 58, disponible *online* en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad). Por ello resulta un tanto perturbador a este respecto el razonamiento efectuado en la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), cuando afirma que «Tampoco la usuaria, según el derecho de familia, ostenta ningún título adquisitivo inscrito sobre el inmueble hipotecado, sino que, como reza el artículo 96 CC, en su actual redacción, perfectamente extrapolable a su anterior contenido normativo, es la "restricción en la facultad de disposición sobre la vivienda familiar" la que "se hará constar en el Registro de la Propiedad" y no, por lo tanto, una suerte de usufructo asimilado que le atribuya la condición de parte contra la que deba dirigirse la demanda ejecutiva» (FJ 3.º), si bien en el caso enjuiciado tal razonamiento estaba encaminado únicamente a desvirtuar la posibilidad de considerar al cónyuge beneficiario del uso como tercer poseedor en un procedimiento de ejecución hipotecaria a los efectos del artículo 662 LEC (*vid*. en detalle *infra* apartado 2). Por otro lado, y por lo que concierne a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cabe destacar que en la calificación registral objeto del recurso gubernativo enjuiciado por la Resolución de 5 de junio de 2023 expresamente se planteaba esta dicotomía entre la inscripción del uso *vs* restricción dispositiva tras la reforma operada en 2021 en el artículo 96.3 CC, frente a lo cual la Dirección General insistía nuevamente en la posibilidad de inscripción del Derecho de uso *ex* artículos 96 CC, 1 y 2 LH y 7 RH, sin que tales conclusiones queden «… empañadas por la modificación que en la redacción del artículo 96, apartado 3, del Código Civil se ha introducido por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2

CC y 96.2 RH[15], pero a resultas de la cual se atajan buena parte de las discusiones en torno a su naturaleza jurídica (real, personal o *sui generis*) suscitadas antes de la reforma en aras, precisamente, a justificar tal constancia registral y su correlativa oponibilidad a terceros[16] (si no ya del derecho de uso propiamente dicho al menos sí de la restricción dispositiva que garantiza el disfrute de la vivienda por el ex-cónyuge beneficiario).

Si la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges el derecho de uso de la vivienda familiar deriva de la resolución judicial o del convenio que atribuye dicho uso *ex* artículo 96 CC [STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 5.º], lo que implica la mutación de la posición jurídica del cónyuge titular previa a la crisis matrimonial respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de su derecho de uso y disfrute del inmueble, al haberse atribuido a su expareja de forma exclusiva y excluyente, pasándose de una situación de coposesión vigente el matrimonio a una posesión en exclusiva tras la crisis matrimonial[17]; y, además, según el artículo 96.3 CC, ve limitadas sus facultades de disposición sobre la vivienda en cuestión, de la cual no puede disponer sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o de la correspondiente autorización judicial[18].

---

de junio» (FJ 7.º). Por el contrario, la RDGSJFP de 11 de marzo de 2024 (*BOE*-A-2024-7170) parece decantarse (FJ 3.2) por la solución contraria –si bien de una forma un tanto ambigua– al insistir en que tras la reforma operada el beneficiario del derecho de uso no ostenta según el Derecho de familia ningún título adquisitivo inscrito en el Registro sobre el inmueble sino que lo que se hace constar es únicamente la restricción en la facultad de disposición, negando toda posibilidad de asimilación a una especie de usufructo (si bien en el caso analizado tales conclusiones se realizaban –asimismo a propósito de la posición del cónyuge beneficiario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, adaptándose a la nueva doctrina sentada tras la STS anteriormente citada y analizada *infra* apartado 2).

(15) Por medio de la correspondiente anotación registral de la medida cautelar que restringe el poder de disposición del cónyuge titular de la vivienda familiar para asegurar la efectividad del derecho de uso acordado provisionalmente pendiente el correspondiente procedimiento matrimonial (art. 103.2.ª CC); y tras la firmeza de la sentencia de separación/divorcio mediante nota marginal (art. 96.3 RH).

(16) *Vid.* en detalle a este respecto los argumentos y referencias bibliográficas contenidos en Fernández Chacón, I., y Gago Simarro, C., ob. cit., pp. 3376 ss.

(17) Conceptualización del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de uso de tipo exclusivo y excluyente formulado inicialmente por Roca Trías, E., tras la reforma operada en 1981 (1984, pp. 612-613 y 2011, p. 522) y que, con unos u otros matices en cada caso, defienden asimismo, entre otros, Serrano Alonso, E., 1986, p. 107 (quien lo considera como una mera facultad de usar y disfrutar de la vivienda); Blandino Garrido, M. A., *La Ley*, pp. 1963 ss.; Serrano Gómez, E., 1999, p. 24; Rodríguez Chacón, R., *Revista de Derecho de Familia*, pp. 26-27; Achón Bruñén, M., *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, pp. 37-86; Legerén Molina, A., *CCJC*, p. 532; o Murcia Quintana, E., 1992, p. 252. De tal forma que dada la imposibilidad de concurrencia en distintas personas de la posesión fuera de los casos de indivisión (art. 445 CC) el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes de acuerdo con los criterios formulados en el propio artículo 445 CC [*Cfr.* STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\3301)].

(18) *Cfr.* RRDGRN, entre otras, de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975, FJ 2.º), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 30 de mayo

Nótese que la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC está precisamente diseñada para los casos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges y el uso se atribuye al cónyuge no titular, como por lo demás se infiere claramente de su tenor literal (*para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular*)[19]. No en balde, si el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es el propietario en exclusiva de dicha vivienda –bien porque ya lo era *ab initio* o porque se le adjudica a consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial– el uso carece de sentido, pues dicho uso queda comprendido dentro de sus facultades dominicales[20], motivo por el cual la Dirección General de Registros y del Notariado rechaza la posibilidad de acceso del derecho de uso al Registro en tal caso[21].

Sin embargo, cuando la vivienda es copropiedad del cónyuge beneficiario el derecho de uso se superpone al derecho dominical o cuota que éste tiene, de forma tal que la virtualidad transformadora de la resolución judicial o convenio que atribuye el derecho de uso resulta mucho más limitada, habida cuenta de que el uso y disfrute del bien forma parte de los derechos inherentes a todo comunero (Art. 394 CC). En estos casos la

---

de 2018 (RJ 2018\2512).

(19) *Cfr.* SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º), 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104, FJ 4.º) y 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º).

(20) *Cfr.*, entre otros, Roca Trías, E., 1984, p. 609; y Berrocal Lanzarot, A. I., ob. cit., p. 3464. Así lo precisaba, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 3 de mayo de 2004 (JUR 2004\190185), según la cual: «Se configura así el derecho de uso […], al margen de cuál sea su naturaleza (real u obligacional), como un derecho propio, distinto al de propiedad que sobre la vivienda puedan ostentar uno o ambos excónyuges y oponible a terceros. Ahora bien, ello es perfectamente compatible y por ello no obsta en absoluto a la posibilidad de aplicación a tal derecho de uso de las reglas legales generales sobre extinción de derechos y, en este sentido, ya se le configure como un derecho real limitativo del dominio o como una carga obligacional, es evidente que la reunión en una misma persona del gravamen que representa y el dominio de la vivienda a que afecta ha de reputarse lo extingue, obviando así la necesidad de instar la correspondiente modificación de medidas para dejarlo sin efecto. Ello es así porque, si se califica tal derecho de uso como real, aun cuando en nuestro derecho no se regule con carácter general las consolidación como causa de extinción en esta sede, su aplicación general resulta de lo así dispuesto para el usufructo en el artículo 513.2 y, para el de servidumbre en el artículo 546.1, ambos del Código Civil, siendo generalizada esa causa de extinción por la doctrina al resto de los derechos reales limitativos del dominio, desde el momento en que su razón de ser es de aplicación general en cuanto está basada en el principio *nemine res sua servit* esto es en la imposibilidad práctica de ostentar un derecho real limitativo sobre la propia cosa. Por otra parte, la consolidación como causa de extinción del derecho real es una figura paralela y equivalente a la confusión en las obligaciones a la que se refiere el artículo 1192 CC estableciendo que *Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor*. En definitiva […] sería un contrasentido en sus propios términos que una misma persona fuera titular de un gravamen sobre su propia casa, esto es sujeto activo y pasivo de una misma relación jurídica […] derivando su actual derecho de uso no de esa atribución sino de las facultades inherentes al derecho de propiedad» (FJ 3.º).

(21) *Vid.* en este sentido las RRDGRN, entre otras, de 6 de julio de 2007 (RJ 2007\6161), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 9 de julio de 2013 (RJ 2013\6668) y 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975).

verdadera significación de la atribución del derecho uso radica en que tal uso resulta exclusivo y excluyente del disfrute del otro cónyuge copropietario, modulando con ello las reglas generales aplicables a la comunidad de bienes y obligando a determinar la interacción de derecho de uso con las restantes facultades que a ambos cónyuges les corresponden en su condición de comuneros, en particular –a los efectos que aquí interesan– con la acción de división de la cosa común (Art. 400 CC) y con la facultad de disposición de su cuota que asiste a todo comunero[22] (Art. 399 CC).

En tales casos de vivienda común o copropiedad de ambos cónyuges –independientemente del porcentaje que cada uno de ellos ostente y de cómo se haya llegado a dicha situación de cotitularidad[23]– en teoría el cónyuge no beneficiario tiene vetada *ex* artículo 96.3 CC la posibilidad de realizar actos dispositivos susceptibles de constreñir el derecho de uso de la vivienda familiar (lo que por definición no acontecería por la posible y mera enajenación de su cuota de acuerdo con el artículo 399 CC)[24], pero no por ello se ve abocado a permanecer *sine die* en régimen de copropiedad[25], pues tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial resulta pacífica la admisión de su derecho a ejercitar la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 CC[26].

---

(22) Me refiero únicamente a la posibilidad de disposición de la cuota de los comuneros habida cuenta de que la posibilidad de realización de actos dispositivos no de la cuota sino de los bienes en su totalidad pertenecientes a la comunidad de forma aislada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los restantes resulta –al igual que acontece en el caso de la comunidad hereditaria– una cuestión tradicionalmente controvertida a nivel doctrinal y jurisprudencial. *Vid.* en detalle a este respecto Fernández Chacón, I., 2018, pp. 166 ss.

(23) Nótese que la copropiedad de ambos cónyuges puede tener su origen en situaciones diversas: puede ser que vigente el matrimonio la vivienda fuese ya de ambos cónyuges por haberla adquirido conjuntamente en copropiedad (con anterioridad o durante la convivencia matrimonial) o puede igualmente deberse a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose en la liquidación la propiedad del inmueble a ambos en régimen de copropiedad.

(24) La mera enajenación de la cuota que corresponde a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar copropiedad de ambos en nada empece u obstaculiza el desenvolvimiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido tras la crisis matrimonial, al menos siempre y cuando tal uso conste debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, por más que del tenor literal del artículo 96.3 CC pueda inferirse lo contrario cuando se refiere a la necesidad del consentimiento conjunto de ambos cónyuges para disponer de todo o parte de la vivienda familiar, cuando debiera restringir la necesidad del tal consentimiento a la realización de actos dispositivos que comprometan el derecho de uso de tal vivienda, cual acontece en el caso del Código Civil catalán y de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (*vid. infra* apartado 2).

(25) Si la vivienda familiar pertenece a la sociedad post-ganancial cualquiera de los cónyuges (o sus herederos) podrá solicitar la liquidación del régimen de sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo la vivienda atribuirse en exclusiva a uno de los cónyuges (en caso de cónyuge supérstite *Cfr.* artículo 1406 CC); pero, dicha finalidad puede no cumplirse en caso de adjudicación de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente, constituyendo una comunidad romana, en cuyo caso serán aplicables las cuestiones señaladas en este epígrafe.

(26) Doctrina que recogen, entre otras, las SSTS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) o, más recientemente, STS de 24 de marzo de 2021 (RJ 2021\1307, FJ 3.º). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha acción de división de la cosa

Tal diferenciación entre el derecho de propiedad de cada uno de los cónyuges copropietarios y el derecho de uso de la vivienda familiar y correlativo reconocimiento del ejercicio de la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) se traduce en la posibilidad de traspaso del inmueble a manos de un tercero adquirente de buena fe[27], al que el derecho de uso resultará oponible mientras subsista la situación que motivó la atribución del uso [SSTS, entre otras muchas, de 14 de julio de 1994 (RJ 1994\6439), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), 8 de mayo de 2006 (RJ 2006\2342), 27 de junio de 2007 (RJ 2007\3865) 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524) o 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\3383)] si dicho uso figura inscrito en el Registro o, si pese a no constar registralmente, el adquirente conoce de su existencia (Art. 32 LH, cuya aplicación se supedita igualmente a la concurrencia de buena fe)[28]. Planteamiento que supone la superación de la teoría previamente acogida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo según la cual el ejercicio de la acción de división implicaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y consiguiente expulsión del cónyuge usuario[29].

Asimismo, puede darse el caso que la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso pertenezca a la sociedad post-ganancial no liquidada. En tal caso cualquiera de los cónyuges podrá solicitar en cualquier momento la liquidación de la sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo atribuirse la titularidad de la vivienda en exclusiva a uno de los cónyuges[30] o a ambos en régimen de copropiedad, en cuyo caso tendrá lugar la aplicación de las reglas anteriormente referidas (esto es, la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC y la posibilidad de solicitar *ex* artículo 400 CC la división de la cosa común). Por el contrario, en tanto no se proceda a la referida liquidación la limitación del

común puede resultar perjudicial para el cónyuge copropietario y no beneficiario del derecho de uso cuando existen varios inmuebles copropiedad de ambos cónyuges, uno tan solo de los cuales está gravado con el derecho de uso. En tal caso puede procederse a la formación de lotes, de forma que la vivienda familiar se le adjudique al cónyuge beneficiario del derecho de uso y el otro inmueble (caso de que sean dos) se le adjudique al otro cónyuge, habida cuenta de la aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la comunidad de bienes (art. 406 CC), tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\1992).

(27) *Cfr.*, entre otros muchos, Robledo Villar, A., *Diario La Ley*, pp. 986-987; Pérez Conesa, C., *Aranzadi Civil-Mercantil,* pp. 75-80; y Zumaquero Gil, L., *RdPat*, pp. 380-383.

(28) Nótese que si el comprador conoce de la existencia del derecho de uso por medios extraregistrales el principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH) no aplica [STS de 11 de diciembre dosie 1992 (RJ 1992\10136, FJ 4.º)].

(29) *Cfr.* SSTS, entre otras, de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6852) y de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999\3428). No obstante, nada impide la posibilidad de que el derecho de uso pueda extinguirse tras la división de la cosa común cuando así conste por acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador, caso del supuesto enjuiciado por la STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352).

(30) En caso de cónyuge supérstite *vid.* artículo 1406 CC.

artículo 96.3 CC debe compatibilizarse con el incierto régimen general en materia dispositiva aplicable a la sociedad post-ganancial, régimen que en unos casos se identifica con el propio de la comunidad ordinaria/romana y en otros con el de la comunidad hereditaria[31] (habida cuenta de que, en teoría, antes de la liquidación los cónyuges no son titulares de los bienes que integran la sociedad sino únicamente de un porcentaje o cuota en abstracto sobre tales bienes).

Sea como fuere, independientemente de si se opta por aplicar las reglas de la comunidad ordinaria o las de la comunidad hereditaria, la jurisprudencia estima que la sanción aplicable a los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro sobre bienes concretos pertenecientes a la sociedad post-ganancial no liquidada –caso, por ejemplo, de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso– es la de la nulidad radical, rechazando la aplicación del artículo 1322 CC[32]. Consecuentemente, en estos casos la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no llegaría ni tan siquiera a entrar en juego, pues la aplicación de las reglas propias de la sociedad post-ganancial no liquidada ya «blindaría»

(31) En este sentido, por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000\3926) afirma que la comunidad post-ganancial es una comunidad de tipo romano, mientras que la STS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\5387) apuesta por su asimilación a la comunidad hereditaria. A mi modo de ver, lo cierto es que la sociedad post-ganancial no liquidada se asemeja más a la comunidad hereditaria que a la ordinaria, habida cuenta que durante su vigencia los cónyuges únicamente tienen «… una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente» [*Cfr.* STS de 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657, FJ 3.º)], a semejanza de cuanto ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición (art. 1068 CC).

(32) Nótese que respecto a la venta de bienes concretos pertenecientes a la comunidad post-ganancial la jurisprudencia estima en algunos casos aplicables las reglas propias de la comunidad ordinaria [SSTS, entre otras, de 8 de marzo de 1965, 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6670), 19 de junio de 1998 (RJ 1998\4901), 23 de enero de 2003 (RJ 2003\607) y 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439)], mientras que en otros opta por la remisión del régimen aplicables a dicha venta al régimen propio de la comunidad hereditaria [SSTS, entre otras, de 4 de enero de 1965, 26 de febrero de 1981 (RJ 1981\611), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657) y 17 de febrero de 1995 (RJ 1995\1105)]. En aplicación de tales reglas la venta de bienes concretos realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro pendiente la liquidación de la sociedad se considera nula de pleno derecho (*Cfr.* Sanciñena Asurmendi, C., 2009, pp. 125 a 127 y Ragel Sánchez, L. F., 2017, pp. 1283 ss.), en aplicación de los artículos 397 y 399 CC. Por otra parte, en alguna ocasión la jurisprudencia ha estimado la nulidad de la venta de bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial, sin referencia alguna a la aplicación de las normas propias de la comunidad ordinaria o hereditaria (caso, por ejemplo, de la Sentencia de 20 de mayo de 1957). No obstante, a mi parecer la aplicación a la sociedad post-ganancial no liquidada de las reglas propias de la comunidad ordinaria/hereditaria –y, por ende, de los artículos 397 y 399 CC– no supone obstáculo alguno a la validez de los actos dispositivos realizados sobre bienes concretos por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, debiendo diferenciarse la validez del acto dispositivo en el plano obligacional de los efectos jurídico-reales que las limitaciones en el poder de disposición del cónyuge que realiza en el acto llevan aparejadas de cara a la adquisición del bien en cuestión por el comprador (caso de que hablemos, por ejemplo, de la venta del bien). *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en Fernández Chacón, I., 2018, pp. 166 ss.

per se la posibilidad de realización por un cónyuge sin consentimiento del otro de cualesquiera actos dispositivos sobre la vivienda familiar susceptibles de comprometer el derecho de uso.

De esta forma, en los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad post-ganancial no liquidada el problema se restringiría –al igual que en los casos de copropiedad *stricto sensu*– a la determinación de si uno de los cónyuges puede disponer sin el consentimiento del otro no de la vivienda como tal, sino de la cuota que sobre dicha vivienda pueda corresponderle tras la liquidación de la sociedad, pregunta cuya respuesta a mi modo de ver debiera ser afirmativa pese al tenor literal del artículo 96.3 CC (cuando exige el consentimiento mutuo *para disponer de todo o parte de la vivienda*), si bien debiendo en todo caso pechar el tercero adquirente con el derecho de uso que recae sobre la vivienda[33].

2. LA DISTINTA SIGNIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DISPOSITIVA DE LOS ARTÍCULOS 1320 Y 96.3 CC

Tal y como se ha anticipado, la determinación del alcance e implicaciones asociadas a la limitación dispositiva que *ex* artículo 96.3 CC pesa sobre el cónyuge titular de la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso y la sanción aparejada a su transgresión se encuentra fuertemente condicionada por la posible interrelación de dicho precepto con el artículo 1320 CC previamente analizado[34]. No en balde son numerosos los autores que identifican la imposibilidad del cónyuge titular de

(33) No en balde, la enajenación de la cuota que le corresponde a cada cónyuge en la sociedad post-ganancial no liquidada no se corresponde *stricto sensu* con la enajenación de la vivienda familiar sobre la que pesa el derecho de uso, salvo indirectamente (en tanto que, lógicamente, dicha vivienda forma parte del activo de la sociedad post-ganancial no liquidada, cual acontece con cualesquiera otros bienes que pertenezcan a dicha sociedad). Así, tras la liquidación de la sociedad la vivienda familiar podrá atribuirse (total o parcialmente) o no al cónyuge que enajenó su cuota a un tercero, resultando –llegado el caso– aplicables a la enajenación de tal cuota las reglas propias del saneamiento por evicción en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC cuando la vivienda no le sea finalmente adjudicada tras dicha liquidación. Por el contrario, si la vivienda se le atribuye en exclusiva al cónyuge que enajenó su cuota el derecho de uso sobre tal vivienda deberá ser respetado por el tercero adquirente, al menos siempre y cuando tal derecho conste registralmente inscrito o no constando sea conocido por el adquirente, tratándose en tal caso no de un problema propio del saneamiento en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC (que presupone un despojo cuantitativo/material del bien, no meramente cualitativa), sino llegado el caso de saneamiento por cargas o gravámenes ocultos del artículo 1483 CC (siempre que, claro está, pueda estimarse que el derecho de uso puede considerarse oculto/no constituido aún en el momento de la enajenación de la cuota al tercero). Sobre dicho régimen de saneamiento en las ventas alzadas o en globo y su contraposición al saneamiento por cargas o gravámenes ocultos *vid.* Fernández Chacón, I., 2018, pp. 284 ss.).

(34) *Vid. supra* las consideraciones efectuadas en el capítulo relativo a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio.

realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso o de autorización judicial supletoria con la prohibición del artículo 1320 CC[35] (conclusión que, al menos *a priori*, estaría avalada por el tenor literal casi idéntico de ambos preceptos, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021)[36]. Identidad de razón entre ambas reglas que se aprecia, asimismo, en la catalogación de la limitación dispositiva asociada al uso del cónyuge titular como una prohibición de disponer *ex* artículo 26 LH[37], a semejanza de cuanto acontece respecto a la limitación contenida en el artículo 1320 CC[38].

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) no se pronuncia a este respecto, a diferencia de la STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323), a cuyo tenor el derecho de uso contemplado en el artículo 96 CC.

> «… comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: "Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial". Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN 10 octubre 2008)» (FJ 3.º).

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito –reproducido a su vez con posterioridad en las SSTS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º) y de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930, FJ 3.º), así como en varias resoluciones de la Dirección General de los

(35) *Cfr.*, entre otros García Cantero, G., 1982, pp. 414-415; Gimeno Gómez-Lafuente, J. L., 1986, pp. 151-160; Gordillo Cañas, A., *ADC*, pp. 1154-1155; Herrero García, M. J., 1984, pp. 325-327; O Gil Membrado, C., ob. cit., p. 212.

(36) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, p. 310.

(37) *Vid*. RRDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\7680), 31 de marzo de 2000 (RJ 2000\2739), 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\5847), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167)] y 5 de septiembre 2016 (RJ 2016\4617). A nivel doctrinal, a favor de dicha catalogación del artículo 96. IV CC como una genuina prohibición de disponer a los efectos del artículo 26 LH se posiciona Gómez Gálligo, F. J., 1992, pp. 129-130. De hecho, visto el tenor literal del artículo 96.3 CC una vez atribuido judicialmente el derecho de uso no parece en absoluto descabellado que la prohibición de disponer prevista en dicho precepto pueda efectivamente encajarse dentro de las prohibiciones del apartado 1.º del artículo 26 LH.

(38) *Cfr.* Mateo Sanz, J. B., 2019, p. 590.

Registros y del Notariado[39]– no se precisa diferenciación alguna entre la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar prevista en los artículos 96.3 y 1320 CC. Con dicho silencio el Alto Tribunal parece dar a entender que estamos antes reglas *gemelas*, tanto en lo que se refiere a los concretos actos dispositivos sobre la vivienda familiar para los que el cónyuge titular debe contar con el preceptivo consentimiento de su ex cónyuge o autorización judicial supletoria[40], como a la sanción aplicable en defecto de dicho consentimiento/autorización: la prevista en el artículo 1322 CC[41].

Sin embargo, a mi parecer la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar *ex* artículo 96.3 CC debiera restringirse únicamente al derecho de uso judicialmente –o convencionalmente, en los casos en los que la intervención judicial no resulte preceptiva– atribuido, sin extenderse a la posibilidad de disposición del derecho de propiedad sobre dicho inmueble. Consecuentemente la enajenación realizada unilateralmente de la nuda propiedad de la vivienda familiar no resultaría inválida ni anulable *ex* artículos 1320 y 1322 CC, pues ello supondría confundir el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho que legitima la ocupación vigente el matrimonio, uso que tras la crisis matrimonial goza de autonomía y entidad propia (a diferencia de cuanto acontece vigente el matrimonio)[42]. Máxime habida cuenta de que dichos artículos 1320 y 1322 CC –integrantes de las reglas de régimen económico primario– resultan inaplicables a los actos dispositivos realizados tras la disolución del régimen económico matrimonial –sea cual fuere– derivada de la nulidad o divorcio que motiva la atribución del uso[43], conclusión que, sin embargo, podría *in extremis* discutirse en los casos de mera separación legal de los cónyuges (en los que seguimos contando con la existencia de un régimen

(39) *Vid.*, RRDGRN, entre otras, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.º) y 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º).

(40) *Vid. supra* las consideraciones realizadas en el capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio (apartado II.1).

(41) Así, a favor de la aplicación del artículo 1322 CC como sanción a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular sobre la vivienda familiar atribuida *ex* artículo 96 CC sin consentimiento de su excónyuge o de la correspondiente autorización judicial se posicionan, entre otros muchos, Gordillo Cañas, A., ob. cit., pp. 1154-1155; Elorriaga de Bonis, 1995, p. 550; García Cantero, 1982, p. 415; y Blandino Garrido, M. A., ob. cit., p. 13. En el caso de Cervilla Garzón, M. D., aun cuando rechaza la aplicación directa del artículo 1322 CC, comparte la sanción en él contemplada: la anulabilidad del acto dispositivo (2005, pp. 69-73).

(42) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, pp. 305 ss.

(43) En contra de la aplicación del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda sobre la que pesa un derecho de uso *ex* artículo 96 CC se posiciona categóricamente Cuena Casas, M., 2011, pp. 310 y 351-352. La inaplicabilidad del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda familiar en los supuestos del artículo 96 es defendida igualmente, entre otros, por Espiau Espiau, S., ob. cit., p. 253; Mondéjar Peña, M.ª I., *RdPat*, p. 443; o Tamayo Carmona, J. A., 2003, p. 124.

económico matrimonial: el de separación de bienes)[44]. De forma tal que de predicarse la invalidez de los actos dispositivos unilateralmente realizados sobre la vivienda familiar sobre la que pesa el uso –solución dominante a nivel doctrinal y jurisprudencial– la sanción debería instrumentarse a través de la aplicación de otros preceptos, caso particularmente del artículo 1301 CC[45], tomando como *dies a quo* no la fecha de disolución de la sociedad conyugal o matrimonio (Art. 1301.5.º CC), sino la del conocimiento del acto o contrato dispositivo en el que se omitió el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (que por definición no podrá ser anterior a la disolución sino siempre posterior)[46].

A mi parecer, la referida compatibilidad en los casos de copropiedad de los cónyuges de la vivienda familiar entre el derecho de uso y la acción de división de la cosa común –para la que no se requiere el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, que no puede oponerse ni entorpecer dicha facultad de división[47]– no hace sino corroborar el distinto alcance que las limitaciones dispositivas sobre la vivienda familiar derivadas de la aplicación del artículo 96 CC implican respecto a sus homólogas vigentes el matrimonio *ex* artículo 1320 CC. No parece razonable preconizar que en los supuestos de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges éste no pueda enajenar o hipotecar la vivienda familiar sin el consentimiento del

(44) Nótese que la separación de los cónyuges provoca la disolución de la sociedad de gananciales (Arts. 1392.3.º CC, previa decisión judicial en caso de separación de hecho *ex* artículo 1393.3.º CC, separación de hecho que sin embargo –y como se ha dicho anteriormente *ut supra* en el apartado 2 *in fine* del capítulo sobre disposición vigente el matrimonio– no basta *per se* –a diferencia de la judicial– para que la aplicación del artículo 1320 CC decaiga) o del régimen de participación en las ganancias (art. 1415 CC), haciendo entrar en juego –salvo acuerdo en contrario– el régimen de separación de bienes (art. 1435.3.º CC), por lo que en caso de atribución del derecho de uso tras la separación continúa existiendo un régimen económico matrimonial y, por ende, el artículo 1322 CC resultaría técnicamente –siquiera de manera forzada– aplicable. Sin embargo, no cabe perder de vista que tras la separación la vivienda sobre la que pesa el uso ya no es la *vivienda habitual de la familia* a que alude el artículo 1320 CC, sino la vivienda de uno de uno de los cónyuges (el beneficiario del uso) y –en su caso—de los hijos a su cargo.

(45) A favor de la invalidez *ex* artículo 1301 CC y concordantes del acto dispositivo unilateralmente realizado sobre la vivienda sobre que recae el derecho de uso vid., entre otros, Lucini Casales, A., *RCDI*, p. 112; Martín Meléndez, M. T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, p. 2348; o Domínguez Luelmo, A., *CCJC*, p. 132. Sin embargo, a mi parecer, más acertado resulta el planteamiento según el cual la inaplicabilidad del artículo 1322 CC tendría como correlato la plena validez del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, pero debiendo el tercero adquirente pechar con la ocupación de la vivienda por parte de este último, dada la inoponibilidad del acto dispositivo frente al cónyuge titular del uso (*Cfr.* Espiau Espiau, S., ob. cit., pp. 239 ss.).

(46) *Cfr.* Domínguez Luelmo, A., *CCJC*, p. 121.

(47) *Cfr.* STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), citando en igual sentido las anteriores SSTS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989\4295), 6 de junio de 1997 (RJ 1997\4612) y 8 de marzo de 1999 (RJ 1999\1404); 28 de marzo de 2003 (RJ 2003\3040); y 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524). En contra *vid.*, por ejemplo, García-Mauriño, S., y Del Carpio Fiestas, V., *AC*, p. 89.

otro cónyuge (o autorización judicial) –dada la incompatibilidad entre tales actos dispositivos y el derecho de uso– y, a continuación, reconocer –sin cortapisa alguna– la posible enajenación de la vivienda en copropiedad a resultas del ejercicio de la acción de división de la cosa común sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos el resultado final es el mismo: la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que el derecho de uso resultará oponible en la medida en que éste no reúna los requisitos de los artículos 32 y 34 LH, es decir, si el derecho de uso tiene constancia registral o pese a no tenerla es conocido por el adquirente.

Cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso presta su consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no está consintiendo la transmisión, sino la extinción con motivo de ella de su derecho de uso, por más que la vigente redacción del artículo 96.3 CC se refiera a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición *de todo o parte* de la vivienda familiar[48]. Lo correcto habría sido que con motivo de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad el legislador hubiese aprovechado para referirse a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición por el cónyuge titular *del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, en la medida en que la expresión actual induce sobremanera a error o confusión.

Es importante tener en cuenta que el derecho de uso sobre la vivienda familiar constituye una de las diversas facultades que integran el dominio del cónyuge titular/cotitular, restringiendo los actos dispositivos que resulten incompatibles con dicho uso, caso, por ejemplo, del arrendamiento de la vivienda en cuestión. Otro tanto podría decirse de la constitución por parte del cónyuge titular de un derecho de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda, derechos a los que expresamente alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones[49]. Por lo tanto, a mi parecer el cónyuge

(48) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, p. 310. Así se desprende, por lo demás, de la catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho ocupacional de «naturaleza familiar», esto es, especial y ajeno a la contraposición derechos reales *vs* derechos de crédito [*vid*., por ejemplo, RDGRN de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975)] y se confirma en las RRDGRN, entre otras, de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999).

(49) Conforme con lo expuesto, la RDGRN de 21 de junio de 2004 (RJ 2004\5487) confirmó la calificación negativa del registrador en cuanto «no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho corno sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado» (FJ 4.º). No acontece lo mismo con la constitución, por ejemplo, de una servidumbre de paso externa a la vivienda habitual, pues si bien se trata de un acto de disposición no resulta incompatible con el uso familiar de

titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 CC[50], tal y como por lo demás se establece en el artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[51], siguiendo la estela del artículo 233-25 CCCat[52] y de la Ley 72 Fuero Nuevo de Navarra[53]. No en balde, tal esquema es el mismo que se produce en los casos de enajenación de una vivienda arrendada *ex* artículo 14 LAU, o cuando uno adquiere un inmueble sobre el que pesa un derecho de usufructo o un derecho de uso o habitación[54].

El correlato en tales casos en los que uno de los cónyuges dispone de todo o parte de la vivienda familiar –que no de su derecho de uso– sin el consentimiento del otro se cifra en que el adquirente deberá asumir la continuidad del derecho de uso siempre y cuando éste figure inscrito en el Registro de la Propiedad o sin estar inscrito tuviera conocimiento de su existencia. Por el contrario, si el derecho de uso no figura inscrito y el comprador de la vivienda desconoce su existencia –en atención a las vertientes positiva y negativa de la fe pública registral antes referidas[55]– éste deberá ser considerado a todos los efectos tercero hipotecario del artículo 34 LH, resultándole inoponible el derecho de uso[56]. Es de acuerdo con tal planteamiento que debe entenderse la referencia en la vigente redacción del artículo 96.3 CC, tras la Ley 8/2021 de reforma en materia apoyo a las personas con discapacidad, al hecho de que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla gemela que encontramos igualmente en el artículo 1320 CC *in fine*, pero con una significación e

---

la vivienda, ni vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC ni tras la crisis matrimonial *ex* artículo 96. IV CC [*Cfr.* RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999)].

(50) *Cfr.* SSTS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 6.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(51) Según dicho artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la APDC: «Los actos dispositivos realizados por el único titular del inmueble no precisan ser consentidos por el cónyuge al que se le asignó el uso, ni ser autorizados por el juez, aunque habrán de respetar la atribución de uso decretada a favor del primero».

(52) De acuerdo con el artículo 233-25 CCCat: «El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».

(53) Según la referida Ley 72 *in fine* del Fuero Nuevo de Navarra: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido».

(54) Es evidente que el arrendador puede enajenar la vivienda arrendada, del mismo modo que puede hacerlo el nudo propietario en caso de usufructo o el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho de uso o habitación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a los casos de enajenación por el cónyuge titular de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso.

(55) *Vid. supra* nota 71.

(56) *Cfr.* Cuena Casas, M., 2011, pp. 308-309.

implicaciones diferentes en los términos previamente apuntados[57]. Así pues, como certeramente destaca la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (BOE-A-2023-15169), si el derecho de uso o –como expresamente prevé el vigente artículo 96.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021– la restricción dispositiva no figuran debidamente inscritos en el Registro no podrá en principio perjudicar a terceros, no pudiendo el registrador exigir para practicar la inscripción del acto dispositivo realizado sobre la vivienda perteneciente al cónyuge divorciado el consentimiento o autorización judicial a que se refiere el artículo 1320 CC, debiendo «… estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente» (FJ 7.º), fórmula en atención a la cual debe entenderse la actual referencia de dicho artículo 96.3 CC –en conexión con la regla del artículo 91 RH– a que *la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicará al adquirente de buena fe*[58].

Mayores problemas pueden suscitar los casos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar deriva de la adopción de una medida provisional en el transcurso del procedimiento de separación o divorcio (Art. 103 CC) o de la resolución o acta notarial que decreta la separación legal de los cónyuges (problema que se acrecienta con la separación de hecho, en los términos antes apuntados), ya que las reglas del régimen matrimonial primario dentro de las cuales se ubican los artículos 1320 y 1322 CC continúan siendo aplicables, dado que no es hasta la sentencia de nulidad, separación o divorcio cuando la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar[59]. Sin embargo, incluso en tales casos la aplicación de dichos preceptos a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular que se limitan a la nuda propiedad no parece que debiera tener cabida, pues en ambas hipótesis el uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular goza –salvo en la separación de hecho– de un *status* jurídico autónomo derivado de su reconocimiento judicial y, por ende, oponible frente a terceros adquirentes en tanto en cuanto el uso figure inscrito en el Registro, como expresamente contempla el artículo 219-23.1 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[60].

---

(57) *Vid*. *supra* apartado 2.3.

(58) *Cfr.* Domínguez Luelmo, A., *CCJC*, pp. 120-122.

(59) A propósito de la aplicabilidad de los artículos 1320 y 1322 CC a los actos dispositivos sobre los que pesa el uso en caso separación de hecho *vs* legal de los cónyuges *vid. supra* las consideraciones realizadas en el apartado 2 *in fine* del capítulo de disposición de la vivienda vigente el matrimonio, así como en la nota 44 del presente capítulo.

(60) Y es que el referido artículo 219-23.1 de la Propuesta expresamente contempla la diferenciación entre atribución del derecho de uso a resultas de una medida provisional o definitiva, al establecer que «La adjudicación del derecho de uso puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad o inscribirse si se adopta como medida definitiva».

3. CASUÍSTICA PARTICULAR DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA SOBRE LA QUE RECAE EL DERECHO DE USO

Dentro de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar proscritos por el artículo 96.3 CC tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado incluyen su hipoteca. Sin embargo, a mi parecer –y a diferencia de cuanto acontece con la constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación– la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución del derecho de uso no debería comprenderse dentro de la limitación dispositiva prevista en dicho precepto, al igual que acontece con la enajenación voluntaria de la mera propiedad de la vivienda en los términos previamente apuntados.

La justificación aducida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo para la incardinación de la hipoteca dentro de los actos dispositivos incompatibles con el derecho de uso sobre la vivienda familiar –y por ende proscritos de acuerdo con el artículo 96.3 CC– estriba en la potencial sustracción de la vivienda a la familia que la ejecución hipotecaria entraña, conclusión que se extrapola igualmente vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC[61]. No obstante, lo cierto es que dicho planteamiento no puede ser compartido y merece un análisis más en detalle, habida cuenta de las distintas hipótesis que pueden darse y de las matizaciones que deben tenerse en cuenta en lo que atañe a la posibilidad del cónyuge beneficiario del derecho de uso de hacer valer su derecho en el transcurso del procedimiento de ejecución, aun cuando la hipoteca sea anterior a la atribución del uso.

Como se ha apuntado, el derecho de uso se circunscribe a una de las facultades que integran el dominio sobre la vivienda familiar –la facultad de uso y disfrute–, de tal forma que dicho uso no se ve obstaculizado por el hecho de que el cónyuge titular hipoteque el inmueble, del mismo modo que el nudo propietario puede hipotecar el bien sin merma alguna del derecho del usufructuario (Arts. 489 CC y 107.2.º LH)[62]. De ahí que la inclusión de la hipoteca por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso dentro de los actos dispositivos vedados por el artículo 96.3 CC no resulte en modo alguna acertada, apreciándose nuevamente en este punto una confusión entre el significado de la limitación dispositiva del cónyuge titular vigente el matrimonio *ex* artículo 1320

(61) *Cfr.* RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999) y STS de 8 de octubre de 2010 2010 (RJ 2010\7445). *Vid.* a este respecto Elorriaga de Bonis, F., ob. cit., pp. 290-291 (si bien a propósito del artículo 1320 CC, pese a lo cual los razonamientos resultan perfectamente extrapolables al vigente artículo 96.3 CC).

(62) *Vid.* la interpretación de dicho artículo 107.2.º efectuado, por ejemplo, en la STS de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011\140, FJ 5.º).

CC y el alcance de dicha limitación tras la crisis matrimonial, al igual que acontece en el caso de la enajenación.

Vigente el matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular deriva en exclusiva de la propiedad del otro cónyuge y carece de entidad propia a efectos registrales (reducida a la manifestación del disponente sobre el carácter familiar o no de la vivienda en el momento de disposición), de forma tal que la pérdida del dominio por parte de este último tendrá como correlato la imposibilidad de que el uso familiar de la vivienda persista, de ahí que la hipoteca del inmueble suponga un riesgo potencial de desaparición del destino familiar del inmueble que, por ende, queda subsumido dentro de los actos dispositivos que requieren del consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1320 CC(63).

Por el contrario, como se ha dicho, tras la crisis matrimonial el uso de la vivienda familiar goza de un *status* jurídico autónomo de acuerdo con el artículo 96.3 CC, lo que posibilita una clara diferenciación entre la nuda propiedad del inmueble –afectada por el derecho de hipoteca– y su uso y disfrute, que no se ve en modo alguno comprometido por la posibilidad de una ejecución hipotecaria *ad futurum*. Así parece corroborarse por lo demás en modelo adoptado por el legislador catalán, visto que de acuerdo con el tenor literal del artículo 569-31 CCCat la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar no resulta aplicable cuando tras la separación/divorcio se ha adjudicado el derecho de uso al cónyuge no titular (recuérdese que el artículo 223-25 posibilita la disposición *sin perjuicio del derecho de uso*, derecho de uso que no se ve afectado por la hipoteca, al menos cuando aquél conste debidamente inscrito).

Consecuentemente, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución judicial del derecho de uso no es susceptible de enervar dicho derecho cuando éste figura inscrito, fruto de la mera aplicación del principio de prioridad registral. Más aún, pese a que el derecho de uso sobre la vivienda no figure inscrito en el Registro de la Propiedad el tercero adquirente deberá respetarlo si tiene conocimiento de su existencia al margen de la información registral, en atención a las ya referidas vertientes positiva y negativa de la buena fe exigida al tercero hipotecario para ser considerado como tal *ex* artículos 32 y 34 LH(64).

Por otro lado, aun cuando la inscripción de la hipoteca resulte anterior al matrimonio o a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar si el ejecutante conoce con anterioridad a la presentación de la

(63) A propósito de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC *vid.* Elorriaga de Bonis, F., ob. cit., pp. 288-290.

(64) *Vid. supra* nota 71.

demanda de ejecución la existencia del derecho de uso o éste figura inscrito en el Registro de la Propiedad se plantea la necesidad de determinar el grado de intervención que el cónyuge beneficiario ha de tener en el proceso de ejecución, en aplicación de los artículos 132 LH y 661, 662, 675 y 686 LEC, así como de la doctrina relativa al tercero poseedor de bienes hipotecados dimanante de la STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79). Máxime habida cuenta que el artículo 144.5 RH exige, además, para proceder a la «… anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado» cuando el carácter de vivienda familiar conste registralmente[65].

Hasta hace bien poco y de acuerdo con la RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) se estimaba que en el caso del derecho de uso sobre la vivienda familiar no resultaba aplicable el artículo 661 LEC, pues la obligación de comunicación de la ejecución a que se refiere dicho precepto se restringe a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho, figuras ambas dentro de las cuales no podía encuadrarse el derecho de uso inscrito en el Registro. El derecho de uso del cónyuge no titular se incardinaba en el artículo 662 LEC dedicado a los terceros poseedores cuyo derecho figura inscrito, a diferencia del tercero ocupante del artículo 661 LEC que únicamente ostenta un título posesorio no inscrito *ex* artículo 438 CC. Consecuentemente el cónyuge beneficiario del uso registralmente inscrito debía ser –al igual que ocurre en el caso del usufructuario[66]– demandado en el transcurso del procedimiento ejecutivo y requerido de pago de acuerdo con los artículos 686 LEC y 132 LH, aun cuando la hipoteca fuese anterior a la atribución judicial de dicho uso, ya que de no ser así la adquisición derivada de la ejecución del inmueble no podría inscribirse en el Registro, tal y como se estimó en la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Por el contrario, cuando el derecho de uso no figura en el Registro de la Propiedad dicho derecho no podrá ser opuesto a terceros –como el acreedor hipotecante o el adquirente del remate– que cuenten con inscripción registral previa de su derecho y cumplan los requisitos del artículo 34 LH [SSTS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10430) y 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2713). Es más, en tales casos queda excluida la posibilidad de denegar la inscripción del título del adquirente como consecuencia del proceso ejecutivo, pues tanto el artículo 132 LH como el

(65) Acerca de la interpretación de dicho artículo 144.5 RH y su interrelación con el artículo 1320 CC *vid.* RRDGRN de 13 de julio de 1988 (RJ 1998\5967) y 23 de julio de 2011 (RJ 2011\6412) y RDGSJFP de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2021\5817).

(66) *Vid.* RDGRN de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015\1595).

artículo 662 LEC se refieren exclusivamente a titulares de derechos inscritos [67] (los únicos a los cuales debe ofrecérseles la posibilidad de liberar el bien). De esta forma, la intervención del cónyuge beneficiario se circunscribiría al ámbito procesal, por lo que si después de la interposición de la demanda ejecutiva se desvela la ocupación de la vivienda en virtud de su derecho de uso no inscrito deberá ser notificado para que, de acuerdo con el artículo 661 LEC –y como cualquier otro ocupante de hecho–, presente al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria. Si el Tribunal considera que el cónyuge beneficiario tiene derecho a permanecer en el inmueble el procedimiento ejecutivo continuará adelante, remitiéndose la discusión acerca de la oponibilidad o no de dicho derecho frente al tercero adquirente al correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad [68].

No obstante, el esquema de funcionamiento descrito se ha visto parcialmente alterado en lo que concierne al grado de intervención en el procedimiento de ejecución hipotecaria del cónyuge cuyo derecho de uso figura inscrito en el Registro de la Propiedad por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), en la que el Tribunal rechaza la posibilidad de subsunción del titular del derecho de uso dentro del ámbito de aplicación del artículo 662 LEC, enmendando el planteamiento adoptado por la anteriormente referida RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Así, en dicha Sentencia el Tribunal Supremo, tras refrendar la imposibilidad de catalogación del derecho de uso como un derecho real –ni tan siquiera atípico–, sino como un mero derecho de naturaleza familiar que legitima la ocupación de la vivienda por parte del cónyuge titular y, en su caso, de los hijos, susceptible de ser inscrito y oponible a terceros cuyos derechos accedan posteriormente al Registro, niega que el beneficiario del tal uso «… deba ser parte necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria, como tampoco lo son los titulares de otros derechos o cargas inscritos» (FJ 3.º).

Según el Tribunal Supremo el cónyuge beneficiario del uso no puede ser catalogado como tercer poseedor a los efectos del artículo 662 LEC, habida cuenta de que «… la cónyuge del titular de la vivienda no adquirió

(67) *Vid.* en el mismo sentido la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º *in fine*).

(68) De hecho, la estimación por el juez de la procedencia de la permanencia del cónyuge beneficiario en la vivienda familiar objeto de ejecución hipotecaria se dio en el caso enjuiciado por la referida RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336), obligando al tercero adquirente del remate a acudir al correspondiente procedimiento declarativo para dejar sin efecto el derecho de uso no inscrito, si bien permitiendo entretanto la inscripción de su adquisición en el Registro en atención a los razonamientos expuestos.

el bien hipotecado, ni es titular de ningún derecho real sobre dicho inmueble, sino que ostenta un simple derecho de uso bajo la disciplina del derecho de familia, y conforme a tal normativa se requiere su consentimiento para disponer sobre aquella vivienda u obtener, en su caso, autorización judicial *ad hoc* para gravarla o enajenarla (Art. 96 CC)» (FJ 3.º). Visto que dicho precepto se refiere a los sujetos adquirentes del usufructo, dominio útil, la nuda propiedad o dominio directo de la finca hipotecada o embargada la asimilación de la situación procesal del cónyuge beneficiario del derecho de uso a tales supuestos resulta para el Alto Tribunal *realmente forzada*,

> «… sin que sea argumento bastante para ello que, a tales efectos, se inscriba en el registro de la propiedad. También los arrendamientos tienen acceso al registro (Art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (Art. 25 LAU)» (FJ 3.º).

Consecuentemente, de acuerdo con el planteamiento adoptado por dicha Sentencia, descartada la catalogación del cónyuge beneficiario del derecho uso inscrito como tercero poseedor a los efectos del artículo 662 LEC éste ni es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni debe ser requerido de pago *ex* artículos 685 y 686 LEC, sino únicamente notificado de la incoación de tal procedimiento *ex* artículo 659 LEC como cualquier otro ocupante de hecho (Art. 661 LEC), doctrina ya acogida por la Dirección General, caso, por ejemplo, de la RDGSFP de 11 de marzo de 2024 (*BOE*-A-2024-7170).

A mi parecer, el razonamiento descrito adoptado por el Alto Tribunal parece acertado, en la medida en que –como la propia Sentencia destaca– en estos casos no resulta aplicable la doctrina de la STC de 8 de abril de 2013, toda vez que: 1) En puridad el razonamiento del Tribunal Constitucional se restringe a los casos en los que el tercero poseedor ostenta un título adquisitivo inscrito en el Registro, título éste que no se da en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar, habida cuenta de que –como se ha destacado reiteradamente– tal uso «… no es un derecho real ni de crédito por carecer de contenido patrimonial, sino un derecho de familia sometido a una concreta disciplina jurídica ajena a aquellos otros derechos, y condicionada a las vicisitudes por las que discurren las dinámicas relaciones familiares» (FJ 3.º), lo que justifica la imposibilidad de reconocerle todos los derechos de parte procesal en el proceso ejecutivo, y más concretamente de oponerse a la ejecución hipotecaria en curso; 2) La equiparación de la situación del cónyuge beneficiario del derecho de

uso inscrito a la de cualquier otro ocupante de hecho no le produce indefensión alguna (indefensión que es la realmente proscrita por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia), ya que tras la notificación del procedimiento de ejecución puede presentar al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria (Art. 675 LEC). De tal forma que el procedimiento ejecutivo proseguirá su cauce si el Tribunal considera que dicho cónyuge tiene derecho a permanecer en la vivienda, a salvo la posterior discusión acerca de la oponibilidad del uso en el correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si –como aconteció en el caso enjuiciado por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930)– el Tribunal que conoce de la ejecución dictamina que no ha lugar a que el cónyuge beneficiario del uso continúe en posesión del inmueble éste podrá incoar un procedimiento de modificación de medidas, dada la alteración sustancial de las circunstancias que comporta la pérdida tras la ejecución de dicho uso[69].

Todo ello partiendo de la base de que estamos hablando de supuestos como el de Autos, en los cuales el derecho de uso en ningún caso puede prevalecer o resultar oponible al tercero adquirente en el proceso de ejecución hipotecaria de acuerdo de los principios generales aplicables en materia registral e hipotecaria, habida cuenta de que la hipoteca resulta anterior al matrimonio y, por ende, la restricción al poder de disposición del cónyuge titular del artículo 96.3 CC no puede entrar en juego, lo que justifica la privación al cónyuge beneficiario del uso de oponerse al procedimiento de ejecución mismo, visto que –como la propia STC de 8 de abril de 2013 destacaba[70]– en tal caso el uso nunca podrá prevalecer.

BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006, pp. 37-86 (disponible online en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned: BFD-2006-28-2858349E&dsID=PDF).

Bello Janeiro, D., «El precario», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1995, pp. 161-180.

Berrocal Lanzarot, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.

(69) En sentido también favorable a este enfoque adoptado por el Tribunal Supremo *vid*., asimismo, los razonamientos efectuados por Domínguez Luelmo, A., *CCJC*, pp. 137-141.

(70) *Vid*. STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79, FJ 4.º).

Blandino Garrido, M. A., «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», *La Ley*, núm. 2, 1998, pp. 1963-1981.

Carrasco Perera, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.

Cervilla Garzón, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada, M. Y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.

Domínguez Luelmo, A., «Atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.

Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Espiau Espiau, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.

Fernández Chacón, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.

Fernández Chacón, I., y Gago Simarro, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, pp. 3369-3341.

García Cantero, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.

García Mayo, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

García-Mauriño, S., y Del Carpio Fiestas, V., «Atribución de uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1994, pp. 75-96.

Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

Gimeno Gómez-Lafuente, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales,* en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 125-171.

Gómez Gálligo, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.

Goñi Rodríguez de Almeida, M.ª, «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.

— «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 397-418.

Gordillo Cañas, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).

Herrero García, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 291-340.

Legerén Molina, A., «Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 525-544.

Lucini Casales, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, pp. 87-119.

Mateo Sanz, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.

Mondéjar Peña, M.ª I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, pp. 437-448.

Murcia Quintana, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 1992.

O'Callaghan Muñoz, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1986, pp. 1331-1335.

Pérez Conesa, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, 2012, pp. 75-80.

Pertíñez Vílchez, F., «El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre», *Derecho Privado y Constitución,* núm. 18, 2004, pp. 343-359 (disponible online en https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-18-enerodiciembre-2004/el-derecho-de-personacion-en-el-proceso-matrimonial-del-tercero-propietario-de-la-vivienda-familiar-0).

Ragel Sánchez, L. F., *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.

Rams Albesa, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

Robledo Villar, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1.ª) de 14 de julio de 1994», *Diario La Ley*, núm. 4, 1995, pp. 981-987.

Roca Trías, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 607-614.

— «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en Cañizares Laso, A. *et al* (Dir.), *Código Civil comentado*, vol. I, Civitas, Pamplona. 2011, pp. 521-526.

Rodríguez Chacón, R., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 1999, pp. 21-66.

Sanciñena Asurmendi, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
Serrano Alonso, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 85-124.
Serrano Gómez, E., *La vivienda en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.
Tamayo Carmona, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
Zumaquero Gil, L., «El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013, pp. 373-383.

D.1 Derecho y contratos sobre la vivienda familiar: Contrato de arrendamiento[1]

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-3407-2363
clrendo@uniovi.es

Resumen: *Se analizan los problemas y soluciones que se plantean con la vivienda familiar arrendada cuando se produce una crisis familiar motivada por una separación de facto en la que el arrendatario abandona la vivienda familiar, o por una nulidad, separación o divorcio judicial o la ocasionada por la muerte del arrendatario, analizando los artículos 12, 15, 16 de la LAU que regulan la subrogación ex lege inter vivos y mortis causa del arrendatario titular del contrato, así como la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) cuya investigadora principal es Matilde Cuena Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: *Arrendamiento, vivienda familiar arrendada, separación, nulidad, divorcio, muerte del cónyuge o conviviente more uxorio arrendatario, subrogación inter vivos, subrogación mortis causa.*

Abstract: *This paper analyses the problems and solutions that arise with the rented family home when there is a family crisis caused by de facto separation in which the tenant abandons the family home, or by a judicial annulment, separation or divorce or that caused by the death of the tenant, analysing articles 12, 15, 16 of the LAU that regulate the subrogation ex lege inter vivos and mortis causa of the tenant who holds the contract, as well as the jurisprudence that interprets and develops them.*

Keywords: *Lease, leased family dwelling, separation, annulment, divorce, death of the spouse or cohabitant more uxorio lessee, subrogation inter vivos, subrogation mortis causa.*

Sumario: 1. Vivienda familiar arrendada. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia *more uxorio* del arrendatario. 1.1 Desistimiento o no renovación expresa comunicada por el arrendatario al arrendador. 1.2 Abandono *de facto.* Desistimiento o no renovación del arrendatario unilateral *de facto* no comunicada al arrendador. 2. Vivienda familiar arrendada. Separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 2.1 Requisitos. 2.2 Efectos de la subrogación. 3. Subrogación *mortis causa* de la vivienda. 3.1 Beneficiarios y orden de prelación. 3.2 Reglas especiales de concurrencia entre varios beneficiarios. 3.3 Notificación. 3.4 Efectos de la subrogación. 3.5 Exclusión voluntaria de la misma. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA. DESISTIMIENTO Y VENCIMIENTO EN CASO DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA *MORE UXORIO* DEL ARRENDATARIO

El artículo 12 de la LAU[(2)] aborda la subrogación[(3)] *inter vivos* en la situación de crisis familiares antes de que se produzca la resolución judicial

(2) El artículo 12 LAU 94 resulta de aplicación, no solo a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados una vez en vigor la referida LAU, sino también (DT 1.1.2.ª LAU) a los concertados a partir del 9.5.85 y (DT.2.ªa. 2 LAU) a los anteriores a esta fecha. Carrasco Perera, A, «Com. artículo 12 LAU», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020, p. 402 refiere la tramitación parlamentaria del precepto.

(3) SAP Barcelona, s.11, núm. 355/2024 de 17 de junio 2024. Ponente. Eva María Atares García. Id Cendoj: 08019370122024100295. Roj: SAP B 7055/2024 – ECLI: ES: APB:2024:7055 «[…]*Se trata de*

de separación, nulidad o divorcio (separación de hecho), mientras que el artículo 15 se aplica en los supuestos de separación, nulidad o divorcio judicial o notarial y el artículo 16 se ocupa de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

El contenido del artículo 12 de la LAU, es del siguiente tenor:

> 1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge.
>
> 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto.
>
> Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.
>
> 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que, en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.
>
> Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes.
>
> 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Habría que analizar si el contrato de arrendamiento de vivienda fue firmado por ambos cónyuges o convivientes en calidad de arrendatarios o solo por uno de ellos para ver las consecuencias jurídicas que produce el

---

una auténtica subrogación: así se desprende de la dicción legal «manifestando su voluntad de ser arrendatario» en el caso del abandono. También lo es en el caso del desistimiento o no renovación, porque el desistimiento o no renovación extingue la relación contractual con el primitivo arrendatario, y el arrendamiento solo puede « continuar "si el cónyuge asume la condición de arrendatario". […] el legislador parece haber considerado que en los casos de discordancia entre cónyuges es preferible el cambio de titular y no obligar al arrendatario a mantenerse en la posición arrendaticia. Con el artículo 12 LAU se permite al arrendatario salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones, y al cónyuge no arrendatario se le ofrece la posibilidad de asumir con todas las consecuencias la condición de arrendatario». Ver Cuena Casas, M, «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de derecho de familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. III, 2.ª ed. Pamplona, 2017, p. 384.

abandono por uno de los cónyuges arrendatarios de la vivienda familiar por desistimiento o no renovación o abandono.

El contrato de arrendamiento tiene una naturaleza personal, habiendo declarado el Tribunal Supremo que no forma parte de la sociedad de gananciales en STS, s.1.ª, 247/2013 de 22 de abril(4) que reitera la doctrina de las STS, s.1.ª, 220/2009 de 3 de abril; STS, s.1.ª, 78/2010 de 10 de marzo, STS, S.1.ª, 206/2011 de 24 de marzo.

En el caso de que el arrendamiento haya sido firmado por ambos coarrendatarios cónyuges o convivientes, uno de ellos unilateralmente no puede apartarse del contrato de arrendamiento, al amparo del artículo 12 de la LAU, ni al amparo del artículo 15(5), en perjuicio del arrendador, quien puede seguir reclamando las rentas impagadas. Lo contrario implicaría una cesión del contrato inconsentida por el arrendador contraria a los dispuesto en el artículo 1205 CC(6) y al artículo 27.1.c) de la LAU de 1994.

En definitiva, nos encontraríamos ante una novación subjetiva del contrato de naturaleza modificativa que necesita del consentimiento de la parte arrendadora, tal como dispone, entre otras, la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2015 reiterada en la SAP de Barcelona, sección 4.ª, de 1 de abril de 2019(7), 23 de febrero de 2021, así como en la SAP Alicante, s.5.ª, de 23 de septiembre de 2021 y SAP Alicante, s.5.ª, de 9 de enero 2024(8).

El consentimiento del acreedor exigido en el artículo 1205 del CC tiene doble finalidad: 1/ liberar al primitivo deudor y 2/ admitir al nuevo deudor en la relación obligatoria.

En estos supuestos de coarrendatarios firmantes del contrato, el desistimiento de uno de ellos no dará lugar a la extinción del contrato, sino a la continuación del mismo con el otro cotitular, no pudiendo convertirse

(4) STS, s.1.º, núm. 247/2013 de 22 de abril. pleno. Ponente: Román García Varela. Id Cendoj: 28079119912013100014. Roj: STS 2805/2013 – ECLI: ES: TS:2013:2805. En la doctrina, sobre el sentido de la ganancialidad, ver Carrasco Perera, A., «Com. artículo 12», ob. cit., pp. 407-413.

(5) Carrasco Perera, A, «Com. Art.15»., ob. cit., pp. 531-532.

(6) Artículo 1205 CC: «*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*».

(7) SAP Barcelona, s. 4.ª, núm. 267/2019 de 1 de abril 2019. Ponente: Mireia Rios Enrich. Id Cendoj: 08019370042019100239. Roj: SAP B 2748/2019 – ECLI: ES: APB:2019:2748: «*Cuando son dos los arrendatarios firmantes del contrato, y uno de ellos abandona la vivienda con pretensión de desligarse de la relación arrendaticia y que la misma sea asumida por la otra parte coarrendataria, cesando en sus obligaciones y derechos al respecto, ello implica, como dice la sentencia dictada por la sección 13.ª de esta A. P. de 28 de enero de 2015, una novación subjetiva del contrato de naturaleza modificativa que necesita del consentimiento de la parte arrendadora*».

(8) SAP Alicante, s.5.ª, núm. 1/2024 de 9 de enero 2024. Ponente. María Teresa Serra Abarca. Id Cendoj: 03014370052024100005. Roj: SAP A 99/2024 – ECLI: ES: APA:2024:99: «*Por tanto, no habiéndose acreditado la comunicación al arrendador de la intención de desistir del contrato, ni mucho menos su aceptación, no puede quedar desvinculada la demandada de las obligaciones asumidas con la firma del contrato, debiendo responder solidariamente con el codemandado*».

la separación, nulidad o divorcio de los coarrendatarios en causa de resolución contractual, siendo ineficaz incluso los pactos de cancelación automática del contrato en caso de separación o divorcio, al contradecir el espíritu de la LAU, produciéndose situaciones discriminatorias entre los cónyuges o convivientes coarrendatarios de aquellas en que el arrendatario es solo un miembro de la pareja (9).

Para evitar que pueda interpretarse que cabría la aplicación del artículo 12 de la LAU a los contratos firmados por cónyuge o conviviente como coarrendatarios, sería conveniente que los arrendadores pacten expresamente la responsabilidad solidaria de los arrendatarios, conforme dispone el artículo 1137 CC.

Si el contrato de arrendamiento fue firmado por un solo cónyuge o conviviente como arrendatario, el artículo 12 de la LAU prevé la posibilidad de que el arrendatario titular pueda salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones y a su vez que el contrato de arrendamiento continúe en beneficio de dicho cónyuge o conviviente, en el supuesto que el arrendatario titular manifestase su voluntad de no renovar del contrato o desistir de él en los casos del artículo 11, sin el consentimiento de su cónyuge, sin que sea necesario el consentimiento del arrendador (10). El arrendador repentinamente va a ver modificadas las

(9) Ver SAP Girona, s.2.ª núm. 98/2017 de 6 de marzo 2017. Ponente: José Isidro Rey Huidobro. Id Cendoj: 17079370022017100095. Roj: SAP GI 373/2017 – ECLI: ES: APGI:2017:373 SAP Barcelona, s. 13, núm. 473 de 14 de noviembre 2014: « *Se plantean las consecuencias del abandono de la finca por parte de uno de los coarrendatarios durante la vigencia del contrato. Es posición mayoritaria que, salvo en el supuesto en que se haya pactado expresamente tal posibilidad (ocupación solidaria, que no se presume – artículo 1137 CC), el abandono de la finca por parte de uno de los cotitulares arrendaticios no le desvincula de las obligaciones asumidas frente al arrendador con la excepción de que tal abandono haya sido comunicado al arrendador y aceptado –consentido– por éste.*»

(10) SAP, s.13, Barcelona de 16 febrero 2022. Ponente. María dels Angels Gomis Masque. Id Cendoj: 08019370132022100070. Roj: SAP B 1434/2022 – ECLI: ES: APB:2022:1434 « […] *No nos encontramos ante un supuesto en que el arrendatario haya desocupado la finca sin devolver la posesión al arrendador(caso en que el arrendatario mantiene la obligación de pago), ni en un caso de coarrendamiento en que pretenda apartarse del contrato uno solo de los arrendatarios (modificación subjetiva que no puede tener lugar sin el consentimiento del arrendador), y tampoco ante la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario en un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial (que se encuentra regulado en el artículo 15 LAU 29/94), sino que el supuesto que nos ocupa es el de separación de hecho del arrendatario único (única parte contratante) y su cónyuge (o miembro de pareja con análoga relación de afectividad a la de cónyuge), quien permanece en la vivienda, lo que nos remite a la regulación contenida en el artículo 12 LAU 29/1994. En los casos de separación de hecho el artículo 12 contempla dos situaciones: primera, cuando estando permitido al arrendatario poner fin al contrato (por desistimiento en los casos del artículo 11, o por no renovación, en los casos de consumación de cada año de contrato con posibilidad de prórroga), opta por la extinción contra el criterio e interés del cónyuge no arrendatario que pretende permanecer habitando en la vivienda arrendada; segundo, en los casos de abandono unilateral de hecho del domicilio familiar por parte del cónyuge arrendatario, que podría dar lugar a la resolución del contrato a instancias del arrendador por cesión inconsentida. Para estas dos situaciones, el artículo 12*

condiciones del contrato, al imponérsele un nuevo arrendatario que no ha elegido y que puede ser de menor solvencia económica.

Beneficiario de esta subrogación *inter vivos* en el contrato arrendaticio anterior[11] es el cónyuge o conviviente del arrendatario, entendiendo por tal, quien tenga una relación de afectividad, análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, y durante al menos dos años[12], salvo que hubiera descendientes, en cuyo caso la mera convivencia es suficiente.

La finalidad de la norma reside en la protección del derecho a la vivienda, en el ámbito de las relaciones familiares. Esta protección determina una excepción a las normas generales de los contratos, al imponer al arrendador un cambio forzoso de titular del contrato de arrendamiento, esto es de deudor, sin su consentimiento.

Comparto la opinión de Loscertales Fuertes[13], quien invita al legislador para que incluya a los hijos, en defecto de cónyuge, al no existir razón moral, ni jurídica para excluirlos, cuando el artículo 16 de la LAU les concede la subrogación *mortis causa*.

En el precepto se contempla dos tipos de desistimientos o falta de renovación[14] por el arrendatario en los supuestos de convivencia previa a la separación de hecho[15], según haya realizado comunicación o no al arrendador.

---

concede al cónyuge (o pareja) no titular del arrendamiento la posibilidad de oponerse a la extinción de la relación arrendaticia, subrogándose en la posición del arrendatario. La protección del derecho a la vivienda, en el ámbito de las relaciones familiares, impone pues al arrendador un forzoso cambio de titular, y por tanto un cambio de deudor, lo que no es acorde con las reglas generales de los contratos. Se trata de una auténtica subrogación: así se desprende de la dicción legal «manifestando su voluntad de ser arrendatario « en el caso del abandono. También lo es en el caso del desistimiento o no renovación, porque el desistimiento o no renovación extingue la relación contractual con el primitivo arrendatario, y el arrendamiento solo puede « continuar « si el cónyuge asume la condición de arrendatario. […] el legislador parece haber considerado que en los casos de discordancia entre cónyuges es preferible el cambio de titular y no obligar al arrendatario a mantenerse en la posición arrendaticia. Con el artículo 12 LAU se permite al arrendatario salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones, y al cónyuge no arrendatario se le ofrece la posibilidad de asumir con todas las consecuencias la condición de arrendatario.».

(11) Carrasco Perera, A., «Com. artículo 12 LAU», ob. cit. p. 446.

(12) Carrasco Perera, A., «Com. artículo 12 LAU»., ob. cit., p. 424-429 critica con razón el pésimo estilo y desastre lingüístico de la redacción del artículo 12 de la LAU. Gallego Dominguez, I, «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333, admite que esos dos años de convivencia no es exigible que sean en la vivienda arrendada, al ser omitido en el artículo 12.4 de la LAU (p. 306).

(13) Loscertales Fuertes, D., *Arrendamientos urbanos. Legislación y comentarios*, 10 ed. Sepin, Madrid 2018, p. 180.

(14) Debe entenderse a los supuestos en que el arrendatario no prorrogue el contrato teniendo la facultad en virtud de las prórrogas anuales obligatorias previstas en el artículo 9 y en el artículo 10 de la LAU modificado por Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

(15) Carrasco Perera, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., p. 405: *«La norma se refiere a la situación conyugal en la que no existe separación de hecho antes de que se produzca el desistimiento o abandono»*.

1.1 **Desistimiento o no renovación expresa comunicada por el arrendatario al arrendador**

Esto suele acaecer cuando el arrendatario titular del contrato decide abandonar la vivienda y sin consentimiento del cónyuge o conviviente comunica al arrendador su voluntad de finalizar el contrato.

La norma no impone ninguna forma para la comunicación. Si deberá informarle de la identidad de su cónyuge o conviviente, ya que el arrendador puede desconocer la misma.

Para que proceda la subrogación *inter vivos* en el contrato de arrendamiento del cónyuge o conviviente en las mismas condiciones, es preciso se cumplan los siguientes requisitos:

1. Comunicación del arrendatario al arrendador de su voluntad de extinguir la relación arrendaticia de la vivienda habitual con al menos 30 días de antelación (Art. 11, desistimiento y artículo 10.1 para la no renovación) porque va a procederse a la separación de hecho de su cónyuge o conviviente, informándole de la identidad de éste último.
2. Requerimiento facultativo del arrendador al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Este requerimiento no está sujeto a plazo y no es obligatorio, «podrá», lo que ha determinado que los tribunales estimen que, si no se produce el requerimiento o hasta que se efectúe, el contrato de arrendamiento continuará vigente, debiendo el cónyuge abonar la renta correspondiente hasta la extinción, presumiendo aceptado como nuevo arrendatario al cónyuge o conviviente. En este sentido se han pronunciado la SAP Cádiz, S.2.ª, 16/2017 de 24 de enero[16]; SAP Barcelona, s.13, núm. 343/2015 de 9 de noviembre[17], SAP Barcelona, S.13.ª, 513/2007 de 3 de octubre[18].

   Omite la norma que sea «fehaciente», de tal forma que se realice por cualquier medio idóneo para que el destinatario reciba el mensaje y pueda acreditarse la recepción.

---

(16) SAP Cádiz, s.2ª, nº 16/2017 de 24/01/2017. Ponente: Concepción Carranza Herrera. Id Cendoj: 11012370022017100013. Roj: SAP CA 13/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:13 […] «En definitiva, el referido art. 12 prevé que el arrendador pueda requerir al cónyuge o conviviente para que manifieste su voluntad de continuar en el arrendamiento, requerimiento no sujeto a plazo alguno y que se establece como una posibilidad, no determinando la falta de dicho requerimiento ni la extinción automática del contrato ni la ausencia de la obligación de pago de la renta para el cónyuge o conviviente por lo que en definitiva se ha de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia». Ver Jimenez Muñoz, FJ, «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 19, agosto 2023, p. 423.

(17) SAP Barcelona, s.13, nº 343/2015 de 9 de noviembre 2015. Ponente: María dels Angels Gomis Masque. Id Cendoj: 08019370132015100339. Roj: SAP B 11446/2015 - ECLI:ES:APB:2015:11446 .

(18) SAP Barcelona, s.13, nº 513/2017 de 03/10/2007. Ponente: Juan Bautista Cremades Morant. Id Cendoj: 08019370132007100552. Roj: SAP B 10870/2007 - ECLI:ES:APB:2007:10870.

3. Contestación por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario en un plazo de 15 días[19] a contar de aquel. Aun cuando nada se indica de la fehaciencia de esta comunicación, es recomendable que se efectúe de forma fehaciente para poder acreditar la recepción de la misma por el arrendador. Se admite la forma tácita de manifestación de voluntad de continuar en el arrendamiento, si el cónyuge del arrendatario se hace cargo de las rentas, existiendo aceptación si el arrendador las recibe con pleno conocimiento de que el arrendatario había desistido tal como ha reconocido la SAP Valencia, s.7.ª, 153/2017 de 18 de abril de 2017[20]. No obstante lo anterior, el silencio del arrendatario producirá la extinción del contrato de arrendamiento.

4. Abono de la renta por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera abonada.

¿Sería válido un acuerdo entre arrendatario y su cónyuge o pareja *more uxorio* por el que se transmiten el derecho arrendaticio que conjuntamente comunican al arrendador? Carrasco Perea[21] indica que carecería de sentido excluir esta posibilidad, si un cónyuge puede desistir unilateralmente y el otro puede subrogarse unilateralmente.

¿Cuándo se entiende que el arrendatario queda liberado de las obligaciones contraídas en el contrato de arrendamiento y por ende desde cuando no estará obligado a pagar la renta?

El artículo 12 de la LAU omite referencia alguna a este supuesto. Por ello, si el cónyuge o conviviente ha mostrado su voluntad a continuar en el contrato de arrendamiento, desde ese momento estimo que el arrendatario quedará liberado, pues únicamente será arrendatario el subrogado, puesto que el artículo 12.1 únicamente indica que el arrendamiento se continuará «en beneficio de dicho cónyuge», no de ambos.

Ahora bien si el cónyuge del arrendatario mantiene su silencio, el arrendatario contratante vendrá obligado al pago hasta que se produzca la extinción *ope legis* a que se refiere el artículo 12[22], por ello desde el

(19) Carrasco Perera, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., pp. 415: «Plazo sustantivo, no procesal de caducidad, y el tiempo no se interrumpe ni se suspende».

(20) SAP Valencia, s.7ª, 153/2017 de 18 de abril de 2017. Ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo. Id Cendoj: 46250370072017100374. Roj: SAP V 5611/2017 - ECLI:ES:APV:2017:5611. «El contenido del burofax no ofrece duda, se comunica que desiste por cese de la relación con el coarrendatario quien tiene derecho a continuar si lo manifiesta, deduciéndose de forma tácita que, si mostró esa conformidad al hacerse cargo de las rentas desde noviembre de 2014 a junio de 2015, y lógicamente esa aceptación también se extiende al arrendador que recibió las rentas con pleno conocimiento de que la Sra. María Rosa había desistido».

(21) Carrasco Perera, A, «Com. Artículo 12»., ob. cit., p. 406 en cuya nota 6 matiza que no se precisa, que el cónyuge que disiente abandone la vivienda.

(22) Ver SAP Pontevedra, S.6, núm. 380/2024 de 9 de mayo 2024. Ponente: María Mayo Rodríguez. Id Cendoj: 36057370062024100363. Roj: SAP PO 1422/2024 – ECLI: ES: APPO:2024:1422. *[…] la codemandada ostenta legitimación pasiva para soportar la acción de conformidad con el*

momento en que sean eficaces el desistimiento o la no renovación, no será deudor de renta alguna (23).

Si no se produce la subrogación del cónyuge o conviviente en el contrato de arrendamiento, este carecerá de título posesorio, ocupando la vivienda a título de precario y será deudor de la renta devengada hasta la extinción del contrato, si no estuviera pagada con anterioridad.

En el supuesto que el contrato de arrendamiento tenga garantías prestadas por terceros, por ejemplo fiadores, las mismas se extinguen por así disponerlo el artículo 1207 CC (24).

¿Sería válida una cláusula insertada en el contrato de arrendamiento que modifique el régimen legal previsto en el artículo 12 y 15 de la LAU, imponiendo una obligación solidaria al arrendatario que desiste del contrato en el supuesto que el cónyuge o conviviente continúe en el uso de la vivienda, siendo responsable de todas las obligaciones aún después del desistimiento hasta la extinción del contrato?

Esta cláusula sería nula (25) y se tendría por no puesta, según lo dispuesto en el artículo 6 de la LAU: *« Serán nulas, y se tendrían por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*». Al encontrarse el artículo 12 de la LAU dentro del Título II relativo a los arrendamientos de vivienda, es una norma imperativa, que no puede modificarse su regulación (26).

---

artículo 12.1 de la LAU quedando pues obligada al pago de las rentas y cantidades asimiladas que han sido reclamadas judicialmente y cuyo impago no resultó controvertido. El Sr. Antu responderá de las mismas en los términos establecidos en la sentencia recurrida, al tener plena eficacia el desistimiento formulado al amparo del artículo 11 de la LAU quedando resuelto para él el contrato desde la fecha 1.10.2021.

(23) Si en el matrimonio rige el régimen económico de sociedad de gananciales y no ha sido disuelto, las deudas por rentas derivadas de arrendamientos de la vivienda habitual son deudas comunes, de las que responden solidariamente los bienes gananciales (arts. 1369; artículos 1362.1;1365.1 y 2 CC) y los privativos del otro cónyuge con carácter subsidiario (art. 1319 CC).

(24) Artículo 1207 CC: «*Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.*»

(25) Carrasco Perera, A, Com. Artículo 12. ob. cit., p.???

(26) SAP Valencia, s.7.ª, 153/2017 de 18 de abril de 2017. Ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo. Id Cendoj: 46250370072017100374. Roj: SAP V 5611/2017 – ECLI: ES: APV:2017:5611. Carrasco Perea, A., ob. cit., *«[…] No cabe un pacto similar al admitido en el artículo 16.4, por el que se excluye la subrogación en arrendamientos de más de tres años cuando la muerte del inquilino tiene lugar transcurridos los cinco primeros años de contratos […] porque el CC otorga al cónyuge sobre la vivienda habitual unos derechos por actos de disposición inter vivos (art. 1320 CC) de los que no goza mortis causa*».

1.2 **Abandono *de facto*. Desistimiento o no renovación del arrendatario unilateral *de facto* no comunicada al arrendador**

En el presente caso, no se exige requerimiento por parte del arrendador al cónyuge del arrendatario, cesando sin más la posesión arrendaticia, debido a que el arrendador es desconocedor de la existencia de la pareja, de su crisis, así como del abandono de la vivienda por parte del arrendatario sin que haya recibido ningún preaviso.

Producido el abandono unilateral por parte del arrendatario del domicilio familiar ya sea durante el plazo inicial o cualquiera de sus prórrogas, para que pueda operar la subrogación *inter vivos* y no proceda la resolución del contrato a instancias del arrendador por cesión inconsentida[(27)], es preciso notificación escrita[(28)] por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario al arrendador en el plazo de un mes[(29)], manifestando de forma expresa su voluntad de continuar con el arrendamiento de la vivienda, subrogándose en su lugar.

La omisión de esta notificación escrita se sanciona con la extinción del contrato de arrendamiento y el pago de la renta de ese mes.

El artículo 12 de la LAU en caso de pasividad del arrendatario de comunicar el abandono, únicamente le obliga al pago de la renta de ese mes dando por extinguido el contrato y por ende liberando también al arrendatario que abandonó la vivienda unilateralmente y sin comunicación.

Ante esto, el arrendador se encuentra con una extinción anticipada del contrato en caso de desistimiento unilateral del titular del contrato, sin que nadie le abone daños y perjuicios de esta extinción anticipada y con la incertidumbre de si va a poder continuar cobrando las rentas al cónyuge o conviviente que continua en el uso de la vivienda durante los meses que permanezca en su interior hasta que se produzca el desalojo judicial, tras haber transcurrido un mes desde el abandono sin haber notificado por escrito el mismo. Este efecto perverso de la norma exige una modificación de la misma por el legislador pues favorece la utilización de la vivienda por el cónyuge del arrendatario sin que nadie pueda reclamarse las rentas al declarar como efecto la extinción del contrato transcurrido el mes.

---

(27) Carrasco Perera, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., p. 403: *«[…] El abandono del cónyuge titular con permanencia de su consorte resultaría ser, de un lado una cesión inconsentida a tercero, y, de otro, salvo que quedaran en la vivienda hijos dependientes, un abandono del inmueble, siendo ambas circunstancias causa de resolución del contrato (art.27.2.c) y f)».*

(28) El carácter escrito de la notificación se exige a efectos *«ad probationem»,* es decir, para demostrar que efectivamente se ha hecho dicha notificación.

(29) Plazo sustantivo y no procesal, cuyo cómputo debe realizarse conforme establece el artículo 5 del CC, de fecha a fecha.

2. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA. SEPARACIÓN JUDICIAL, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO

El artículo 15 de la LAU, al igual que el artículo 12 de la LAU regula la subrogación *inter vivos* en la persona del arrendatario en los casos de nulidad, separación judicial o divorcio en los siguientes términos[30]:

> 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato.
> 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

En los supuestos de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio del arrendatario, si ha sido atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil al cónyuge no arrendatario, éste pasará a ser el titular del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la LAU, con los beneficios que le comporta esa condición, que entre otros, le permite

(30) Artículo 15 redactado por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (*BOE* 5 junio). Vigencia: 6 junio 2013. Sobre la tramitación parlamentaria del artículo 15 de la LAU, texto exacto incluido en el Proyecto de Ley de 21 de febrero de 1994, las enmiendas presentadas por los Grupos parlamentarios, las modificaciones realizadas en el Senado que detalla con gran acierto Cuena Casas, M., en *Tratado de Derecho de familia*, ob. cit., pp. 374-376. En esa redacción anterior, no estaba claro que fuera el titular del contrato, al limitarse a señalar «podrá continuar en el uso de la vivienda», con la nueva redacción es claro que el cónyuge firmante del contrato se desvincula de la relación contractual con el arrendador, tal como afirma Cuena Casas, M., en «El régimen jurídico de la vivienda familiar», capítulo 20, *Tratado de Derecho de Familia*, 2017, p. 384. Carrasco Perera, A., «Com. artículo 15 de la LAU» en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020, pp. 517-519 refiere la tramitación parlamentaria del artículo 15 de la LAU en la redacción inicial de la LAU 1994 y la reforma producida por Ley 4/2013 por la que se reconoce la condición de arrendatario subrogado de la vivienda arrendada al cónyuge a quien le atribuyen el uso de la vivienda conyugal en situaciones de nulidad, separación judicial o divorcio. En las pp. 519 a 526 expone los problemas existentes antes de la LAU de 1994.

inscribir el contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad, si no lo hizo su cónyuge.

Lo anterior significa que el contrato de arrendamiento de vivienda no ha de estar resuelto por haber transcurrido el plazo y sus prórrogas, pues en ese caso, la atribución del uso de la vivienda realizada por la sentencia que declara la nulidad, separación judicial o divorcio no surte efecto alguno, al referirse a un contrato ya resuelto, por lo que el responsable del cumplimiento de las obligaciones seguirá siendo el arrendatario primitivo y no el cónyuge usuario y así se ha pronunciado la SAP Barcelona, s.4.ª, núm. 341 de 21 de mayo de 2024[31].

Este precepto no ha tenido en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario puede realizarse de mutuo acuerdo en un convenio regulador que ha de ser ratificado en el juzgado y sometido a homologación judicial. Desde que se firma el convenio regulador, hasta que se dicta sentencia judicial acordando la separación o divorcio judicial o notarial en la que se homologa judicialmente la misma, transcurren unos periodos de tiempo a los que no puede aplicarse ni el artículo 12, ni el artículo 15 de la LAU, lo que obliga a acudir a una ficción que permita ajustar la situación para que se aplique el art, 12 o el artículo 7 de la LAU.

2.1 **Requisitos**

Para que proceda la subrogación[32] *inter vivos* en la posición del arrendatario es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Resolución judicial. Es indispensable que la adjudicación del uso de la vivienda familiar sea realizada en una resolución judicial[33]. Al omitir

(31) SAP Barcelona, s.4.ª, núm. 341 de 21 de mayo de 2024. Ponente Francisco de Paula Puig Blanes. Id Cendoj: 08019370042024100322. Roj: SAP B 5756/2024 – ECLI: ES: APB:2024:5756, dictada en un juicio verbal de desahucio por expiración del plazo por el arrendador para recuperar la posesión del inmueble contra el arrendatario que abandonó la vivienda, siendo ocupada por su ex esposa, quien alegaba la falta de legitimación pasiva, la cual fue desestimada por la audiencia provincial al estimar que no se había producido ninguna subrogación *ex lege* en la persona de su ex cónyuge al haberse resuelto el contrato por transcurso del termino antes de serle atribuido judicialmente el uso de la vivienda.

(32) Utilizo el término subrogación al ser partidaria de estimar que el artículo 15 contempla una subrogación *ex lege*. Ver Cuena Casas, M, El régimen jurídico de la vivienda familiar. Tratado de derecho de Familia, Vol. III, 2.ª ed. Pamplona, 2017. p. 384. STS, s. 1.ª, núm. 861/2009 de 18 de enero 2010: « *El artículo 15 LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo».*

(33) Tras la Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, si no existen hijos menores, la separación judicial o el divorcio pueden efectuarse de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia, quien dictará un decreto o ante el notario en escritura pública. El artículo 15 no ha sido reformado para adecuarlo a la Ley de jurisdicción voluntaria, por lo que también deberá aplicarse

el artículo 15 de la LAU, si la resolución judicial tiene que ser definitiva, firme o provisional, se plantea el problema del momento en que se va a producir e*sa subrogación ex leg*e, si con la sentencia definitiva dictada en un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio (arts. 90, 96 CC) o con el auto de medidas provisionales (103 CC) o la resolución que acuerda una modificación de medidas.

Antes de la reforma del artículo 15 por ley 4/2013, se refería al supuesto de atribución judicial del uso de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código civil. Tras la reforma, únicamente se indica «le *sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación*». Cuena Casas[34] estima que este cambio puede obedecer a que abarca los casos de atribución de uso de la vivienda también con arreglo a la legislación foral, al ser aplicable la LAU a todo el territorio nacional. Y por ello sostiene que hasta que no exista sentencia definitiva, no se produce el efecto subrogatorio *ex lege*, de tal forma que el cónyuge arrendatario firmante del contrato no se desvincularía del contrato, aunque deba abandonar la vivienda.

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 15 de la LAU, el mismo se refiere a los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario. Lo que exige una sentencia definitiva que acuerde la nulidad, separación y divorcio. El artículo 89 del CC dispone que la disolución del matrimonio por divorcio solo tendrá lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos desde su firmeza. Esta interpretación literal me conduce a decantarme por la necesidad de que la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda es aquella en la que se declare la nulidad, separación o divorcio y no el auto que acuerda las medidas provisionales, pues esta resolución judicial no decreta ni la nulidad, ni la separación judicial ni el divorcio.

Si no hay sentencia definitiva, pero si existe auto dictado en medidas provisionales en virtud del cual se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario, ¿Opera el artículo 15 de la LAU o el artículo 12 de la LAU, al no haberse producido la separación o divorcio judicial?

Gallego Domínguez[35] estima que «el ámbito del artículo 12 se centrará en separaciones de hecho y en aquellos supuestos en que los cónyuges están en vías de acceder a la nulidad, separación o divorcio y no se han adoptado medidas provisionales (art. 103.2 CC) o provisionalísimas (art. 104 CC) en materia de vivienda familiar arrendada».

---

en estos supuestos en que finalizan los procedimientos de separación judicial de mutuo acuerdo por decreto o escritura pública.

(34) Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 387.

(35) Gallego Dominguez, I., Parejas de hecho., ob. cit., p. 306 sigue la opinión de Guilarte Gutiérrez, ob. cit., pp. 288 y 289.

Guilarte Gutiérrez[36] es partidario de incluir dentro del artículo 15, la resolución dictada en medidas provisionales, porque si no se admite durante la tramitación del procedimiento solo operaría la subrogación del artículo 12 de la LAU.

En mi opinión, habría que aplicar el artículo 12 de la LAU, al encontrarnos en un supuesto de separación *de facto* y no de separación, nulidad o divorcio judicial.

2. Comunicación al arrendador de la voluntad del cónyuge del arrendatario de continuar en el uso de la vivienda en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de la resolución judicial, debiendo acompañar una copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda[37].

Rige la libertad de forma en la comunicación, sin que se imponga que sea escrita, ni realizada de forma fehaciente, aunque será lo deseable a fin de acreditar la recepción en el destinatario y disponer de un medio de prueba.

¿Qué efectos produce la falta de comunicación al arrendador por parte del cónyuge no arrendatario? ¿Se resuelve el contrato de arrendamiento? ¿Quién debe continuar abonando las rentas?

Martín Contreras[38] estima subsanable la omisión, sin que pueda suponer la resolución automática del contrato de arrendamiento, puesto que si así lo hubiere querido el legislador, lo hubiera hecho constar en el precepto, sin perjuicio de que otra interpretación haría ilusoria la resolución judicial recaída en el procedimiento matrimonial.

Cuena Casas[39]sostiene que no se extingue el arrendamiento, ni permite la resolución del mismo por el arrendador (Art. 27.2.f), quedando obligado el arrendatario firmante del contrato al pago de las rentas durante el

---

(36) Guilarte Gutierrez, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU», *Aranzadi civil,* núm. 3, 1998, pp. 65-96, estima que no admitir la aplicación del artículo 15 al caso de uso fijado en medidas provisionales, haría que durante el procedimiento cupiera solo la subrogación del artículo 12 LAU.

(37) SAP Barcelona, s.4ª, nº634/2023 de 24 de octubre de 2023. Ponente: Federico Holgado Madruga. Id Cendoj: 08019370042023100605. Roj: SAP B 10955/2023 - ECLI:ES:APB:2023:10955, adopta un criterio flexible: «[…] las exigencias de comunicación a las que hace referencia al artículo 15 han sido paulatinamente suavizadas por la doctrina jurisprudencial, que se ha decantado por proclamar la prevalencia de los principios de la buena fe sobre la rigidez del cumplimiento de los presupuestos susceptibles de legitimar la subrogación de la persona interesada cuando, como es el caso, el arrendador es suficiente y cabalmente sabedor de la voluntad del excónyuge del arrendatario inicial de continuar en el uso de la vivienda».

(38) Martín Contreras, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.ª ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, p. 292 Ver STS, s.1.ª, núm. 587/2015 de 26 de octubre que en un desahucio por falta de pago y reclamación de rentas, determina la responsabilidad en el pago de éstas del arrendatario firmante del contrato ante la falta de notificación del artículo 15.

(39) Cuena Casas, M., *El régimen jurídico de la vivienda familiar*, ob. cit., pp. 388-389. En el mismo sentido, Gallego Dominguez, I., *Parejas de hecho,* ob. cit., p. 314.

plazo de duración pactado en el contrato, pues el derecho del cónyuge usuario deriva de la sentencia judicial y de la ley, no de una simple notificación al arrendador, que constituye una carga formal, pudiendo ser notificada la sentencia por el cónyuge no adjudicatario del uso.

En definitiva, si no realiza la comunicación, no opera la subrogación, y por consiguiente el arrendador podrá exigir el pago de la renta al arrendatario firmante del contrato, quien estará obligado a abonarlas, sin perjuicio del derecho de repetición que este tenga contra el cónyuge usuario, a fin de que los intereses del arrendador no se vean perjudicados tal como ha entendido la SAP de Madrid de 8 de junio de 2007 y la STS, s.1.ª, de 26 de octubre 2015 (40) y SAP Barcelona, s.13 de 27 de mayo 2024 (41).

Carrasco Perera (42) afirma que «no está claro que la consecuencia de la falta de notificación sea la extinción del derecho, al no pronunciarse la norma en este sentido. Lo que quiere significar la norma es que la adquisición del derecho ya producida en virtud de la sentencia, no es eficaz en contra del arrendador mientras no le sea notificada; este arrendador deberá soportar la posesión del cónyuge, pero será un deudor de buena fe a los efectos prevenidos en los artículos 1164 y 1527CC».

Si el cónyuge opta por no subrogarse no conserva un derecho residual a seguir ocupando en concepto de precario, amparada en el título lejano de su ex cónyuge (43).

3. Beneficiario sea el cónyuge del arrendatario. El artículo 15 de la LAU no se extiende en la norma a las parejas de hecho (44) en contra de lo

---

(40) STS, s.1.ª, núm. 587/ 2015 de 26 de octubre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012015100598. Roj: STS 4584/2015 – ECLI: ES: TS:2015:4584.

(41) SAP Barcelona, s.13 de 27 de mayo 2024. Ponente: María de los Angeles Gomis Masque, Id Cendoj: 08019370132024100385. Roj: SAP B 6604/2024 – ECLI: ES: APB:2024:6604: *« […] En el caso que nos ocupa, no consta que la demandada hiciera la comunicación que como requisito establece el párrafo segundo (la demandada lo niega y la actora ni lo contradice ni aporta prueba en contrario), y la propia mercantil arrendadora afirma en la demanda que la Sra. Olga nunca pagó ninguna renta; con lo que no existió subrogación ni expresa ni tácitamente, y por ende, no viene obligada al pago de las rentas que se adeuden a la arrendadora, sin perjuicio de las relaciones internas entre aquella y su ex-marido sobre lo pactado o resuelto judicialmente a tal fin. De este modo, aunque resultara aplicable al caso el artículo 15 en su nueva redacción y aun cuando entendiéramos que se dan los supuestos recogidos en el apartado 1 del mismo ("… se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento…"), no podría considerarse a la demandada como arrendataria al no haberse observado los requisitos establecidos en el apartado 2 del tan repetido articulo (cuya exigencia y redacción se ha mantenido invariable desde su redacción original). En definitiva, no ostentando la demandada la condición de arrendataria, carece de legitimación pasiva para soportar la acción deducida, por lo que ha de procederse a su desestimación sin necesidad de entrar en otras consideraciones».*

(42) Carrasco Perera, A., «Com. artículo 15», ob. cit., p. 533.

(43) Carrasco Perera, A., «Com. artículo 15», ob. cit., p. 531.

(44) Gallego Dominguez, I., *Parejas de hecho,* ob. cit., pp. 314 y ss. En donde recoge los argumentos a favor de la extensión del artículo 15 de la LAU a las parejas de hecho y los argumentos en

dispuesto en los artículos 12 y 16 de la LAU. Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen mostrándose a favor de la reforma de este precepto para su extensión a las parejas de hecho, a pesar de lo cual el precepto sigue sin reformarse, debiendo acudirse a su interpretación conforme el artículo 3 del CC, adecuándola a la realidad social actual.

2.2 **Efectos de la subrogación**

1. En la persona del arrendatario firmante del contrato primitivo. Al producirse una subrogación *ex lege*, con una modificación subjetiva en la persona del arrendatario, pasando el cónyuge usuario del arrendatario a ser titular del contrato, el primitivo titular del contrato de arrendamiento firmante del mismo, se vería liberado por los deberes del mismo, al haberse extinguido sus obligaciones por novación[45].

2. El cónyuge usuario es el titular del contrato de arrendamiento durante la vigencia del mismo si le ha sido atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento.

Comparto la opinión de Cuena Casas[46], al afirmar que la atribución del derecho de uso realizada judicialmente en sentencia de separación, nulidad o divorcio no puede prolongar la vida del contrato de arrendamiento más allá de lo que dispone el contrato de arrendamiento en el que se subroga, sin que se genere un título distinto a favor del cónyuge usuario. Si esta modificación no se hubiera producido, el cónyuge titular podría cancelar el arrendamiento en el Registro, provocando la engañosa apariencia de la liberación de la carga posesoria que, en virtud de la sentencia matrimonial, seguirá pesando sobre el inmueble.

En el supuesto que la atribución judicial del uso sea por tiempo inferior al de vigencia del contrato de arrendamiento, ¿habría que entender que no operaría el cambio en la titularidad del contrato y seguiría vinculado el

---

contra. Jimenez Muñoz, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», ob. cit., p. 432.

(45) Ver Serrano Alonso, E., «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O´Callaghan, X, Madrid 1995, p. 156. Los Certales Fuerte D, *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, p. 237. Quesada Gonzáles M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998, p. 192. Pérez Ureña, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Asociación española de abogados de familia, coordinado por De Andrés Irazabal, C y Hernández Catalán, 2003, p. 498. Cuena Casas, M., El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 385. Jimenez Muñoz, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 414-445.

(46) Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 385.

cónyuge arrendatario no usuario? Cuena Casas[47] estima que no se produciría el cambio en la titularidad del contrato, al considerar que transcurrido ese plazo, podría volver a habitar el inmueble y por consiguiente seguiría vinculado por el contrato.

En mi opinión se produciría una subrogación por el tiempo de duración del uso atribuido judicialmente al cónyuge no firmante del contrato, extinguiéndose el contrato de arrendamiento respecto al primitivo arrendatario en el momento de esta subrogación y respecto al subrogado *ex lege* en el momento en que se extinga su atribución judicial, si esta es anterior a la fecha de la vigencia del contrato de arrendamiento, por cuanto con la subrogación legal se ha producido una novación subjetiva que conlleva la extinción de las obligaciones (art.1156. Cc en relación con el artículo 1203.2).

3. En la persona del arrendador, cuyo consentimiento no se solicita, si se cumplen todos los requisitos del artículo 15 y opera la subrogación *ex lege*, tendrá un nuevo titular del contrato de arrendamiento: el cónyuge a quien judicialmente se le atribuyó el uso de la vivienda de forma permanente o por periodo superior al plazo que resta por cumplir el contrato.

Si no se cumplen los requisitos del artículo 15 y no se produce la subrogación, el contrato de arrendamiento continua vigente en su integridad con el arrendatario firmante, quien no puede desistir unilateralmente y vendrá obligado al pago de las rentas, aun cuando no utilizase la vivienda.

En el supuesto que la atribución judicial del uso de la vivienda fuera inferior al plazo pactado, la subrogación *ex lege* se producirá durante el tiempo que se haya determinado judicialmente, con la consiguiente extinción del contrato respecto al arrendatario firmante desde la comunicación al arrendador. Una vez finalizado el plazo de atribución judicial del uso, el contrato de arrendamiento se extinguirá sin que se reanude en el primitivo arrendatario.

3. SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA

En caso de fallecimiento del arrendatario firmante del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado a partir del 1 de enero de 1995, el artículo 16 de la LAU[48] establece una subrogación *mortis causa* que

(47) Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 386.

(48) Respecto a los precedentes y valoración de la reforma de 1994, así como la tramitación parlamentaria, ver Carrasco Perera, A., «Com. al artículo 16», ob. cit., pp. 536-539. Sobre el *iter* referente a la subrogación de la pareja de hecho, ver Gallego Dominguez, I., *Pareja de hecho*, ob. cit., pp. 320-323.

supone una novación subjetiva[49] del contrato de arrendamiento, en favor de determinados beneficiarios que se colocan en el lugar del arrendatario, entre los que rige un orden de prelación, a falta de acuerdo entre ellos, y unos criterios basados en la vulnerabilidad de los mismos, siendo requisito indispensable que el arrendamiento esté vigente.

La inexistencia de beneficiarios conlleva la extinción del contrato de arrendamiento, si bien el arrendador deberá interponer la acción de desahucio para recuperar la posesión de la vivienda.

González Porras[50] considera que se trata de «un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario fallecido, que se logra mediante una sucesión legal a título particular en el contrato, diferente de la sucesión por causa de muerte. Los que se subrogan en la posición del arrendatario lo hacen no en virtud de un derecho sucesorio, sino *iure* propio fundado en la LAU».

Esta norma se aplica a los supuestos en que el contrato de arrendamiento de vivienda[51] haya sido firmado únicamente por uno de los cónyuges, puesto que si ambos cónyuges son coarrendatarios por haber firmado ambos el contrato, el fallecimiento de uno de ellos motiva el acrecimiento de su cuota parte al sobreviviente.

Para que opere la subrogación es preciso que se produzca la muerte del arrendatario, lo que plantea dudas sobre la aplicación de la norma en supuestos de declaración de fallecimiento, encontrándose la doctrina dividida[52].

---

(49) Martín Contreras, L., *Ley de arrendamientos urbanos*, 3.ª ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, p. 298. sobre la subrogación *mortis causa*, ver Verdera Server, R., *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,1997.

(50) González Porras, J. M., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Ley 29/1994, de 24 de noviembre, VV. AA., coordinados por Lasarte Álvarez, C., Tecnos, Madrid, 1996, p. 457.

(51) Es un artículo imperativo para los arrendamientos de viviendas ordinarias. En cambio, para los arrendamientos de viviendas suntuarias es de carácter supletorio, si las partes no han pactado otra cosa.

(52) En contra de la extensión a la declaración del fallecimiento ver González Porras, J. M., «Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario», *Revista Jurídica Sepin*, núm. 153, noviembre 1995, p. 12 y en González Porras, J. M.: «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Ley 29/1994, de 24 de noviembre, VV. AA., coordinados por Lasarte Álvarez, C., Tecnos, Madrid, 1996., pp. 49 ss. Este autor considera que si expresamente el legislador no incluyó en el tenor literal del precepto la declaración de fallecimiento, es porque tan solo se producirá la subrogación con la muerte natural, cierta y comprobada, y nunca con la declaración de fallecimiento A favor de la aplicación tanto en casos de muerte natural como en declaración de fallecimiento se pronuncian Serrano Alonso, E., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), VV. AA., dirigidos por O'callaghan, X., EDERSA, Madrid, 1995, pp. 168 y Díaz Vales, F., *La subrogación legal en la ley de arrendamientos urbanos,* Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 111 ss.

Además de lo anterior, prevalece el acuerdo unánime[53] sobre la persona que se subrogará en el contrato frente al orden de prelación establecido en el artículo 16 de la LAU.

3.1 **Beneficiarios y orden de prelación**

3.1.1 Cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. Se exige además del requisito de ser cónyuge viudo, la convivencia con el arrendatario al tiempo del fallecimiento, sin que sea necesario duración mínima. Eso significa que aun cuando se hubiere producido la separación *de facto* o judicial[54], si se produce la reconciliación y esta se inscribe en el registro civil incluso 15 días antes de su fallecimiento, la/el cónyuge se subrogaría en la posición del arrendatario.

La misma situación acaecería si se celebra el mes antes a la fecha de fallecimiento, sea este *in articulo mortis* o no.

Por el contrario, si se ha dictado sentencia de divorcio o la nulidad del matrimonio, al dejar de ser cónyuges, aun cuando posteriormente volvieran a convivir y estuvieran conviviendo a la fecha del fallecimiento, no podrían subrogarse en este primero orden de beneficiarios, sin

(53) Carrasco Perera, A., «Com. al art.16»., ob. cit., p. 552: «*El acuerdo no tiene por qué ser unánime. Basta que consienta aquel que, como consecuencia del acuerdo, pierde el rango prevalente. El viudo puede consentir al hijo que se subrogue él, sin necesidad de contar para ello con el consentimiento de su suegro, pues el rango de* éste *no queda afectado por el acuerdo. Por tanto, bajo el sedicente acuerdo no existe más que una renuncia de rango, para la que solo está legitimado el beneficiario de este rango*».

(54) Pérez Ureña, A. A., *El arrendamiento de vivienda: subrogación «mortis causa»,* Comares, Granada, 1999, pp. 188 y 189, estima que también podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal. González Porras, J. M. «Comentario…», cit. pp. 475-476. «El cónyuge separado de hecho o judicialmente y el divorciado no podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento, puesto que con la separación de hecho y con la declarada en sentencia judicial cesa la presunción de convivencia conyugal de los artículos 68 y 69 del Código Civil, y salvo reconciliación según lo previsto en el artículo 84 del Código Civil, se produce definitivamente la suspensión de la vida en común, por lo que el hecho de la convivencia es lo que determina la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento, y tal convivencia no se producirá en estos casos de separación y divorcio. Además, en estos casos, de concurrir cónyuge sobreviviente que no convive y conviviente no casados, el cónyuge no tendrá derecho a subrogarse, sino que lo podrá ejercitar el conviviente, pues lo que se prima en estos casos es la convivencia y no el concepto de familia». Guilarte Gutiérrez, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Arrendamientos urbanos, Vol. I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 187, considera que no se produce la subrogación en los casos de separación, nulidad o divorcio planteados jurisdiccionalmente, así como tampoco en los casos de mera separación de hecho, por no haber una convivencia actual. Hidalgo García, S., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., dirigidos por Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 211 estima que en caso de separación de hecho si ambos conviven en la misma vivienda, el cónyuge no arrendatario superviviente si tendría derecho a la subrogación porque solo se exige convivencia.

perjuicio de que pudieran serles aplicarles los requisitos de los convivientes *more uxorio*.

3.1.2 En defecto del cónyuge, la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Para que opere esta subrogación es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:1/ convivencia con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad 2/ plazo mínimo de convivencia *more uxorio* de 2 años antes a la fecha del fallecimiento, salvo que tengan descendencia en común que solo se exige la convivencia.

El problema que plantea esta subrogación es la acreditación de la convivencia, así como del cumplimiento del plazo mínimo de 2 años, sin que se indique si esa convivencia ha de producirse en la misma vivienda arrendada o en otras. Ante el silencio del artículo 16, deberá interpretarse el periodo mínimo con independencia del lugar donde hayan convivido, no restringiéndolo exclusivamente a la vivienda arrendada. En este sentido se ha pronunciado la SAP Sevilla, S. 6.ª, núm. 45/2015 de 5 de marzo (55).

3.1.3 En defecto de cónyuge o convi*viente more uxorio*, los padres septuagenarios.

3.1.4 En defecto de los anteriores, los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieren sujetos a su patria potestad o tutela o hubieren convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

Los sometidos a patria potestad o tutela no deben acreditar convivencia, bastando con que se acredite dicha sujeción. Por el contrario, los demás descendientes que ya no se encuentran bajo la patria potestad o tutela es preciso que acrediten un periodo mínimo de convivencia de 2 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

¿Puede el *nasciturus* subrogarse en la posición de su progenitor? La doctrina en esta materia se encuentra dividida (56), dada la redacción del

(55) SAP Sevilla, s.6.ª, núm. 45/2015 de 5 de marzo. Ponente: Rosario Marcos Martín. Id Cendoj: 41091370062015100054. Roj: SAP SE 532/2015 – ECLI: ES: APSE:2015:532. «*El artículo 16 no establece específicamente que la convivencia haya de llevarse a cabo en la vivienda arrendada, aunque así lo entiende salvo en supuestos justificados la doctrina, pero es que aun cuando se entienda que puede producirse en otro inmueble, lo que es ineludible es la acreditación de que efectivamente ha tenido lugar durante el periodo legalmente establecido, acreditación que corresponde al actor*». En la doctrina Carrasco Perera, A., «Com. al Art.16», ob. cit., p. 545: «*En ningún caso se exige que la convivencia se haya desarrollado necesariamente en la vivienda arrendada, como prueba la evolución parlamentaria de la norma*».

(56) En contra Carrasco Perera, A., ob. cit., pp. 374 y 375.

artículo 16 de la LAU. Si el artículo 29 del CC reputa al concebido por nacido a los efectos que le sean más favorables– *conceptus pro iam nato habetur*–, habrá que admitir la subrogación del *nasciturus* siempre que nazca con los requisitos del artículo 30 del CC. Para dar cumplimiento a los requisitos del artículo 16, las personas que ostenten la representación legal tendrán que notificar en el plazo de tres meses por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse (57).

3.1.5 El resto de los ascendientes no septuagenarios que hubieren convivido habitualmente con el arrendatario durante los dos años precedentes a su fallecimiento, sin limitación de grado.

3.1.6 Los hermanos del arrendatario en quienes concurran las circunstancias previstas en la letra anterior. Esto es convivencia con el arrendatario durante los dos años precedentes a su fallecimiento. Entre hermanos tendrán preferencia los de doble vínculo sobre el medio hermano.

3.1.7 Tíos o sobrinos con minusvalía igual o superior al 65 % siempre que acrediten convivencia con el arrendatario durante los dos años anteriores al fallecimiento.

3.2 **Reglas especiales de concurrencia entre varios beneficiarios**

Si dentro de la misma categoría de ascendientes o descendientes hay varios beneficiarios, el artículo 16.2 de la LAU acoge el criterio de la preferencia del más próximo excluye al más remoto. En el supuesto de concurrencia de hermanos de doble vínculo con los de vínculo sencillo, la prelación va a favor de los de doble vínculo sobre el medio hermano.

Si se produce conflicto entre personas que se encuentran en situación de igualdad, se resuelven por el siguiente orden:

1) Se prefiere a quien tuviere una minusvalía igual o superior al 65 %
2) en su defecto, quien tuviera mayores cargas familiares (58)
3) en última instancia, al descendiente de menor edad, al ascendiente mayor o al hermano más joven.

---

(57) Guilarte Gutierrez, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», ob. cit., p. 189; González Porras, J. M., «Comentario…», ob. cit., pp. 461 y 462.

(58) Carrasco Perera, A, «Comentario…», ob. cit., p. 377, cargas familiares se determinan pro el número de hijos o personas que vivan a cargo del beneficiario de la subrogación, sin que se tenga en cuenta el gasto que realice cada una; Guilarte Gutiérrez, V., «Comentario…», ob. cit., p. 191, es partidario de valorar la concreta onerosidad que suponen las personas que están a cargo del futurible arrendatario, pues puede resultar más gravoso el mantenimiento de menos personas; Serrano Alonso, E., «Comentario…», ob. cit., p. 173, considera que en las cargas familiares no solo hay que incluir los desembolsos económicos, sino también las cargas propiamente personales, es decir, el número de personas a su cargo, el trabajo a realizar, la dificultad del mismo, etc.

3.3 **Notificación**

El apartado 3.º del artículo 16 de la LAU regula la forma y el plazo de la notificación del interesado en la subrogación al arrendador.

a) La forma debe ser por escrito, indicando la identidad del subrogado y el parentesco con el fallecido[59]. No se requiere fehaciencia, aunque si se exige se acredite que llegó a conocimiento del arrendador dentro del plazo de tres meses.

Debe acompañar los siguientes documentos: 1/ Certificado registral de defunción del arrendatario. Este documento acredita además del fallecimiento, la fecha del mismo. 2/ Certificado de identidad del subrogado, que puede acreditarse mediante el libro de familia, o extracto obtenido electrónicamente donde figuren los datos personales de los miembros de un mismo núcleo familiar, relacionados con su estado civil, o con certificados literales de nacimiento, matrimonio, etc., que acrediten el parentesco. 3/ Acreditativos de la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento: certificado de empadronamiento, aunque puede no ser suficiente, DNI, afiliación a Seguridad social, cuentas bancarias, certificado de administrador de la comunidad de propietarios, testifical, etc.

b) Plazo. Ha de llegar a conocimiento del arrendatario antes de tres meses a contar desde la muerte del arrendatario. La ley exige la recepción de la notificación antes de los tres meses, no la emisión de la notificación.

La falta de recepción por el arrendador de la notificación en el plazo de tres meses, produce la extinción del contrato de arrendamiento, salvo que el arrendador emita recibo a nombre del subrogado, pues esto acredita la aceptación de la subrogación o el arrendador tenga conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la

(59) Ver. STS, s.1º, núm. 343/2012, de 30 de mayo, STS, s.1ª, pleno nº 247/2013, de 22 de abril , STS, s.1ª núm. 664/2013, de 23 de octubre . En estas sentencias, ha venido entendiendo que, para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Criterio modificado por la STS, s.1ª, Pleno, nº 475/2018 de 20 de julio 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucan. Id Cendoj: 28079119912018100028. Roj: STS 2755/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2755. «Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe».

voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello, tal como, en una interpretación no rigorista de estos requisitos formales aplicando la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídicos (Arts. 1.4 y 7 CC), ha sentado la AP Barcelona, s.13, núm. 487/2024 de 11 de julio de 2024[60] y de la SAP Barcelona, s.4.ª de 21 de mayo 2024[61] que aplican el criterio de la STS, s.1.ª, pleno de 20 de julio de 2018[62]

¿A qué fecha se produce la extinción del contrato de arrendamiento? ¿a la de fallecimiento del arrendatario o cuando se cumple el plazo de tres meses desde la fecha de fallecimiento?

El inciso final del número tercero del artículo 16 de la LAU dispone que *«si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses».*

Del tenor literal de la norma se desprende que la extinción del contrato se producirá *ope legis* tres meses después del fallecimiento del arrendatario, si el arrendador no recibió notificación alguna de la subrogación.

Por ello, la ley considera deudoras solidarias del pago de la renta durante estos tres meses a todas aquellas personas que hubieren podido suceder al arrendatario, salvo que hayan renunciado a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento. Si no se produce la subrogación, el cobro es debido. Si se produce

---

(60) SAP Barcelona, s.13, núm. 487/ 2024 de 11 de julio de 2024. Ponente: Pilar Ledesma Ibañez. Id Cendoj: 08019370132024100454. Roj: SAP B 9387/2024 – ECLI: ES: APB:2024:9387. *«[…] la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC). Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.» Por lo tanto, en el estado actual de la cuestión, el TS propugna una interpretación no rigorista de los requisitos formales necesarios para la validez de la subrogación operada a favor de una persona que esté entre aquellas a las que la DT 2.ª de la LAU 1.994 reconoce y mantiene el derecho a subrogarse en el arrendamiento».*

(61) SAP Barcelona, s.4.ª núm. 341/2024 de 21 de mayo 2024. Ponente: Francisco de Paula Puig Blanes. Id Cendoj: 08019370042024100322. Roj: SAP B 5756/2024 – ECLI: ES: APB:2024:5756.

(62) STS, s.1.ª, Pleno, núm. 475/2018 de 20 de julio de 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán.

la subrogación en beneficiario diferente a quien pagó, el cobro por el arrendador es debido, debiendo quien se subroga reintegrar esa renta a la persona que pago al arrendador.

En definitiva, si se está incluido dentro de los posibles beneficiarios del artículo 16 de la LAU y se tiene claro la renuncia a continuar en el uso de la vivienda, lo aconsejable es la notificación por escrito de dicha renuncia desde el mismo momento del fallecimiento del arrendatario y siempre dentro del plazo de un mes, a fin de no resultar responsable solidario de la obligación del pago de la renta de los tres meses posteriores al fallecimiento.

Sensu contrario, habrá que entender que si todas las personas posibles beneficiarias según el artículo 16 de la LAU, renuncian a la subrogación, el arrendador ¿no podrán reclamar la renta de dicho mes o la misma deberá ser abonada por los herederos del arrendatario? En mi opinión deberían abonarlas los herederos del arrendatario.

Esta solidaridad que establece el artículo 16.3 se exige a todos los posibles beneficiarios mencionados en el artículo 16, aunque su derecho sea remoto o únicamente cuando existan personas dentro de un mismo grado. Si se sigue una interpretación literal del precepto, el mismo se refiere a *«todos los que pudiera suceder al arrendatario, salvo los que renuncien»*.

Guilarte Gutiérrez y Loscertales[(63)] no son partidarios de la aplicación literal del precepto, pues entienden que si solo puede subrogarse uno no habrá solidaridad, por ejemplo en el caso del cónyuge, siendo partidarios de interpretarlo en el sentido de estar obligado al pago de las rentas quien tenga facultad directa y preferente de subrogación, puesto que los posibles beneficiarios con un derecho remoto, dependen de la renuncia de los preferentes.

En el supuesto que el arrendador reciba varias notificaciones de subrogación, el artículo 16.3 *in fine* dispone: *«Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse»*.

Esto es, el arrendador podrá considerar deudores solidarios a todas las personas que manifestaron su voluntad de subrogarse en el contrato hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición de arrendatario fallecido.

(63) Guilarte Gutierrez, V. «Comentario…», ob. cit., p. 192. Loscertales Fuertes, D., «Comentario…», cit., p. 211.

3.4 **Efectos de la subrogación**

El beneficiario de la subrogación se coloca en el lugar del arrendatario causante. manteniéndose el contrato en todos sus términos hasta el vencimiento del contrato, sin que se indique un límite al número de subrogaciones posibles que puedan producirse durante el plazo contractual pactado o sus prórrogas según el artículo 10. Esto es, pueden producirse tantas subrogaciones como se produzcan hasta que acaezca el vencimiento contractual.

En el supuesto que no se produzca la subrogación, se producirá la extinción del arrendamiento, facultando al arrendador para desahuciar por precario a los ocupantes de la vivienda.

3.5 **Exclusión voluntaria de la misma**

El apartado 4.º del artículo 16 prevé la posibilidad de que las partes acuerden válidamente la exclusión del régimen de subrogación *mortis causa* cuando el plazo de duración inicial del contrato fuera superior a cinco años o siete años, si el arrendador es persona jurídica, pues no pueden excluirse durante los primeros cinco años o sus prórrogas con arreglo al artículo 10.

¿Cabría que las partes acordasen limitar el número de beneficiarios? Comparto la opinión de Lozano y J de Fuentes[64] de admitir la validez de este pacto de limitación del número de beneficiarios incluido en contratos de duración inicial superior a cinco años y cuando esta subrogación se produjera a partir del quinto año.

En el supuesto que no existan beneficiarios legales o que existiendo hubieran renunciado a sus derechos, se estima lícito el pacto realizado entre arrendador y arrendatario por el cual el derecho arrendaticio se traslade vía sucesoria a los herederos del arrendatario[65].

La última reforma operada por RD 7/2019 de 1 de marzo introdujo una excepción a este pacto de renuncia, impidiéndolo en personas que se

---

(64) Lozano, D., y De Fuentes, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Praxis, 1994, p. 178. La invalidez del pacto de alteración del orden de beneficiario es sostenida por Carrasco Perera, A, «Com. al artículo 16», ob. cit., pp. 542-543. «*El Derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que nace de la cabeza directa del beneficiario. Por esta razón es un derecho indisponible por el arrendatario, por vía de herencia o de legado, o por alteración del orden de subrogación. No se pierde por la renuncia a la herencia hecha por el beneficiario*».

(65) Carrasco Perera, A., «Com. al artículo 16», ob. cit., p. 544.

encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años[66].

4. CONCLUSIONES

El examen realizado de los artículos 12,15 y 16 de la LAU aplicables a contratos de arrendamiento de vivienda en el que el arrendatario es un único cónyuge o pareja de hecho, aconseja una reforma de los mismos a fin de evitar los problemas que se están produciendo en su aplicación y las diversas interpretaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia están realizando.

Las normas deben interpretarse conforme a la realidad social, según lo dispuesto en el artículo 3 del CC, y en esa realidad social ha de tenerse en cuenta, además de los problemas económicos, sociales, los graves problemas que presentan la duración de los procedimientos judiciales para recuperar la posesión de las viviendas. Es cierto que también deberá existir un equilibro entre la protección de los derechos de los arrendadores y de los arrendatarios en los contratos de arrendamiento de vivienda familiar, para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 39 de la CE.

La regulación vigente genera desequilibrios en la protección de ambas partes del contrato de arrendamiento de vivienda, así como inseguridad jurídica en su aplicación caso por caso, fomentando las ocupaciones ilegales sin pago de renta o merced, obligando a los propietarios a acudir a la vía judicial ejercitando acciones de desahucios por precario que tardan años en ser resueltas y sin que a cambio perciban renta por la ocupación durante la tramitación de dichos procedimientos.

El artículo 12 de la LAU regula la subrogación *inter vivos* en el contrato de arrendamiento de vivienda suscrito por un solo titular, cónyuge o miembro de pareja de hecho, en supuestos en que continúa vigente el matrimonio o la unión de hecho, esto es, cuando de forma unilateral el arrendatario titular del contrato desiste, no renueva o abandona de facto la vivienda familiar, produciéndose una situación de separación de hecho. En este precepto se han detectado varias problemáticas que deberían ser subsanadas en sucesivas reformas, que afectan a la comunicación del desistimiento o no renovación unilateral por el arrendatario titular del contrato. El precepto omite el sujeto destinatario de la misma: ¿arrendador?, ¿cónyuge del arrendador, administrador, representante del arrendador? Forma

(66) Jimenez Muñoz, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», ob. cit., p. 424.

de la comunicación del desistimiento o no renovación y si ha de ser fehaciente o no. ¿Habría que incluir a los hijos como beneficiarios de la norma?, ¿a los hijos menores o discapacitados o también a los hijos mayores? También sería deseable que el legislador optase por elegir entre subrogación potestativa para el beneficiario de la norma, subrogación ex lege imperativa o coarrendamiento y se detallen los efectos de la misma de forma expresa: ¿Hasta cuándo continúa vigente el arrendamiento para el primitivo titular, esto es *dies ad quem* de la extinción? ¿Cuándo comienza el *dies a quo* para considerar al conviviente del arrendatario titular del contrato? ¿Sería conveniente establecer presunciones *iuris tantum* para determinar los efectos de los silencios de las partes? ¿Habrá que presumir que el silencio del cónyuge conviviente implica aceptación de la subrogación o, al contrario, producirá la extinción del arrendamiento? ¿Podría incluirse en los contratos de arrendamiento de vivienda cláusulas penales para supuestos de no entrega de la posesión de la vivienda arrendada en el momento de extinción del contrato de arrendamiento a fin de evitar que el arrendador sea la parte perjudicada por las crisis producidas en las relaciones familiares? ¿Habría que modificar los procedimientos de la LEC para agilizar la recuperación por parte del arrendador de la vivienda arrendada?

El artículo 15 de la LAU ha optado por establecer una subrogación *inter vivos* en los supuestos de nulidad, separación judicial y divorcio. La redacción actual de dicho precepto presenta problemas como se han destacado en el presente trabajo. ¿Qué significa atribución del uso de la vivienda arrendada de forma permanente? ¿quiere significar que se refiere a la atribución del uso de la vivienda realizada en sentencia definitiva y no en medidas provisionales? Debería analizarse si conviene incluir la atribución del uso de la vivienda familiar en convenios reguladores de mutuo acuerdo desde el momento de la firma del mismo o ha de esperarse al inicio del *dies a quo* de la subrogación a la fecha de la sentencia que homologa el convenio o se mantiene la vigencia del contrato de arrendamiento con el anterior titular hasta sentencia definitiva que declare la nulidad, separación judicial o divorcio. Habría que modificar el artículo 15 incluyendo resolución judicial, Decreto del letrado de la administración de justicia o escritura pública notarial añadiendo si se refiere a definitiva que declara la nulidad, separación judicial o divorcio, indicando explícitamente los efectos en los supuestos de atribución judicial del uso de la vivienda realizada en medidas provisionales. ¿Se aplica el artículo 12 de la LAU o el artículo 15? ¿O es conveniente adoptar la misma solución en ambos supuestos? ¿Qué efectos se atribuyen a la falta de comunicación al arrendador por parte del cónyuge del arrendatario? ¿Sería conveniente contemplar que la comunicación de la atribución del uso de la vivienda la puede realizar también el cónyuge arrendatario titular del contrato o el

juzgado, a instancia de las partes? La falta de comunicación por parte del beneficiario de la norma al arrendador ¿tendría por efecto la extinción del contrato? ¿Quedaría obligado el arrendatario titular al abono de todas las rentas durante la vigencia del contrato, aunque no use la vivienda, sin perjuicio de las relaciones internas entre los cónyuge o ex cónyuges? ¿Podrían admitirse cláusulas penales pactadas en los contratos de arrendamientos de vivienda para los supuestos de no entrega de la posesión de la vivienda arrendada en el momento de extinción del arrendamiento? ¿Habría que incluir expresamente como beneficiarios de la norma a las parejas de hecho a quienes se refieren los artículos 12 y 16 de la LAU? ¿Habría que ampliar el ámbito de los beneficiarios a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales? ¿a hijos menores y discapacitados o también a hijos mayores de edad? Todos estos problemas deberán ser analizados y buscar la solución más acorde con el ordenamiento jurídico y la realidad social.

En materia de subrogación *mortis causa* regulada en el artículo 16 de la LAU, también se precisa de una nueva reforma que afecte a los beneficiarios, el orden de prelación, el *dies a quo* de la subrogación, quien debe abonar las rentas desde la muerte hasta el día que se inicia la subrogación, el día en que se produce la extinción del contrato de arrendamiento, los problemas que se detectan respecto a la solidaridad en el pago de las rentas, la forma y los efectos de la falta de notificación de la muerte y de la subrogación, así como las demás cuestiones que se detallan en el presente trabajo.

Todo lo anterior, evidencia la necesidad de una urgente reforma de estos tres artículos a fin de resolver los problemas que en la actualidad vienen padeciendo las familias y los arrendadores.

BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perera, A., «Com. artículo 12 LAU», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020.

— «Com. artículo 15 LAU» en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020.

Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de derecho de familia,* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas). Vol. III, 1.ª ed. Pamplona, 2011, pp. 275-442.

— «El régimen jurídico de la vivienda familiar» en *Tratado de derecho de familia*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas) Vol. III, 2.ª ed. Pamplona, 2017, pp. 287-492.

Gallego Dominguez, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333.

González Porras, J. M., «Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario», *Revista Jurídica Sepin*, núm. 153, noviembre 1995.

Guilarte Gutiérrez, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Arrendamientos urbanos, Vol. I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

— «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU», *Aranzadi civil*, núm. 3, 1998, pp. 65-96.

Hidalgo García, S., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., dirigidos por Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 1994.

Jimenez Muñoz, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 19, agosto 2023, pp. 414-445.

Loscertales Fuertes, D., *Arrendamientos urbanos. Legislación y comentarios*, 10.ª ed., Sepin, Madrid, 2018.

Lozano, D., y De Fuentes, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Praxis, 1994.

Martín Contreras, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.ª ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019.

Pérez Ureña, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, coordinado por De Andrés Irazabal, C y Hernández Catalán, Asociación española de abogados de familia, 2003, pp. 495-510.

Quesada Gonzáles M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998.

Serrano Alonso, E., «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O´Callaghan, X, Madrid, 1995.

Verdera Server, R., *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,1997.

D.2 El contrato de alimentos *

María José Azaustre Fernández
Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Oviedo
azaustremaria@uniovi.es

Resumen: *El contrato de alimentos y otras figuras análogas ponen a disposición de los particulares una posible solución para atender, entre otras, a las necesidades de vivienda, junto a las de manutención o asistencia de todo tipo; solución que es utilizada, fundamentalmente, por personas de edad avanzada o en favor de quienes se encuentran en situación de discapacidad. En este trabajo se analizan los principales problemas que, en la práctica diaria de nuestros tribunales, se plantean a propósito de este contrato, prestando especial atención a aquellas cuestiones de algún modo relacionadas con la vivienda.*

Palabras clave: *contrato de alimentos, incumplimiento, simulación, vivienda.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) y del que es investigadora principal Matilde Cuena Casas.

Abstract: *The maintenance contract and other similar contracts provide individuals with a possible solution to meet, among others, their housing needs, together with those of maintenance or assistance of all kinds; a solution used, mainly, by elderly people or in favour of those who are in a situation of disability. This paper analyses the main problems that arise in the daily practice of our courts regarding this contract, paying special attention to those issues in some way connected with housing.*

Keywords: *Maintenance contract, non-compliance, simulation, housing.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El régimen jurídico del contrato de alimentos. 3. Principales cuestiones litigiosas. 3.1 Falta de capacidad del cedente o vicio del consentimiento. 3.2 Simulación contractual o ilicitud de la causa. 3.3 El incumplimiento de las obligaciones del alimentante. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los expedientes previstos por el ordenamiento jurídico para atender a las necesidades, entre ellas las de vivienda, de personas mayores o en situación de discapacidad –aunque no restringido únicamente a estos colectivos–, consiste en la transmisión de un capital a cambio de la obligación, asumida por la otra parte, de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo durante su vida (art. 1791 CC). Se trata del contrato de alimentos, antes conocido como contrato de vitalicio o de cesión de bienes por alimentos.

En el desarrollo de este contrato, es fundamental prestar atención a la «vivienda» del alimentista. En primer lugar, porque muchas veces el móvil que le lleva a la celebración del contrato es el deseo, o bien de obtener una vivienda, si él no la tiene[(1)] (a cambio, por ejemplo, de la cesión de unas fincas) –lo que motiva la elección de un concreto alimentante–, o bien el de vivir acompañado, o en familia[(2)], o incluso «de poder morir en compañía en la que es y ha sido su vivienda habitual toda su vida, sin tener que trasladarse al domicilio de otra persona o a alguna residencia»[(3)].

(1) Calaza López (2019), p. 146. Es el caso recogido en la SAP Islas Baleares 501/2004 (Sección 3.ª) de 12 de noviembre (JUR 2004, 312572).

(2) SAP Lugo 750/1996, de 4 de diciembre (AC 1996\2266): «la particularidad de los vitalicios es la de vivir "en familia", es decir la de la prestación de asistencia, atención y cuidado y sobre todo cariño a la persona acogida…».

(3) SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 noviembre (JUR\2015\55042) F. D. 3.º

En muchos casos el cumplimiento de la obligación va a conllevar la convivencia de alimentista y del alimentante en una misma vivienda, aunque la convivencia no es necesariamente un elemento esencial del contrato, precisándose para ello pacto expreso.

Desde el punto de vista del contenido del contrato, una de las obligaciones del alimentante, conforme al citado 1791 CC es, precisamente, la de proporcionar «*vivienda*, manutención y asistencia de todo tipo». Por su parte, el artículo 148 de la Compilación de Derecho Foral de Galicia dispone que «la prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la *habitación*, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes…». Por último, el artículo 624-8 del Código Civil de Cataluña establece como contenido típico del contrato de alimentos, salvo que se haya pactado otro distinto, la obligación de prestar *alojamiento*, manutención y todo tipo de asistencia y cuidado a una persona durante su vida.

Y finalmente, desde el punto de vista del objeto, puede comprobarse cómo, con frecuencia, el objeto de la cesión es, precisamente, una vivienda, a menudo la habitual del cedente[4], tratándose del único o principal bien de su patrimonio[5].

El propósito de estas páginas no es el de realizar un análisis exhaustivo de este contrato, sino más bien de sintetizar los aspectos básicos de su régimen jurídico haciendo hincapié en aquellas cuestiones de algún modo relacionadas con la vivienda, para destacar después cuáles son los aspectos más conflictivos del contrato, según se deduce del examen de los pronunciamientos de nuestros tribunales.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

El contrato de alimentos ha sido atípico en el Derecho civil común hasta la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de pro-

(4) STS 822/2021 de 30 noviembre (RJ\2021\5663); SAP Tarragona 114/2004 (Sección 3.ª) de 30 de octubre (JUR 2005, 104866); SAP de Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446) SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 382/2014 de 14 noviembre (JUR 2015\46427).

(5) Extremo destacado, entre otros, por Florit Fernández (2015) p. 3 y Calaza López (2016), p. 3. Así ocurre, en efecto, en los supuestos de hecho contemplados en las sentencias de la SAP Valencia (Sección 6.ª) 20/2022 de 21 de enero; SAP (Sección 4.ª) de las Islas Baleares (Sección 4.ª) núm. 371/2020 de 11 septiembre (JUR\2020\330077)– aquí también había unas plazas de garaje–, entre otras. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 159/2019 de 14 marzo (RJ\2019\935) el matrimonio cedente era propietario de dos viviendas, pero carecían de importe en efectivo suficiente para cubrir sus necesidades diarias. También se transmiten dos viviendas en la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC\2015\792.

tección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que da nuevo contenido a los artículos 1791-1798 CC. Con anterioridad, ya se admitía jurisprudencial y doctrinalmente como un contrato innominado, bajo la denominación de vitalicio. No es este el lugar de indagar sobre los antecedentes de la figura, referidos con detalle en la STS (Sala de lo Civil) 683/2002, de 9 de julio (RJ 2002, 5904), ampliamente reproducida en resoluciones posteriores[6]. Algunos autores apuntan a la existencia de equivalentes funcionales de este contrato incluso en algunos pactos y estipulaciones que encontraban cabida en el Derecho romano[7].

Actualmente, en Cataluña se contempla esta figura en los artículos 624-8 a 624-11 del Código Civil de Cataluña –sin perjuicio de su existencia en el derecho consuetudinario anterior–. De mayor tradición resultaba la figura en Galicia, donde ya mereció regulación bajo el artículo 95 la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, estando contemplado a día de hoy en los artículos 147 a 156 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

En cuanto a sus caracteres, se señala de manera pacífica que se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, personalísimo y aleatorio. La concurrencia o la falta de aleatoriedad en el caso concreto planteado es una de las cuestiones a las que frecuentemente se enfrentan nuestros tribunales a propósito de este contrato.

En relación con este problema, la reciente STS (Sala de lo Civil) 614/2025, de 19 de febrero (JUR\2025\23327) indica que no cabe la aplicación analógica del artículo 1804 CC, en el que se establece la nulidad de la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. El principal argumento del Tribunal es que el legislador de 2003 reguló ex novo el contrato de alimentos, por lo que si, teniendo ocasión de introducir una previsión similar a la del citado precepto no lo hizo, no cabe apreciar la existencia de una laguna legal que requiera la aplicación analógica de una norma prevista para otro

(6) En dicha sentencia, tras referirse a figuras similares al contrato de alimentos en el Derecho comparado (como el arrendamiento *a nourriture* y el contrato *d'entretien viager* en Francia, el derecho de *altenteil* en Alemania y la *zádruga* en Yugoslavia), la sentencia afirma que se pueden encontrar en nuestro país similitudes entre esta figura y determinadas instituciones forales como la «dación personal», institución consuetudinaria del Alto Aragón; la «pensión alimenticia» de Cataluña «ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito»; y en el artículo 95 de la Ley 4/1995 (LG 2006, 218, 312), de Derecho Civil de Galicia.

(7) Calaza López (*RGDR*, 2018), pp. 11ss.; *Idem* (2019), pp. 21 ss.; Baamonde Méndez (*RGDR*, 2021), p. 23 ss.

contrato. En el supuesto en cuestión, en el que el fallecimiento de la cedente se produjo tan solo dos días después de la celebración del contrato, se descarta que el cesionario tuviera conocimiento entonces de la inminencia del fallecimiento, por lo que enmarca lo ocurrido dentro del factor de incertidumbre de cualquier contrato aleatorio. Finalmente, recuerda el Alto Tribunal que, aun de haberse probado una conducta dolosa por parte del cesionario, el efecto habría sido el de la nulidad del contrato de alimentos por falta de causa ex arts. 1261.3 y 1275 CC, resultando improcedente la aplicación analógica del art. 1804 del mismo cuerpo legal.

Sus elementos personales son: el cedente –persona que transmite el capital–; el alimentista –persona beneficiaria de la prestación de alimentos–, que podrá o no coincidir con el cedente (el ejemplo típico sería, quizá, el de unos padres que ceden bienes o derechos a cambio de que se presten alimentos en favor de su hijo discapacitado) y el alimentante o deudor de alimentos, que podrá ser una persona física o jurídica, posibilidad esta última admitida por la doctrina mayoritaria[8]. Así, pueden encontrarse contratos de alimentos en los que se cede un bien, normalmente una vivienda, a una residencia de ancianos a cambio, por ejemplo, «de habitación individual con cuarto de baño, asistencia médica, alimentos y medicinas durante toda su vida, en dicha residencia»[9]. Para algunos autores, sería recomendable la existencia de un control respecto a las personas jurídicas que prestan alimentos a cambio de recibir un capital[10].

Como es natural, puede haber varios alimentistas y/o varios alimentantes; en este segundo caso, se ha señalado que, en defecto de pacto, y dada la interpretación jurisprudencial del 1.137 CC, la peculiar naturaleza del contrato y el interés de los alimentistas, reclaman el carácter solidario de esta obligación[11], por otra parte expresamente prevista en el artículo 142.8 LDCG.

El contrato de alimentos puede celebrarse, como han señalado reiteradamente los tribunales, por personas entre las que existe la obligación legal de alimentos[12].

Señala el CC que el bien cedido será «un capital en cualquier clase de bienes y derechos»; por tanto, podrá tratarse de bienes muebles o inmue-

---

(8) Martínez Ortega (2007), p. 29; Lete Achirica (2010), p. 1940; Mesa Marrero (2012), p. 88; Berenguer Albaladejo (2012), p. 353; Calaza López (2019), p. 189; Santos Morón (2023), p. 7938. Con relación al Derecho catalán, *vid*. Bosch Carrera (2018), p. 542 ss.

(9) SAP Madrid (Sección 14.ª) 168/2017 de 24 de mayo (JUR 2017\203552).

(10) Bosch Carrrera (2018), p. 543.

(11) Martínez Ortega (2007), p. 36; Echevarría de Rada (2011), p. 47; Lete Achirica (2010), p. 1940; Santos Morón (2023), p. 7939.

(12) *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8708).

bles –incluso un capital, aunque esto no sea lo habitual[13]–. Muchas veces se tratará de una vivienda, tal y como se indicaba en el apartado precedente. La cesión podrá consistir en la transmisión del pleno dominio o de la nuda propiedad, reservándose el cedente el usufructo[14].

En otro orden de cosas, la protección de la vivienda familiar exigirá que, cuando la misma vaya a ser objeto de la cesión a cambio de alimentos, se requiera el consentimiento del otro cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial[15], por aplicación del artículo 1.320 CC, 231-9 CCCat, 190 del Código de Derecho Foral de Aragón, ley 81 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y artículo 4.3 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Se trata de un contrato para el que ni el Código civil, ni el Código civil catalán, establecen requisitos de forma. Compartimos la opinión de aquellos autores[16] que consideran que una mayor protección a los alimentistas, que serán personas probablemente en alguna situación de vulnerabilidad o necesidad –no necesariamente económica– justificaría que el legislador estableciese la obligatoriedad del documento público, como ocurre en el Derecho gallego (art. 150 de la LDCG).

Por lo que se refiere a las obligaciones de las partes, el cedente se compromete a transmitir los bienes que se hayan acordado, respondiendo en caso de evicción o de vicios ocultos. En cuanto al alimentante, suele afirmarse que su prestación es mixta, de dar y hacer, pues, por un lado, debe proporcionar vivienda y manutención –lo que implica la entrega de dinero o de bienes– y de otro, prestarle asistencia «de todo tipo», como indica el artículo 1791 CC, lo que da pie a entender también incluidos los cuidados afectivos, por lo demás expresamente mencionados en el artículo 148 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, por lo que, al menos en dicho territorio, habrán de considerarse como elemento esencial del contrato[17].

La extensión y calidad de la prestación de alimentos, por mandato del artículo 1793 CC, no dependerá ni de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal del alimentista[18], pero sí podrá variar en función de las necesidades de este último, dada la finalidad del

(13) Porque, como observa Martínez Ortega (2007), p. 27, no será posible su inscripción registral.

(14) Observa Nieto Alonso (1998), p. 212 que la posibilidad de ceder la nuda propiedad (lo que también sucede en la donación) es una de las diferencias entre el contrato de alimentos y la renta vitalicia, donde esto no sería posible (art. 1802 CC).

(15) STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal) 26/1999 de 4 octubre (RJ\2000\749); STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) 31/2000 de 15 de diciembre (RJ 2001/4332).

(16) Echevarría de Rada (2011), pp. 81 y 86; Berenguer Albadalejo (2012), p. 398; Florit Fernández (*AC*, 2015), p. 51; Bosch Carrera (2018), p. 547; Calaza López (2019), p. 177 ss., etc.

(17) Espin Alba (2024), p. 324; Calaza López (2019), p. 48.

(18) Por ello no se extingue por las causas 2.ª a 5.ª previstas en el artículo 152 CC para la obligación legal de alimentos.

contrato[19]; a diferencia de la obligación legal de alimentos, que tiene como presupuesto para concretar la cuantía de la prestación el estado de necesidad del acreedor de alimentos.

Como señala Echevarría de Rada[20], la obligación de proporcionar vivienda puede cumplirse de distintas formas: en el domicilio del alimentante, o en una vivienda de su propiedad proporcionada al alimentista, o puede ocurrir que este permanezca en la propia vivienda cedida. Ahora bien, no es imprescindible la convivencia de ambos sujetos, salvo pacto expreso. Insiste la doctrina en recomendar que en el contrato se estipule claramente dónde se establecerá la vivienda del alimentista y cumplirá la obligación alimenticia[21], e incluso las condiciones de habitabilidad mínimas exigidas por el cedente[22].

En cualquier caso, la vivienda que ha de proporcionarse al alimentista, como subraya Calaza López[23], ha de ser «digna y adecuada, de las características especificadas en el contrato, en su caso, en cuanto a superficie, distribución, practicidad, accesibilidad, lugar de situación etc.» Algunos litigios surgen, precisamente, para determinar si en el caso concreto las obras de adaptación de vivienda eran o no objeto del contrato de alimentos[24]. También se hacen, en ocasiones, reclamaciones por el importe de las obras realizadas en la vivienda en casos de resolución del contrato[25].

Para el caso de muerte del alimentante o de la concurrencia de una circunstancia grave que impida la convivencia pacífica entre las partes, el artículo 1792 CC prevé la conversión del contrato de alimentos en una pensión o renta periódica en metálico. De este modo, se ha considerado que incumple sus obligaciones el alimentante que, ante la concurrencia de circunstancias que dan lugar a una imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la prestación alimenticia en especie, por haberse agriado las relaciones entre alimentista y alimentante, no expresa su voluntad de cumplir el contrato en la forma que pudieran acordar ambos contratantes o, al menos, haber ofrecido en tiempo y forma el pago de una cantidad dineraria en sustitución de su obligación de hacer[26].

El CC no contempla la posibilidad de desistimiento unilateral, pero no excluye que pueda pactarse[27]; tampoco es contemplado por el CCCat[28].

---

(19) Entre otros, Mesa Marrero (2009), p. 100; Lete Achirica (2010), p. 1943.
(20) Echevarría de Rada (2011), p. 98.
(21) Martínez Ortega (2007), p. 29; Calaza López (2016), p. 10.
(22) Martínez Ortega (2007), p. 39.
(23) Calaza López (2016), p. 10.
(24) STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal) 26/1999 de 4 octubre (RJ\2000\749).
(25) AP de Islas Baleares (Sección 5.ª) 432/1999 de 23 junio (AC\1999\7876).
(26) AP de Islas Baleares (Sección 3.ª) 298/2014 de 17 octubre (AC 2014\2001).
(27) STS (Sala 1.ª) 617/2017 de 20 noviembre (RJ 2017\5099).
(28) A diferencia, como observa Bosch Carrera (2018), p. 565, de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre de acogida de personas mayores en Cataluña (hoy derogada), que incluía la voluntad de

Sí lo recogen expresamente los artículos 152 y 153 de la Ley de Derecho civil gallega, permitiendo a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido. A quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia.

Por último, se trata de un contrato en el que, para la protección de los derechos del alimentista, resulta recomendable el establecimiento de garantías, por ejemplo, la condición resolutoria expresa, la prohibición de disponer, constitución de hipoteca en garantía de la obligación de alimentos. Incluso se ha propuesto introducir en los contratos cláusulas en las que se otorgue al alimentista un derecho de consolidación de los alimentos percibidos[29].

La fiscalidad de la figura ha sido muy criticada[30], resultando necesario un tratamiento fiscal más acorde con su finalidad asistencial[31].

3. PRINCIPALES CUESTIONES LITIGIOSAS

Algunas cuestiones que se pueden plantear en la práctica son las discrepancias a la hora de la calificación de un contrato[32]; o incluso la

---

una de las partes como causa de extinción en su artículo 5.1.c). Por tanto, solo será posible el desistimiento unilateral del contrato de alimentos si se ha pactado en el contrato.

(29) Martínez Ortega, 2007, p. 52.

(30) Como sintetiza Calaza López (2019), p. 337, del contrato surgen tres tributaciones: una a cargo del cedente por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 8 del TRTPAJD) y dos a cargo del cesionario alimentante, que inicialmente habrá de pagar por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 7 del TRTPAJD) y otra por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la parte que se manifieste el desequilibrio de las contraprestaciones (art. 59 RD 1629/91, de 8 de noviembre); con independencia de la tributación adicional que derivaría del establecimiento de una condición resolutoria explícita.

(31) Espín López (2024), p. 309; Calaza López (2019), p. 156; Martínez Ortega (2007), quien entiende que en los contratos de alimentos celebrados a favor de una persona anciana (mayor de 65 años) sería justo y razonable que fiscalmente tuviese exenciones o beneficios fiscales, recordando la legislación sobre hipoteca inversa. Para Bosch Carrera (2018), p. 539 «la fiscalidad de este contrato es tan absurda que debería hacer enrojecer al propio legislador».

(32) Por ejemplo, el pacto por el que una de las partes se comprometía a hacerse cargo y cuidado de la otra «cuando se vea imposibilitada de realizar sus quehaceres cotidianos (tanto físico y mentales) «hasta los últimos días de su existencia» a cambio de la cesión del uso de la vivienda de su propiedad y el abono de 400 € mensuales, además del pago de «los servicios de agua, luz e internet, el IBI que pesan sobre el inmueble» fue calificado de precario por la parte actora y de comodato por la demandada; la sentencia de instancia, con un criterio meramente descriptivo, entendió que se trataba de «un contrato de prestación de servicios entre las partes en el que se acuerda que parte de la contraprestación que el actor debe abonar consiste en la atribución del uso de la vivienda». Finalmente, la SAP. de Tarragona (Sección 3.ª) 255/2024 de 25 de abril **(**JUR 2024\188781) lo calificó como contrato de alimentos.

prueba de la existencia misma del contrato[33], lo que deriva, fundamentalmente, de la inexistencia de requisito formal alguno, salvo en la Ley del Derecho Civil de Galicia[34], cuestión, como se indicó, bastante criticable.

Otros problemas pueden derivar de la falta de poder de disposición del cedente. Así, por ejemplo, si el bien cedido tiene carácter ganancial, es preciso el concurso de ambos cónyuges[35]. Pendiente de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge viudo tampoco puede disponer, a través de un contrato de alimentos, de la mitad indivisa de los bienes que integran el acervo común[36].

Sin embargo, el examen de sentencias y autos de nuestros tribunales revela que la litigiosidad derivada del contrato de alimentos gira, fundamentalmente, en torno a tres tipos de problemas, que, en no pocas ocasiones, se plantean concatenados en una misma demanda, como peticiones subsidiarias. Un ejemplo típico lo ofrece la SAP de Burgos de 9 de abril de 2013[37]: en primer lugar, se pide la anulación del contrato por falta de capacidad del cedente; subsidiariamente, se solicita su nulidad por causa ilícita, al considerarlo celebrado con el propósito de dañar los derechos de los herederos y, finalmente, se pide, también de manera subsidiaria, la resolución por incumplimiento, con la alegación de que el alimentante no cumplió con las obligaciones que le incumbían. En otras ocasiones, la última de las peticiones subsidiarias es la de que, en caso de haber considerado el tribunal que existió una donación encubierta válida y eficaz, se traigan los bienes cedidos a la masa hereditaria para computar su valor en la regulación de las legítimas y se proceda, en su caso, a la reducción en lo que pueda perjudicarlas[38].

---

(33) SAP Sta. Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) 241/2007 de 11 de julio (JUR 2007\347924); SAP de Murcia (Sección 3.ª) 356/1998 de 3 diciembre (JUR\1999\31026); AP Pontevedra (Sección 6.ª), 521/2017 de 14 noviembre.

(34) Efectivamente, su artículo 150 exige que el contrato de vitalicio se formalice en escritura pública para tener efectos frente a terceros. La SAP Lugo (Sección 1.ª) 259/2020 de 21 mayo (JUR 2020\185158) declara la validez de un contrato de vitalicio celebrado mediante pacto verbal en los años 60, con anterioridad, por tanto, a la regulación del vitalicio gallego de 1995. Admite, incluso, que en algunos casos una posible forma verbal pudiera venir dada por un pacto tácito de carácter consuetudinario por el cuidado de enfermos o personas mayores.

(35) Martínez Ortega (2007), p. 38; Calaza López (2016), p. 5.

(36) Para la SAP Orense (Sección 2.ª) de 15 octubre 2002 (AC 2002\1502) tal acto dispositivo es radicalmente nulo, por falta de objeto (1261-2.º CC).

(37) SAP de Burgos (Sección 2.ª) 98/2013 de 9 abril (JUR\2013\251874).

(38) STS (Sala 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ 2022\947). El Alto Tribunal consideró aquí que la voluntad de los otorgantes era que el hijo recibiera los bienes del padre sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios.

3.1 **Falta de capacidad del cedente o vicio del consentimiento**

Puesto que en la mayor parte de los casos los cedentes son personas de edad avanzada, es relativamente frecuente que los herederos que, como consecuencia del contrato de alimentos, ven defraudadas de alguna manera sus expectativas sucesorias, impugnen el contrato alegando falta de capacidad del causante en el momento del otorgamiento. En este sentido, Calaza López[39] recomienda que el alimentista, cuando celebre este contrato, se haga con el dictamen de un facultativo que acredite que su salud es «buena», para prevenir futuras impugnaciones.

La carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte que alega la existencia de vicio del consentimiento[40], según las normas generales sobre carga de la prueba (art. 217 LEC) y de reiterada jurisprudencia, según la cual la capacidad de las personas se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario[41].

Suele jugar en favor de la presunción de capacidad el hecho de que la intención del cedente de transmitir los bienes ya se hubiera expresado con anterioridad al otorgamiento del contrato[42]. En cambio, no suele concederse mucho valor a los informes médicos posteriores al momento del otorgamiento[43].

En algunos casos, tras el contrato de alimentos existe un auténtico delito de estafa, en el que el cesionario de los bienes, aprovechándose de su situación de superioridad respecto al cedente, le induce a la celebración de este contrato[44] hasta privarle de todo su patrimonio. En alguno

---

(39) Calaza López (2019), p. 144.

(40) No consideraron acreditada la falta de capacidad de los alimentistas, la SAP Las Palmas (Sección 5.ª), 147/2014 de 31 marzo (JUR 2014\147032) o la SAP Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 enero (AC 2016\225), por ejemplo.

(41) La destrucción de la presunción de capacidad para se entendió acreditada, en relación con el contrato de alimentos, por ejemplo, en la SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) 223/2020 de 4 junio (JUR\2020\218405), en primer lugar, por la incapacidad de la cedente de firmar la escritura notarial de cesión, debiendo estampar su huella, circunstancia que entiende el Tribunal, en unión a otros indicios –las declaraciones de testigos sin interés en el pleito y la declaración de un neurólogo que valoró a la cedente tan solo ocho días *antes* del otorgamiento– no se debió a un impedimento físico (por otra parte, no reseñado en la escritura). También apreció falta de capacidad la SAP de Ourense (Sección 1.ª) 68/2021 de 17 febrero (JUR\2021\121943), en base a informes médicos anteriores, proceso de incapacitación iniciado poco después de la fecha que aparecía en el supuesto documento privado de cesión de bienes por alimentos o la SAP Pontevedra (Sección 6.ª), 223/2020 de 4 junio. (JUR 2020\218405), en virtud de la prueba testifical y pericial médica practicadas.

(42) SAP Islas Baleares (Sección 4.ª) 371/2020 de 11 septiembre, F. D. 5.º En el caso contemplado por la SAP de Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 de enero AC\2016\225, dicha intención se había mantenido durante años. Tampoco se estima la alegación de falta de capacidad en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero RJ\2022\947.

(43) SAP Islas Baleares (Sección 4.ª) 371/2020 de 11 septiembre.

(44) Se aprecia delito de estafa en la SAP de Murcia (Sección 1.ª) 14/2005 de 28 abril ARP\2005\597: aprovechándose de la edad del cedente (82 años) y su estado de tristeza por el fa-

de los casos el condenado por estafa era administrador de la residencia geriátrica en la que residía la víctima; a estos efectos, hay que tener en cuenta que, siendo el contrato de alimentos un negocio jurídico *inter vivos*, no le alcanza la prohibición del 752 párrafo 2.º CC, que establece la nulidad de las disposiciones hechas por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas, así como la de las disposiciones realizadas a favor de los citados establecimientos.

3.2 **Simulación contractual e ilicitud de la causa**

En principio, tal y como destacan algunos autores[45] la celebración de un contrato de alimentos no tendría por qué contravenir los derechos de los legitimarios, por cuanto, «tratándose de un contrato oneroso la existencia de legítimas carece de relevancia, pues la disposición patrimonial que a través del mismo se efectúa no vulnera lo dispuesto en el artículo 636 CC, ni concurre la obligación de colacionar, ni puede reputarse inoficiosa, cualquiera que sea la cuantía de los bienes cedidos al no tratarse de un acto de disposición a título gratuito»[46]. En este sentido, y para evitar que los herederos instituidos sufran impugnaciones futuras, incluso se ha llegado a proponer la celebración de estos contratos como alternativa a la desheredación[47].

Ahora bien, también es cierto que, en no pocas ocasiones, el contrato de alimentos se contempla en la práctica bajo la sombra de la sospecha de

---

llecimiento de su esposa y sentimientos de soledad, los acusados comenzaron a prestar atenciones y cuidados, ofreciéndole una habitación en su pensión para que viviera allí y prometiéndole que lo iban a atender mientras viviera, ganándose su confianza, hasta conseguir que firmara una serie de documentos donde reconocía un contrato de alimentos, además de convertirle en autorizados en sus cuentas bancarias, que posteriormente vaciaron e inducirle a otorgar testamento ológrafo en su favor; en la STSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 30/2024 de 7 marzo (JUR\2024\118992), donde se condena al apoderado de una residencia geriátrica que consigue que, el perjudicado, declarado incapaz, le otorgue poder general de facultades amplísimas, pocos días después de la firma de un documento privado por el que el acusado se compromete a cuidarlo y prestarle alimentos en la residencia a cambio de dos fincas valoradas en 33.000 euros, siendo evidente que los alimentos al cedente ya estaban garantizados por el contrato de estancia en la residencia geriátrica, induciéndole además a otorgar testamento en el que le instituye heredero universal y en la SAP de Islas Baleares (Sección 1.ª) 75/2018 de 9 julio (JUR\2018\264977), que condena al director de una sucursal bancaria que, apercibiéndose del deterioro mental de una clienta habitual de la oficina, que le dificultaba la comprensión clara del alcance de sus actos, se ganó su confianza y la convenció de que, a cambio de cuidarla y ayudarla en la gestión de actividad diaria le permitiese disponer de sus bienes con la intención de lucrarse con ellos.

(45) Calaza López (2019), p. 131; Vela Sánchez (*ADC,* 2023) pp. 993 ss.

(46) SAP Pontevedra (Sección 2.ª) 172/2001 de 1 junio (JUR 2001\258985).

(47) Vela Sánchez (*ADC,* 2023), p. 997.

simulación. Muchas veces, el contrato de alimentos queda encubierto bajo la apariencia de una compraventa, fundamentalmente, como pone de manifiesto Calaza López[48], por motivos fiscales–. Otras veces, es el contrato de alimentos el que encubre una donación, eventualmente realizada con el propósito de defraudar los derechos de los legitimarios o de los acreedores, hasta el punto de afirmarse, en algunas resoluciones judiciales, que este contrato «se ha vuelto frecuente, hasta el extremo de ser utilizado efectivamente de manera fraudulenta para atacar la intangibilidad de la legítima»[49]. En estos casos, los legitimarios siempre podrán impugnarlo, demostrando la falta de aleatoriedad, onerosidad o de bilateralidad. De hecho, tales impugnaciones en el marco del contrato de alimentos resultan relativamente frecuentes.

No obstante, hay que observar desde el punto de vista del *onus probandi* que, si una disposición testamentaria que contiene la desheredación resulta impugnada, corresponde la carga de la prueba de la concurrencia de la justa causa de desheredación a los herederos instituidos, si el desheredado la niega (850 CC). Frente a ello, en las impugnaciones de los contratos de alimentos por simulación, falta de causa o su ilicitud, encubrimiento de una donación inoficiosa, etc. la carga de la prueba de dichas circunstancias va a recaer en el legitimario que impugna.

Para apreciar la existencia de un contrato de alimentos válido la doctrina suele fijarse en la existencia contraprestación[50] –o del cumplimiento de la prestación de alimentos[51]– y de la presencia del riesgo inherente a los contratos onerosos[52], o al menos, como indica Echevarría de Rada[53], a la proporcionalidad entre cada uno de los elementos que integran ese riesgo.

La jurisprudencia, a su vez, viene señalando como indicios más relevantes de la presencia de una simulación contractual los siguientes:

1.º) *La falta de necesidad de llevar a cabo el contrato*, es decir, cuando el propósito contractual no justifica suficientemente la utilización del contrato de alimentos»[54]. De este modo, si el cedente tiene todas sus

(48) Calaza López (2019), p. 140.

(49) SAP de Segovia (Sección única) 114/2003, de 25 de julio (JUR 2003/241871).

(50) Santos Morón, M. J. (2023), p. 7937.

(51) Espín Alba (2024), p. 316.

(52) Martínez Ortega (2007), p. 37.

(53) De esta forma, la menor probabilidad de un resultado favorable para una de las partes habría de quedar compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener, de modo que si uno de los elementos que integran el riesgo falta, el riesgo desaparece, y el contrato de alimentos sería nulo (Echevarría de Rada, 2006, p. 3464).

(54) SAP de Santiago de Compostela (Sección 6.ª) 352/2015, de 2 de octubre. En este caso, se trataba de un alimentista –persona joven y sana– que cedía la propiedad de unos bienes a la alimentante, empleada del hogar, a cambio de la realización de labores como lavar y planchar la ropa,

necesidades cubiertas por tener bienes o ingresos suficientes, pensiones, ayuda a la dependencia, o un buen estado de salud, ausencia de necesidades asistenciales, etc., de modo que sea muy difícil prever que el alimentante tendrá que prestarle asistencia de algún tipo, los tribunales probablemente considerarán que en realidad el negocio que se quería realizar era otro[55].

No obstante, este indicio suele apreciarse en concurrencia con otros –singularmente el de la falta de realización efectiva de la prestación–, porque, como declara la SAP de Segovia de 12 de abril de 2017[56] no hace falta que la necesidad se dé en el momento del contrato, sino que este puede celebrarse en previsión de una necesidad futura, aunque como indica la SAP Oviedo de 13 de abril de 2023[57], tal necesidad haya de resultar con un grado de probabilidad razonable.

Y hay que tener en cuenta que, de la falta de necesidad de medios económicos no puede inferirse sin más la ausencia de onerosidad ni de causa, pues frecuentemente lo que pretende el cedente es, ante el temor a la soledad, asegurarse «la compañía, las atenciones, cuidados personales, asistencia y cariño sin tener que abandonar su casa de toda la vida»[58].

Tampoco la percepción de una pensión o la existencia de un seguro médico implican necesariamente la ausencia de necesidad por parte del alimentista, porque ello conduciría al absurdo de invalidar *ab initio* para realizar un contrato de cesión de bienes por alimentos a cualquier persona que percibiera una pensión y estuviera cubierta por un seguro médico privado o por la Seguridad Social[59].

2.º) *El parentesco próximo entre quienes intervienen en él.* Aunque es cuestión pacífica que el contrato puede ser realizado por

---

hacer la comida, la compra, limpiar, etc. Como observa Florit Fernández (*AC*, 2015), p. 45, para dicha relación contractual se debería haber celebrado un contrato de trabajo.

(55) Así, por ejemplo, en el asunto resuelto en SAP de Oviedo (Sección 4.ª) 216/2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221) se comprueba que los cedentes tenían cubiertas sus necesidades de habitación, al mantener el usufructo de los bienes cedidos, al igual que sus necesidades económicas, al contar con sus pensiones y otros ingresos, no constando, en cambio, la existencia de ingresos de la hija alimentista (al margen de que ella misma cobraba las rentas de un piso cuyo usufructo pertenecía a los padres). Se corrobora así el parecer del órgano de instancia en el sentido de que «lejos de ser la hija quien prestó los alimentos a sus padres, fueron estos los que procuraron la habitación y sustento de la primera».

(56) SAP de Segovia (Sección 1.ª) 87/2017 de 12 abril (AC\2017\654). En su F. D. 4.º insiste en la nota de aleatoriedad en el contrato de vitalicio, de modo que «no puede negarse la existencia de la causa en el caso de que la cedente no necesitara la contraprestación, o la necesitara menor por ser más precisos, en el momento en que contrató. La contraprestación recibida dependerá de la duración de la vida de la cedente y de sus circunstancias. Y esto no afecta a la existencia de causa.»

(57) SAP de Oviedo, (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril, (JUR 2023\266221) F. D. 3.º

(58) SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 noviembre (JUR\2015\55042), F. D. 3.º

(59) SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) 501/2004 de 12 de noviembre, (JUR 2004, 312572).

personas entre las que existe el deber de alimentos, sin embargo, es cierto que muchas veces se considera, como indica la SAP Huelva de 9 de marzo de 2022 (60), que los contratos de alimentos «deben ser examinados con cierto cuidado en aquellos supuestos en los que se constata que la cesión de bienes se hace en favor de quien, además, por su vinculación familiar directa, tiene ya de por sí una obligación legal de prestar alimentos».

3.º) *La privación de los derechos hereditarios*. Se suele tener en cuenta la existencia de una mala relación con los legitimarios que impugnan el contrato, lo que puede hacer presumir una intención de desheredarlo, sobre todo si el cedente transmite todo su patrimonio.

4.º) *La ausencia de prueba sobre la realidad de la contraprestación o la falta de proporcionalidad entre las prestaciones*, comparando lo irrisorio de la prestación que asume el alimentante, si se pone en relación con la importancia económica de los bienes cedidos (61), o, a veces también la falta de prueba de la convivencia, cuando esta se hubiere pactado. De todos los indicios que pueden llevar a apreciar la existencia de simulación, quizá precisamente este, el de la falta de la efectiva realización de las prestaciones objeto del contrato por parte del cesionario sea el que más se tiene en cuenta (62).

De este modo, no se considera acreditada la simulación si se demuestra, por ejemplo, que el alimentante prestó la asistencia y cuidados a los que se obligaba en el contrato, asumiendo los gastos necesarios para la atención y cuidado de la alimentista, cuya pensión no bastaba para cubrir todas sus necesidades (63); o si acredita que el cedente se fue a vivir a casa de la cesionaria durante años, durante los cuales esta le cuidó, asistió en su domicilio y en las sucesivas estancias hospitalarias, lo que no queda desvirtuado por la percepción de una pensión de jubilación ni la existencia de un seguro médico (64).

---

(60) SAP Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446), F. D.2.º

(61) TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ\2022\947).

(62) En igual sentido Serrano Chamorro (2005), p. 332.

(63) SAP de Valencia (Sección 6.ª) 20/2022 de 21 enero (JUR\2024\55095).

(64) SAP de las Islas Baleares (Sección 3.º) 501/2004 de 12 de noviembre. Tampoco consideraron probada la simulación, al acreditarse la realización de la prestación, entre otras, la SAP Lugo (Sección 1.ª) 359/2012 de 24 mayo (JUR 2012\199895); AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), sentencia núm. 339/2012 de 15 junio (AC 2012\1829); STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 40/2012 de 27 noviembre; SAP Las Palmas (Sección 4.ª) 204/2013 de 3 junio (JUR 2013\278892); SAP de Oviedo (Sección 6.ª) 244/2013, de 16 de septiembre; SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 382/2014 de 14 de noviembre (JUR\2015\46427); SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 de noviembre (JUR\2015\55042); SAP Toledo (Sección 1.ª) 170/2015 de 1 julio (JUR 2015\180891); SAP. de Segovia (Sección 1.ª) 87/2017 de 12 de abril (AC\2017\654); SAP Valencia (Sección 6.ª), 20/2022 de 21 enero (JUR 2024\55095).

En cambio, la demostración clara de que tales prestaciones no tuvieron lugar suele ser un indicio suficiente para declarar la nulidad del contrato[65].

Lo mismo ocurre cuando se constata la ausencia de una auténtica voluntad de cuidar por parte del alimentante; en estos casos los tribunales aprecian la simulación absoluta. Es el caso contemplado por la SAP de A Coruña 52/2018 de 16 febrero (AC\2018\1170), donde el Tribunal concluye, que «tras desaparecer de su vida, justo al día siguiente de la firma en la Notaría, desaparecieron también las intenciones de cuidar al apelante, los deseos sexuales y las promesas de matrimonio… Es más, en la propia contestación a la demanda se reconoce que no lo pudo cuidar porque tiene un hijo menor de edad», añadiendo, no sin cierta sorna, que «Debe ser que lo recordó rápidamente».

5.º) En unión a otros indicios, puede tenerse en cuenta *la falta de precisión en el contrato del contenido* de la prestación del alimentante, es decir, en qué forma va a prestar los alimentos.

6.º) A veces se trae a colación el hecho de *no haber ejercitado en tiempo y forma la facultad pactada de resolución del contrato por incumplimiento* de las obligaciones del alimentante como indicio de que la prestación efectivamente se cumplió. Dicho argumento no suele tener demasiado peso específico, siendo utilizado únicamente como refuerzo de las conclusiones adoptadas gracias a otros indicios, ya sea a favor de entender probada la simulación[66] o de considerarla no acreditada[67].

7.º) El hecho de que el cesionario ya viniera prestando esos cuidados con anterioridad a la celebración del contrato[68].

3.3 **El incumplimiento de las obligaciones del alimentante**

Como en cualquier otro contrato, cualquiera de las partes puede incumplir sus obligaciones; lo que ocurre es que, dada la diferencia temporal en la ejecución de las prestaciones, no será normal que el cedente in-

(65) Como sucedió en los supuestos contemplados por la SAP de Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446): «no se alega siquiera que en algún momento los alimentantes hayan tenido que hacer algún pago para cubrir gastos de los alimentistas, ni que hayan domiciliado recibos o cargos propios de éstos en sus cuentas»; SAP Oviedo (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 1 febrero 2023 (RJ\2023\893).

(66) SAP Oviedo (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221) por considerar que la falta de ejercicio de la facultad de resolución se encontraba en consonancia con el carácter irreal del contrato.

(67) AP de Oviedo (Sección 6.ª) 244/2013, de 16 de septiembre, FJ. 3.º; SAP de Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 de enero AC\2016\225, F. D. 2.º SAP de Cádiz (Sección 2.ª) 248/2008 de 30 junio. JUR 2012\136855, FD 2.º

(68) TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ 2022\947, antes citada.

cumpla con la obligación de entrega[69], aunque si así lo hiciera, se aplicarían las normas generales del 1.124 CC. Por otra parte, debe responder, en su caso, por evicción y vicios ocultos.

Normalmente los problemas se suscitan por el incumplimiento de las obligaciones por parte del alimentante. En el Derecho civil común, el alimentista podrá optar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.792, entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los alimentos devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC). En cambio, en el Derecho catalán, no existe la posibilidad de reclamar la ejecución forzosa de la prestación, *ex* artículo 624-9.1 CCCat, en el que se establece en favor de cualquiera de las partes únicamente la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra, quien debe, además de restituir todo lo recibido, indemnizar a la otra por los daños y perjuicios.

Según el CC, en caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respecto de lo que dispone el artículo 1.796, corresponda al alimentista, quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen (art. 1.795). El alimentista, de todos modos, ha de tener la posibilidad de volver a formalizar otro contrato de iguales características, por lo que le debe quedar un capital suficiente, como determina el artículo 1.796, según el cual «de las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida»[70].

En los litigios por incumplimiento del contrato de alimentos, normalmente se dirimen dos tipos de cuestiones distintas:

1) La existencia de un verdadero incumplimiento imputable al alimentante, y si este recayó sobre elementos esenciales del contrato[71]. En

(69) Como observa Calaza López (2019) p. 241, el legislador ni siquiera ha disciplinado este supuesto de hecho, y tampoco suelen encontrarse resoluciones judiciales al respecto.

(70) SAP Tarragona (Sección 3.ª) 122/2004 de 23 diciembre (JUR\2005\104824).

(71) Martínez Ortega (2007), p. 41; Mesa Marrero (2009), p. 122; Calaza López (2019), p. 267. En general se dice que el incumplimiento que da lugar a la resolución ha de ser grave, recaer sobre elementos esenciales del contrato, definitivo y objetivo (Bosch Carrera, 2018, pp. 57-58). Observa Santos Morón (2023) p. 7955, que se pueden plantear dificultades cuando el alimentante cumple solo alguna de las prestaciones, pero no otras, estimando que, si el cumplimiento parcial o defectuoso trae consigo la frustración de la finalidad perseguida al contratar, deberá admitirse el ejercicio de la facultad resolutoria.

este sentido, suele traerse a colación el artículo 153 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en la que se especifican las causas concretas que pueden dar lugar a la resolución el contrato a instancias del cedente[72]. Se trata de cuestiones que, dadas las características de este contrato, resultan bastante complicadas de demostrar en la práctica[73]. De ahí que se insista en la necesidad de preconstituir la prueba y de elaborar los contratos adaptándolos a la realidad de los contratantes[74].

Ahora bien, la dificultad en la prueba del incumplimiento no implica que esta sea imposible, existiendo numerosas sentencias en las que se aprecia, efectivamente, el incumplimiento del alimentante y se declara la resolución del contrato por esta causa[75]. Resulta ilustrativa, a estos efectos, la SAP de Jaén de 7 de junio de 2010[76], en la que, tras reconocerse la dificultad que

(72) Artículo 153.1. El cedente podrá resolver el contrato si concurriera alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Conducta gravemente injuriosa o vejatoria de la persona obligada a prestar alimentos, de su cónyuge o pareja o de los hijos con los que conviva respecto al alimentista; 2.ª Incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, o de los términos en los que fue pactada, siempre que no sea imputable a su perceptor; 3.ª Cuando, según la posición social y económica de las partes, el cesionario no cuide o no atienda en lo necesario al alimentista en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la búsqueda del mantenimiento de su calidad de vida.

(73) De este modo, no consideraron probado el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de cuidado y alimentación, por ejemplo, la SAP Sevilla (Sección 5.ª) 167/2014 de 7 marzo (AC 2014\1096), SAP Tarragona (Sección 1.ª) 118/2013 de 6 marzo (JUR 2013\160020); AP Zamora (Sección 1.ª) 84/2014 de 19 mayo (JUR 2014\180613); la SAP de Badajoz, (Sección 2.ª) 281/2015 de 18 noviembre (JUR 2015\301683).

(74) Bosch Carrera (2018), p. 556. En las pp. 569 ss. propone una serie de posibles pactos a contemplar en los contratos de alimentos, como por ejemplo, el pacto sobre qué supone un incumplimiento tardío o defectuoso de la prestación del alimentante y sus efectos; pacto sobre qué conductas o actitudes pueden ser consideradas como graves entre las partes; pacto sobre lo que se considera conducta obstativa al cumplimiento por parte del alimentista; pacto sobre la valoración de las prestaciones a devolverse en caso de resolución por incumplimiento del alimentante, etc.

(75) Sirven de ejemplo, sin ánimo exhaustivo, las SSTS (Sala de lo Civil) de 2 de julio 1992 (RJ 1992/6502) y TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 249/2007, 26 de febrero (RJ 2007/653); SAP Jaén (Sección 2.ª) 335/2002 de 8 de octubre (AC/2002/2222); AP de Murcia (Sección 5.ª) 65/2003 de 18 de febrero (JUR 2003/196519); AP de Asturias (Sección 7.ª) 383/2004 de 26 de julio (AC 2005 /198); SSAP Pontevedra (Sección 6.ª) 581/2007, de 30 de octubre (JUR 2008/85677) y (Sección 6.ª), 607/2013 de 19 septiembre (JUR 2013\313399); AP Ourense (Sección 1.ª) 55/2016 de 12 de febrero (JUR 2016\56729); AP Islas Baleares (Sección 4.ª), 232/2012 de 22 mayo (JUR 2012\241571); SS. AP Madrid (Sección 13.ª), 368/2013 de 30 septiembre (JUR 2014\3235) y (Sección 10.ª), 124/2016 de 23 febrero (JUR 2016\89133): AP León (Sección 1.ª), 23/2013 de 17 enero (JUR 2013\58919); SAP de Ourense (Sección 1.ª) 55/2016 de 12 febrero (JUR\2016\56729); SSAP de A Coruña (Sección 6.ª) 345/2014 de 30 diciembre (JUR 2015\80321) y (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo (AC\2015\792); AP Valencia (Sección 7.ª), 404/2013 de 18 septiembre (JUR 2023\297092); SAP de Cádiz (Sección 2.ª) 444/2023 de 14 de noviembre. Una sentencia ilustrativa de un incumplimiento grave es la de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) 406/2015 de 23 diciembre (JUR\2016\27007), donde las condiciones y estado de la vivienda del alimentista pudieron constatarse en la prueba documental aportada y a través de los informes aportados por la trabajadora social que venía haciendo seguimiento del núcleo familiar.

(76) SAP de Jaén (Sección 1.ª) 140/2010 de 7 junio (AC 2010\1425), que revoca parcialmente la sentencia estimatoria de una demanda en la que los alimentantes impugnan el ejercicio de una condición resolutoria expresa, con la inscripción de la reversión de la propiedad de la finca transmitida

entraña probar el cumplimiento o incumplimiento de una serie de hechos que se producen en el ámbito familiar, afirma el tribunal que:

> «si se llega al extremo de exigir dinero al alimentista para contribuir a su propio mantenimiento, se le aísla del resto de la familia en los pocos actos que hoy en día se hacen en común, como es la comida, y en definitiva se le trata como un extraño, hasta el punto de que el anciano llega a tomar la decisión de irse del domicilio, sin que ello motive respuesta alguna por parte de los alimentantes salvo la presente demanda, la finalidad del contrato, en la que el contenido económico solo es parte y en el caso no fundamental a la vista del valor de las prestaciones recíprocas, se frustra para el alimentista, que insistió en sus manifestaciones en que no le trataban como esperaba y que no necesitaba la pensión económica en la que se pretendía convertir la prestación personalísima».

2) La posibilidad de que el incumplimiento en cuestión haya venido motivado por causa imputable al propio alimentista[77]. La demostración del comportamiento obstativo al cumplimiento corresponde al alimentante, como señala la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC\2015\792:

> «producido el incumplimiento de la obligación contractual, hay que presumirlo imputable a culpa del deudor, pues la conducta humana se supone voluntaria y es éste el obligado al cumplimiento, por lo que le incumbe probar que ha sido sin culpa, por caso fortuito o fuerza mayor, cual se prevé en el artículo 1.183 del Código Civil respecto a obligaciones de dar, pero extendido no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer» […] «Siendo en principio el incumplimiento imputable a los demandados, y sosteniendo éstos el hecho impeditivo de la actuación obstativa de la demandante que les habría impedido el cumplimiento, les corresponde a aquéllos la carga de la prueba del hecho alegado, o sea que el incumplimiento es imputable a ésta».

Un supuesto extremo de actitud obstativa al cumplimiento es el contemplado por la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 23/2018 de 23 marzo (AC\2018\816) en la que se llegan a mencionar comportamientos inadecuados o simplemente monstruosos, de índole sexual del demandante, que

---

en el Registro de la propiedad de forma unilateral por parte del alimentista, solicitando además la conversión de su obligación de prestar alimentos personalmente por el pago de una pensión periódica en metálico *ex* artículo 1792.

(77) También consideran que el incumplimiento fue imputable al alimentista, por ejemplo, las SSTS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/5904) y 1 de julio de 2003 (RJ 2003/4321), así como las SSAP de Valencia de 12 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275493), Alicante de 18 de noviembre de 2005 (JUR 2006\136320) y AP Pontevedra (Sección 3.ª) 78/2014 de 12 marzo (JUR 2014\218825); AP Islas Baleares (Sección 5.ª), 62/2013 de 18 febrero (JUR 2013\126947).

dan lugar a que se marcharan de la casa y dejaran de trabajar allí las personas enviadas por la alimentista, llegando a producirse denuncias e incluso órdenes de alejamiento. En estas circunstancias, la actitud impeditiva del cumplimiento, por motivos intolerables y contrarios a la dignidad de las personas, «hace que las alegaciones sobre lo insuficiente o inadecuado de la atención que estas personas prestaban resulte intrascendente».

En ocasiones, los alimentistas tratan de preconstituir la prueba de su voluntad de cumplimiento mediante el envío de un requerimiento o de un burofax al alimentante. Para los tribunales esto no es suficiente si no constatan, además, una verdadera voluntad de cumplir las obligaciones contraídas que les incumben, mediante actuaciones posteriores que permitan evidenciar un sólido e inquebrantable propósito de cumplimiento, como, por ejemplo, intentos de comunicación posteriores al requerimiento, acudir al domicilio del alimentante o los lugares por él frecuentados para demostrar su interés en cumplir sus obligaciones, y dejando, en su lugar, transcurrir varios años (78).

Puede ocurrir también que sean varios los alimentantes y que solo uno de ellos incumpla sus obligaciones. La SAP Badajoz (Sección 3.ª) 114/2024 de 19 de abril (79) declaró en un caso así la resolución del contrato solo con respecto al incumplidor.

Otra cuestión es la derivada de aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del alimentante. Se señala que en estos casos es posible la resolución, pues no es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor, aunque no podrá exigirse además indemnización de daños y perjuicios pues para ello es precisa la imputabilidad del cumplimiento (80).

BIBLIOGRAFÍA

Baamonde Méndez, J. M., «Antecedentes del contrato de vitalicio en el Derecho romano: una aproximación a su objeto de estudio a través de un documento epistolar», *RGDR,* 36 (2021).

(78) SSAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC\2015\792 y TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 14/2016 de 8 marzo (RJ 2016\2053).

(79) De hecho, la acción fue ejercitada por la otra alimentante, como heredera procesal de la alimentista. El tribunal entendió acreditado el incumplimiento por la propia declaración de esta última, quien mediante acta de notificación de requerimiento notarial expresó en su día su voluntad de rescindir por causa de incumplimiento respecto a uno solo de los alimentantes, «que no le ha cuidado ni asistido y asimismo, de forma continuada le ha faltado al respeto, insultándola y menospreciándola, diciéndola que la iba a mandar a una residencia»; además del testimonio del sanitario, de la terapeuta ocupacional y de vecinos.

(80) Santos Morón (2023), p. 7955.

Berenguer Albadalejo, C., *El contrato de alimentos,* Dykinson, Madrid, 2012.
Bosch Carrera, A., «El contrato de alimentos en el Libro VI del Código civil de Cataluña», *Estudios sobre el Libro VI del Código civil de Cataluña,* Serrano de Nicolás (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 535-574.
Calaza López, C. A., «El contrato de alimentos como garantía de bienestar: análisis y propuestas *de lege ferenda*», *Diario La Ley*, núm. 8777, 7 de junio de 2016.
— «La modernidad, actualidad e innovación de Roma en el contrato de alimentos», *RGDR,* 31, 2018.
— *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
Echevarría de rada, T., «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 2019-2020, 2006, pp. 3461-3481.
— *El contrato de alimentos en el Código civil,* S. P. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
Espín Alba, I., «El contrato de vitalicio en la ley de derecho civil de Galicia», en *La obligación de alimentos: Un análisis multidisciplinar,* Vivas Tesón (dir.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 303-331.
Florit Fernández, C., «El contrato de alimentos una década después de su inclusión en el Código Civil», *AC*, vol. 1, núm. 1, 2015.
Lete Achirica, J. «Artículos 1791 a 1797: Del contrato de alimentos», en *Comentarios al Código civil,* Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.
Martínez Ortega, J. C., *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia,* Dykinson, Madrid, 2007.
Mesa Marrero, C., *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
Nieto Alonso, A., *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas,* Trivium, Madrid, 1998.
Santos Morón, M. J., «Comentario a los artículos 1.791-1.798 CC», en *Comentarios al Código civil*, Cañizares Laso (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
Serrano Chamorro, M. E., «Ciertas consideraciones legales y jurisprudenciales del contrato de alimentos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García,* Torres García (coord.), S. P. U. de Valladolid, 2005, pp. 315-344.
Vela Sánchez, A. J., «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *ADC*, 76, 2023, pp. 989-1040.

E.1 La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales y su adjudicación en la liquidación del régimen(1)

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-3407-2363
clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente trabajo se analizan los efectos fiscales derivados de la aportación de la vivienda habitual a la sociedad de gananciales, tanto si se efectúa con carácter oneroso o gratuito como los que se producen con la adjudicación de la misma al liquidar el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) cuya investigadora principal es Matilde Cuena Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: *Vivienda habitual, aportación a sociedad de gananciales, adjudicación vivienda familiar, liquidación de sociedad de gananciales, Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO), impuesto sobre donaciones (ISD), impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IVTNU), impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).*

Abstract: *In this study, the fiscal effects derived from the contribution of the habitual residence to the community property are analyzed, whether it is carried out on an onerous or free basis or those that occur with the award of the same when liquidating the marital economic regime of community property***.**

Keywords: *Main residence, contribution to community property, allocation of family housing, liquidation of community property, tax on onerous property transfers (ITPO), donation tax (ISD), tax on the increase in the value of urban land (IVTNU), personal income tax (IRPF).*

Sumario: 1. La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales. 2. Fiscalidad derivada de la adjudicación de la vivienda en la liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales. 2.1 Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. 2.2 Plusvalía municipal: no sujeción. 2.3 Impuesto sobre la renta de personas físicas. 3. Conclusión. Bibliografía.

1. LA APORTACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Antes de procederse a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales ha de analizarse la naturaleza de los bienes que ostenta cada cónyuge, si son privativos[(2)], parte privativos y parte gananciales (arts. 1354 y 1357 CC) o gananciales *ope legis*[(3)] o por atribución de los cónyuges[(4)] y estudiar las repercusiones fiscales que conlleva la

(2) *Vid.* artículo 1.346 CC; artículo 1348 CC; artículo 1352; artículo 1357.1 CC.

(3) Arts. 1347; artículo 1349; artículo 1.350; artículo 1351; artículo 1353, artículo 1356; artículo 1359; artículo 1361 CC.

(4) Berrocal Lanzarot, A. I., «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 2020, pp. 3045-3099. Gallardo Rodríguez, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación

aportación o no aportación de bienes a la sociedad de gananciales, a fin de adoptar la solución más ventajosa para los cónyuges.

Es preciso distinguir entre la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales[5] y la «*atribución expresa del carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo en todo o en parte*» como afirman Sanciñena y Gago[6]: […] *Aun cuando ambos casos coinciden en dotar al bien de naturaleza ganancial no deben confundirse: 'se trata de figuras claramente distintas' (RDGSJFP 8916/2020, 12 de junio de 2020). Por un lado, la atribución expresa de gananciali-dad del artículo 1355.1 CC, que recae en el momento de la adquisición del bien a título oneroso con fondos privativos constante la sociedad de gananciales concurriendo el consentimiento de ambos cónyuges, y determina que el bien ingrese ab initio en la masa ganancial y, por otro, el denominado negocio de aportación o comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales que, como carece del amparo de un precepto específico, se acoge al principio general de libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323 CC*».

¿En qué momento debe realizarse esa aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales? Esta aportación debe efectuarse mientras se encuentre vigente el régimen de sociedad de gananciales, sin que pueda tener validez y eficacia cuando la sociedad de gananciales se haya disuelto. De tal forma que, producido el fallecimiento, o dictada sentencia de divorcio no puede realizarse dicha aportación a una sociedad ya disuelta, puesto que el fallecimiento y la sentencia de divorcio disuelven la sociedad de gananciales.

Cabría plantearse el supuesto de una aportación de bienes privativos en capitulaciones matrimoniales firmadas ante notario antes de contraer matrimonio, cuando aún no ha nacido el régimen económico matrimonial de gananciales. Sanciñena y Gago[7] estiman que sí pueden realizarse, si

---

de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso». *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 37, 2023, pp. 3– 27.

(5) Ver Medrano Aranguren, A., «Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 249, 2021; Mariño Pardo, F. M., «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 71, 2016, pp. 81-107; Poveda Bernal, M. I., «Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación" a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 640, 1997, pp. 799-888.

(6) Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *ADC*, Tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), 2022, pp. 1451-1522, en concreto, p. 145.5.

(7) Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», ob. cit., p. 1460.

bien quedan sometidas a las reglas de eficacia y caducidad de las capitulaciones matrimoniales[8].

En la práctica actual es muy habitual el siguiente supuesto:

«Ana firma contrato privado sobre plano de una vivienda que va a constituir su vivienda habitual. Ana y Juan ingresan al 50 % en una cuenta conjunta fondos para pagar facturas de la promotora. Ana firma en estado de soltera la escritura de compraventa y la hipoteca con la entidad bancaria la firman Ana y Juan como deudores solidarios, con intención de aportar el inmueble a la sociedad de gananciales una vez hayan contraído matrimonio y su régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales».

El primer problema que se nos plantea es como debemos hacer la aportación[9] del bien a la sociedad de gananciales[10], de forma onerosa o gratuita. Si se desea que el valor de lo aportado regrese al patrimonio del aportante en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, por cuanto solo pretendemos un cambio en la cualidad del bien que pasa de ser privativo a ganancial, es importante que se haga constar en la aportación que la misma se realiza de forma onerosa con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la liquidación[11]. Si no se hace constar que la aportación se realiza de forma onerosa, y que el aportante tiene un crédito en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales nada percibirá el aportante cuando se disuelva y liquide la sociedad de gananciales.

1. Si la aportación se realiza de forma ONEROSA, es decir, para extinguir deuda del esposo frente a la esposa por cantidades que adelantó

(8) Artículo 1334 CC: «Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».

(9) Lobato García-Miján, M., «La aportación de un bien a la sociedad conyugal», *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 29-71.

(10) Respecto al negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales y los supuestos que se han venido contemplando en la legislación y resoluciones de la Dirección General del Notariado, ver Nieto Alonso, A., La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el Régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del código civil, *Revista de Derecho civil,* Vol. VIII, núm. 2 (abril-junio 2021) Estudios, pp. 39-91; Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», ob. cit., p. 1458 ss.

(11) Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, » ob. cit., p. 1465: «no cabe derivar el carácter oneroso de la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales de la reserva o del reconocimiento de un derecho de reembolso, puesto que este reembolso no funciona como causa de la aportación, sino más bien como consecuencia, que se materializa al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, tal y como precisa, la Resolución de 22 de junio de 2006: 'que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado

como préstamo cuando eran novios o reconociendo que surge un crédito a compensar entre ambos en momento de LSG[12] estaría sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, según dispone el artículo 7.1. del TRLITPAJD, pero EXENTA, por aplicación del artículo 45. 1. B) 3 del mismo texto legal[13].

2. Si la aportación se realiza a título GRATUITO por un cónyuge a la sociedad de gananciales se producirá un cambio en la cualidad del bien y además en la titularidad del bien, pues el bien pasa a ser titular exclusivo de la sociedad de gananciales.

A continuación, se analizarán las repercusiones fiscales de esta aportación gratuita en Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante ITPOYAJD); Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD); impuesto municipal del incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IMVTNU); Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

2.1 No se encuentra sujeta a ITPOAJD por las siguientes razones:

1) La sociedad de gananciales es un patrimonio separado independiente, distinto del patrimonio privativo de cada cónyuge;

2) La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica[14] y no está incluida en la lista de obligados tributarios del artículo 35 de la LGT 58/2003 de 17 de diciembre[15];

3) No se produce la copropiedad del bien entre los cónyuges sobre una cuota determinada. Esto es, no existe un proindiviso, sino que ambos cónyuges son titulares del total de los bienes que integran la sociedad de gananciales;

4) No existe negocio jurídico entre cónyuges, el bien aportado es propiedad de la sociedad de gananciales y no del otro cónyuge;

5) Desde la perspectiva del Derecho civil la aportación gratuita de un bien privativo a la sociedad de gananciales, es un negocio atípico del

---

de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio' (reiterado por la RDGRN 30 de julio de 2018)».

(12) Si no existen deudas previas a compensar, realizada la aportación de forma onerosa a la sociedad de gananciales, nace un crédito a favor del aportante frente a la sociedad de gananciales, conservando su derecho al reintegro al momento de su liquidación.

(13) RDGT. 23/02/2018 (núm. V0513-18); RDGT 08/03/2019 (núm. V0504-19); RDTG 19/08/2019 (núm. V2216-19); RDGT 19/11/21. (núm. V2921-21).

(14) *Vid.* STS 1 febrero 2016 y 8 de febrero de 2016, entre otras.

(15) Las STS (S.3.ª) de 18 de febrero 2009 y 3 de marzo 2021 no considera sujeto pasivo a efectos fiscales a la sociedad de gananciales.

Derecho de Familia con causa propia conocida como *causa matrimonii* [16], que da lugar a un desplazamiento patrimonial y correlativa adquisición, y cuyo rasgo característico y definidor es su gratuidad, por lo que no nos encontramos con un negocio jurídico oneroso, que es la nota que caracteriza a las transmisiones patrimoniales sujetas al ITPO, artículo 7.1. A del Real Decreto Legislativo 1/1993.

2.2 Tampoco tributa por Impuesto sobre sucesiones y donaciones (en adelante ISD), por los siguientes motivos:

2.2.1 El sujeto pasivo de este impuesto es exclusivamente la persona física. Se trata de un impuesto directo y subjetivo, cuyo objeto es gravar los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas, tal como se especifica en la Exposición de Motivos de la Ley:

«*El Impuesto de Sucesiones y Donaciones cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas y su naturaleza directa…*»

Y en el mismo sentido se recoge en su artículo 1, «*El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley*».

2.2.2 La sociedad de gananciales no es persona física y por consiguiente no es sujeto pasivo del impuesto [17], puesto que ni el artículo 8 del TRITPAJD (en sede de TPO), ni el artículo 29 del mismo cuerpo legal (en el ámbito de AJD), referidos ambos al sujeto pasivo en dichas modalidades contemplan que pueda ser sujeto pasivo un patrimonio separado, lo que excluye su posible tributación de acuerdo a los artículos 35.4 y 8.c) de la LGT.

2.2.3 La aportación gratuita de bien privativo a la sociedad de gananciales no constituye una donación al otro cónyuge, sino que la destinataria del acto de disposición es la sociedad de gananciales.

En definitiva, NO se encuentra SUJETA NI POR ITPAJD por no ser onerosa, ni por ISD, como patrimonio separado, en tanto que solo puede serlo las personas físicas y aquellas instituciones o entes que especialmente

(16) Rodriguez-Palmero Seuma, P., y Garcia de Arriba Marcos, R., *La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciale*s, La Ley, 2006, núm. 6582.

(17) Alvarez Menendez, E., «La sociedad de gananciales y el impuesto sobre sucesiones y donaciones. ¿Sujeto de la relación jurídico-tributaria?», *Revista Española de Derecho Financiero,* núm. 197, 2023.

se prevea legalmente, sin que exista norma al efecto respecto de la sociedades de gananciales, y sin que quepa confundir la operación que nos ocupa, en la que el beneficiario es la sociedad de gananciales, con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge, así lo ha establecido la STS, sala 3.ª, 3 marzo 2021. núm.295/2021 y seguido por las consultas vinculantes V2921-21 de 19 de noviembre 2021 y V1920-22 de 8 de septiembre 2022 y V2032-22 de 21 de septiembre de 2022.

El segundo problema se observa se refiere a la tributación o no de la aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales en el IRPF del aportante.

La Ley del IRPF estima que no se produce alteración del patrimonio en la disolución de la sociedad de gananciales (art. 33.2), SI BIEN OMITE cualquier referencia a la aportación de bienes a esta sociedad.

El artículo 33.1 de la Ley del IRPF determina que: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél», de modo que la Dirección General de Tributos (consulta V0513-18 de 23 de febrero de 2018) estima que al aportar un bien privativo a la sociedad de gananciales a título oneroso se produce una alteración en la composición del patrimonio que puede poner de manifiesto una ganancia o pérdida patrimonial integrante de la base imponible del impuesto, pero únicamente por su cincuenta por ciento, pues considera que el aportante sigue siendo propietario del 50 % del bien aportado y que del otro 50 % es titular su cónyuge. Subyace la idea de que mediante esta operación se traslada la mitad de la propiedad de un cónyuge a otro, cuestión que es negada por el T. S en la sentencia de 3 de marzo de 2021 núm. 295/2021, al afirmar que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica, carente de cuotas, y que cada cónyuge es titular de todo el patrimonio, aunque compartida dicha titularidad, y que estas aportaciones no pueden incardinarse sin más dentro de los negocios traslativos de dominio, siendo negocios atípicos del derecho de familia.

Este criterio ha sido seguido por el TEAR de Madrid en resolución de 25 de mayo 2022. REA 18/10901/2021/00/00 (18).

(18) TEAR de Madrid en resolución de 25 de mayo 2022. REA 18/10901/2021/00/00: *«En virtud de lo expuesto, este Tribunal concluye que si el cónyuge que transmite del bien privativo sigue siendo el titular del total del bien aportado, y tal bien, nunca llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge, no existe alteración patrimonial por la aportación del inmueble a la sociedad de gananciales, ya que no hay un enriquecimiento o mayor valor del patrimonio del cónyuge que en teoría se beneficia de la incorporación del inmueble a la sociedad de gananciales ni se produce una pérdida de la titularidad en el cónyuge aportante, pues la esencia de la sociedad de gananciales es que no existen cuotas sobre los bienes conformadores del patrimonio conjunto, es decir, los cónyuges no son dueños de la mitad de los bienes*

Por todo ello, ninguno de los cónyuges debería tributar en su IRPF por la aportación de bienes a la sociedad de gananciales. Comparto la opinión de Sanciñena Asurmendi[19], quien estima que: *«dentro del marco de la legalidad vigente, podría defenderse que la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales no tributase como ganancia o pérdida en el IRPF, pues no constituye una verdadera transmisión, no se materializa hasta la disolución de la sociedad y la especificación de las cuotas, momento en el que surge el derecho de reembolso y se adjudica el bien a uno de los cónyuges. Adjudicación que ya sea al cónyuge aportante o al consorte no se sujeta al IRPF. Se podría aquí extender la argumentación del IIMVTNU, considerar que la aportación no es una transmisión patrimonial (sino un mero desplazamiento) sin alteración de la composición del patrimonio, y diferir la tributación por ganancias o pérdidas a la enajenación de un bien a un tercero, tomando como valor de adquisición el originario del cónyuge aportante».*

En cuanto al caso de aportaciones gratuitas, la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no contiene ninguna regla para determinar el importe de la presunta ganancia o pérdida, como mucho podría encajarse en las previsiones del artículo 36 referido a las transmisiones a título lucrativo, que se remite a las normas del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para su valoración, totalmente impropias para un acto que no constituye una donación entre cónyuges.

La DGT en la resolución CV3496-20, de 2/12/2020[20], tras declarar que la sociedad de gananciales supone un patrimonio separado, estima que una trasmisión de bienes que forman parte de ese patrimonio consorcial, y tras su trasmisión siguen formando parte del mismo, no supone una alteración patrimonial y no tiene ninguna incidencia en la base imponible del IRPF. En esta consulta, se trata de una transmisión de participaciones sociales de carácter consorcial, de un cónyuge a otro, de modo que este adquiere la titularidad de las participaciones, pero la propiedad sigue estando compartida dentro de la sociedad de gananciales.

En contra de este criterio, se ha pronunciado el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 23 de enero de 2024[21], en la

---

comunes sino que ambos son titulares conjuntamente del patrimonio ganancial. Por tanto, se anula el acto impugnado ya que al no existir alteración patrimonial no puede dar lugar a la ganancia patrimonial regularizada». En similar sentido se han pronunciado TEAR de Galicia en resoluciones de 2 de marzo de 2023 (RG 36-01395-2020) y de 10 de marzo de 2023 (15-01063-2022).

(19) Sanciñena Asurmendi, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 57-58.

(20) Ver RDGT en respuesta a CV3496-20, de 2 de diciembre de 2020.

(21) TEACentral resolución de 23 de enero de 2024. Este criterio ha sido seguido en la Resolución de la DGT a la CV0483-24.

que se acuerda unificar el criterio en el siguiente sentido*: «La aportación realizada por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales de un bien privativo que, a efectos del IRPF, se considera tras dicha aportación de titularidad de ambos cónyuges por mitad, supone para el aportante una alteración en la composición de su patrimonio capaz de generar una ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF de acuerdo con lo establecido en el* artículo 33.1 de la LIRPF*, que se determinará, en virtud del* artículo 34 de la LIRPF*, por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de la mitad del bien aportado, valores que vienen definidos en los artículos* 35 y 36 de la LIRPF para las transmisiones onerosas y lucrativas respectivamente».

Esta resolución del Tribunal Económico Administrativo Central a mi entender contradice plenamente la STS de 3 de marzo de 2021 en la que claramente se indica que cuando se realiza una aportación a la sociedad de gananciales los cónyuges no son dueños de la mitad de dichos elementos patrimoniales, sino que ambos conjuntamente son titulares del patrimonio ganancial. Existe un patrimonio ganancial de titularidad compartida, que carece de personalidad jurídica, sin que se produzca una alteración patrimonial susceptible de convertirse en hecho imponible del impuesto.

Ante esta unificación de criterio elaborada por el TEAC en contra de lo sostenido por la STS de 3 de marzo de 2021, y a fin de evitar interpretaciones polémicas, sería necesario proceder a la reforma del artículo 33 de la LIRPF en el sentido de incluir en el artículo 33.2 la siguiente redacción: «*Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio. 1. En los supuestos de división de la cosa común. 2. En la aportación de bienes a la sociedad de gananciales, en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación. 3. En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros*».

El tercer problema afecta a la plusvalía municipal. ¿Qué repercusiones fiscales tiene la aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales en la plusvalía municipal– IIMVTNU?

Según establece el artículo 104.3 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no se producirá la sujeción a dicho impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal[(22)]. Esto significa que se reconoce la inexistencia de transmisión[(23)].

(22) Ver RDGT en respuesta a las consultas vinculantes de 19 de Julio 2016 (CV3410-16) y 30 de septiembre 2020 (CV2935-20).

(23) En la anterior Ley 39/1988 de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, las aportaciones a la sociedad de gananciales estaban sujetas, pero exentas del impuesto tal como disponía el artículo 106.1 a).

Como conclusión puede afirmarse que las aportaciones de bienes privativos, incluida la vivienda familiar, a la sociedad de gananciales no tributan ni por el Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, ni por el Impuesto sobre donaciones, ni tampoco en la plusvalía municipal, ni en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas si no existe alteración patrimonial.

2. FISCALIDAD DERIVADA DE LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Al liquidarse el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales la adjudicación de la vivienda familiar/ habitual tiene repercusiones fiscales en varios impuestos (ITPOYAJD; IRPF; IMVTNU) dependiendo de la forma en que se realice.

2.1 **Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados**

1) En aquellos supuestos en que se realiza la adjudicación de la vivienda familiar sin que se produzca un exceso de adjudicación, se encuentra exento de ITPO, al aplicarse el artículo 45. I.b.3 RDL 1/1993[(24)] que dispone*: «Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales».*

Sin embargo, si se atribuye a un cónyuge el único bien ganancial o todos, compensando al otro en dinero extraganancial, el exceso de lo adjudicado[(25)] respecto a su cuota (o sea, el 50 % de exceso) está sujeto a

(24) La sentencia de la Sala 3.ª, sección 2.ª del TS de 30 de abril de 2010, ha establecido la siguiente doctrina: «En el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B) 3 del R.D. Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal); por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes».

(25) Expósito Corral, A. A., «Los excesos de adjudicación consecuencias fiscales. Especial referencia a los producidos como resultado de la disolución de la sociedad de gananciales», *Quincena*

ITPO, salvo que se realice en consideración a la invisibilidad física o jurídica del bien. En este sentido se ha pronunciado la RDGT 18/06/2013, núm. CV2045-13[26] en un supuesto de adjudicación de la totalidad de los 3 bienes inmuebles, tres vehículos y un tractor al esposo compensando este a la esposa del exceso de adjudicación.

A su vez, el artículo 32.3 del RITPAJD[27] establece: «*Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de 'transmisiones patrimoniales onerosas' los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio*».

Otro supuesto en que no se produce liquidación por el ITPO tiene lugar si el exceso de adjudicación declarado resulta de las adjudicaciones que son efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando se producen por la necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

Esta regulación plantea problemas referidos a la consideración como un solo bien indivisible solo la vivienda habitual o la vivienda habitual y sus plazas de garaje y trastero.

Antes de la supresión del artículo 55.2 del RIRP producida el 31 de diciembre de 2012, este precepto disponía que se asimilaban a viviendas las plazas de garaje adquiridas con estas, con un máximo de dos y los trasteros, siendo ésta última expresión, una excepción a la norma general.

Criterio que ha seguido manteniendo la Dirección General de Tributos en Consulta vinculante V0830-16 de 2 de marzo de 2016[28], si bien matizando que *para que se produzca tal asimilación es necesario que las plazas de garaje y los trasteros se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje y trasteros, se hubiera producido en el mismo acto, aunque podía ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento. No podrá tener uso distinto al privativo del propio adquirente, en caso alguno.*

Fiscal, 4, 2009, pp. 13-35; Garcia de Pablos, J. F., «La exención de las adjudicaciones de bienes gananciales en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010», *Quincena Fiscal* 19, 2010, pp. 109-122.

(26) RDGT a CV 2045-13 de 18 de junio de 2013.

(27) Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(28) RDGT a CV0830-16 de 2 de marzo de 2016.

De ahí que en la Consulta vinculante V 1392-23 de 25 de mayo 2023[29] la Dirección General de Tributos, estima que existe exceso de adjudicación en un divorcio notarial en el que se liquida la sociedad de gananciales, y como consecuencia de dicha liquidación se adjudica a un cónyuge la totalidad de la vivienda con plaza de garaje aneja y una segunda plaza de garaje, todas ellas ubicadas en el mismo edificio, pero que no constituyen una única unidad a efectos registrales, pues estima que son fincas independientes y divisibles que podrían haber sido incluidas en dos lotes lo más equilibrado posibles. Matiza la Dirección General de Tributos que «*la exención expuesta solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno.*

El Tribunal Supremo en sentencia de la sala 3.º de 09/07/2019[30], considera un solo bien indivisible la vivienda y sus plazas de garaje y trasteros en el mismo edificio[31].

2) En los supuestos en que se produce el exceso de adjudicación, al liquidar la sociedad de gananciales derivado de la adjudicación de la vivienda familiar en su totalidad a uno de los cónyuges que se paga con bienes privativos del adjudicatario, la Dirección General de Tributos en la

---

(29) RDGT en respuesta a consulta vinculante CV 1392-23 de 25 de mayo 2023 dispone*: «Primera: En el supuesto planteado, se trata de una* única *comunidad de bienes, la sociedad de gananciales, cuya disolución deberá tributar en el ITPAJD por actos jurídicos documentados, aunque resultará exenta en función del artículo 45. I. B) 3 del TRLITPAJD. Si los tres inmuebles constituyesen una unidad a efectos registrales, ya sea por constituir dichos bienes una única finca registral, vivienda con un anexo inseparable, o porque siendo fincas independientes estuvieran vinculadas registralmente en cuanto a su transmisibilidad (vinculación ob rem), se consideraría que son indivisibles o desmerecen mucho con su división y no se darían excesos de adjudicación, por lo que no tributarían por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas. En caso de no ser así, el exceso de adjudicación sería evidente, ya que se podrían haber hecho dos lotes lo más equilibrados posibles y dicho exceso tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Cabe destacar que la exención expuesta solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno*».

(30) STS,3.ª, 09/07/2019. Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén. Núm. resolucion 1013/2019. Roj: STS 2490/2019 – ECLI: ES: TS:2019:2490.

(31) Uno de los problemas que se viene planteando es si se considera la vivienda habitual únicamente la vivienda o el concepto abarca la vivienda y dos plazas de aparcamiento. La Dirección General de Tributos considera que para que se asimilen a vivienda habitual es necesario que las plazas de garaje se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje, se hubiera producido en el mismo acto, aunque podía ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento (RDGT CV V1316-15, de 29 abril 2015 [JUR 2015, 189715]). Las plazas adquiridas en fecha posterior no adquieren la condición de vivienda habitual (RDGT CV2622-15, de 8 septiembre 2015 [JUR 2015, 272225]). De ahí que haya entendido aplicable la exención de las ganancias de patrimonio realizadas por la venta de la vivienda habitual por mayores de 65 años a la venta de una plaza de garaje (RDGT de 23 de octubre de 2019, CV2922-19 [JUR 2019, 317298]).

consulta núm. V0717-18 de 16/03/2018[32], indica que se tributa por ITPO como dación en pago de la deuda nacida del defecto de adjudicación ganancial (art 7.2.a. RDL 1/1993).

Si las adjudicaciones se producen en convenio regulador homologado por sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio, ninguna tributación procede por la modalidad de actos jurídicos documentados, al no ser documento notarial.

Por el contrario, si las adjudicaciones se efectúan en documento notarial estimo que la exención del artículo 45.1. B).3 del TR debe aplicarse a la cuota gradual de AJD en aquellos casos en los que la liquidación se documente en escritura pública y se refiera a bienes inscribibles, puesto que si está declarando la exención de las transmisiones derivadas de las adjudicaciones consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal (y, por tanto, de la modalidad de TPO), es porque está presuponiendo la sujeción a dicha modalidad, lo que excluirá la incidencia en la cuota gradual de AJD según dispone el inciso final del artículo 31.2 del TR.

Los derechos de reembolso a favor de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges y las adjudicaciones en pago de los mismos (arts. 1397, 1398 y 1404 CC) no constituyen hechos imponibles autónomos ni en el ITPO-YAJD ni en el ISD.

2.2 **Plusvalía municipal: no sujeción**

Según dispone el artículo 104.3 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no se producirá la sujeción a dicho impuesto en los supuestos de adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes.

Esto significa que en la futura transmisión de bienes inmuebles urbanos, el *dies a quo* del periodo de generación del incremento de valor será

(32) RDGT a CV 0717-18 de 16/03/2018 « […] *Respecto al exceso de adjudicación que se produzca, este constituye una transmisión patrimonial que tendrá carácter oneroso en tanto en cuanto sea objeto de compensación por parte del cónyuge que recibe el exceso al que recibe de menos, salvo que se origine por la adjudicación a uno de los cónyuges de un inmueble indivisible, o sea consecuencia necesaria de la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio. En el caso planteado el exceso producido no puede considerarse consecuencia necesaria de la disolución de la sociedad de gananciales, por cuanto se produce por la adjudicación a un cónyuge de un bien que no tiene carácter ganancial. Y tampoco puede considerarse que tenga carácter inevitable al estar formada la sociedad de gananciales por una serie de bienes que permitirían la formación de lotes distintos, que evitasen o, en su caso, minorasen el exceso producido. En consecuencia al exceso deberá tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas en aplicación del artículo 7.2.b) del Texto Refundido del Impuesto, sin que en este supuesto resulte de aplicación la exención contemplada en el artículo 45. I. B.3 del Texto Refundido».*

el de la fecha de adquisición y el día final, el de la siguiente transmisión, no configurándose la aportación a la sociedad de gananciales, ni la adjudicación a su disolución hechos imponible del IIVTNU.

No obstante lo anterior, la Dirección General de Tributos en la resolución que resuelve la consulta vinculante V-1392-23 de 25 de mayo 2023 (33) en un supuesto de adjudicación a un ex cónyuge de la totalidad de una vivienda con un garaje anejo y el otro garaje sito en el mismo edificio pero finca registral independiente ha estimado que se le adjudican bienes inmuebles de una cuantía mayor al porcentaje de participación que poseía antes de la disolución, pues aunque la vivienda lleva como anejos inseparables una plaza de garaje y un trastero, la segunda plaza de garaje sí que es susceptible de división, por lo que existe un exceso de adjudicación a favor del mismo, ya que la extinción de la comunidad de bienes se podría haber realizado de una manera más equitativa, haciendo dos lotes lo más equivalente posibles al porcentaje de participación de cada comunero. Esta parte, la de la segunda plaza de garaje, estaría sujeta al IIVTNU.

2.3 **Impuesto sobre la renta de personas físicas**

A) No se produce una alteración patrimonial con la disolución y liquidación de la Sociedad de Gananciales, siempre que los valores de adjudicación de los bienes que integran el haber ganancial se correspondan con su respectivo valor de mercado y que los valores de las adjudicaciones efectuadas sean equivalentes, conservando los bienes adjudicados los valores y fechas de adquisición originarios. artículo 33.2 LIRPF.

---

(33) RDGT en respuesta a consulta V-1392-23 de 25 de mayo 2023 ha sostenido: «Segunda: Respe*cto al IIVTNU se trata de una única comunidad de bienes, que está integrada por dos o más bienes inmuebles urbanos, y aunque cada uno de los bienes individualmente considerados puedan ser calificados como indivisibles, el conjunto de todos sí puede ser susceptible de división, por lo que, el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros se debe hacer mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles en función a la cuota de participación de cada comunero en la comunidad de bienes, evitando los excesos de adjudicación, para que no exista una transmisión de la propiedad entre los comuneros, ni civil ni fiscalmente, sino para que se trate de una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente que ya ostentaba cada uno de los comuneros. En este caso al consultante se le adjudican bienes inmuebles de una cuantía mayor al porcentaje de participación que poseía antes de la disolución, debido a que en el escrito se indica que la vivienda lleva como anejos inseparables una plaza de garaje y un trastero, pero la segunda plaza de garaje sí que es susceptible de división, por lo que existe un exceso de adjudicación a favor del mismo, ya que la extinción de la comunidad de bienes se podría haber realizado de una manera más equitativa, haciendo dos lotes lo más equivalente posibles al porcentaje de participación de cada comunero. En consecuencia, hay una parte de la transmisión del comunero no adjudicatario (la ex cónyuge del consultante), es decir, la parte de los bienes inmuebles urbanos que se adjudican al consultante que motivan que reciba este un importe superior a su participación previa a la disolución de la comunidad de bienes (la segunda plaza de garaje), que estará sujeta al IIVTNU».*

B) Si existe alteración patrimonial, si se atribuyese a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, generándose una ganancia o pérdida patrimonial, y una actualización de valores y fechas de adquisición. RDGT 19/04/2013 (núm. CV1351-13)[34]; RDGT 08/02/2016 (CV0497-16)[35].

Si el ex cónyuge posteriormente vende la vivienda que se le adjudicó en la liquidación de los gananciales, aflora incremento de patrimonio en el IRPF del vendedor: el valor de adquisición es el originario siempre que en la liquidación de gananciales no hubiera incremento, o sea que se le hubiese adjudicado la vivienda conforme a su participación en el patrimonio ganancial tal como ha estimado la RDGT 05/05/2015, núm. CV1391-15[36].

Comparto la opinión de Sanciñena Asurmendi[37] de considerar a efectos fiscales la no actualización del valor de los bienes o derechos recibidos por el cónyuge en la adjudicación de la sociedad de gananciales, difiriéndose a la futura enajenación del bien, tal como hace el IIVTNU en la disolución de la sociedad de gananciales.

---

(34) RDGT 19/04/2013 (núm. CV1351-13) resuelve el siguiente supuesto: «Disolución de gananciales de mutuo acuerdo, pasando a regirse el matrimonio por el régimen de separación de bienes. El haber ganancial está compuesto por inmuebles urbanos y rústicos valorados en 123.455,39€ y por cuentas corrientes, vehículos y ajuar doméstico por valor de 58.000€. A la esposa se le adjudicarán todos los inmuebles urbanos y rústicos y al esposo el resto del haber ganancial». En el presente caso existe una alteración patrimonial pues a la esposa se le adjudica más del 50% y al esposo menos y por consiguiente tributará en el IRPF.

(35) RDGT 08/02/2016 (CV0497-16) resuelve un supuesto de una liquidación de gananciales realizada como consecuencia del divorcio y la adjudicación del haber ganancial produce una alteración patrimonial susceptible de tributar en el IRPF.

(36) RDGT 05/05/2015, núm. CV1391-15 resuelve el siguiente supuesto: «*La ex esposa es propietaria de la vivienda donde reside habitualmente con sus hijos, que había sido adquirida en el año 1996 junto con su cónyuge, con quien estaba casada en régimen de gananciales. En julio de 2007 se liquidó la sociedad de gananciales con motivo de su divorcio y se repartió el haber ganancial al 50 por ciento, adjudicándose a la consultante la vivienda y el importe del préstamo pendiente de amortizar, y al cónyuge otros bienes. Por motivos personales ha decidido poner en venta la vivienda en el año 2015. Aunque no lo tiene suficientemente claro, cabe la posibilidad de adquirir con el precio obtenido en la venta, una nueva vivienda habitual. En este caso la venta de la misma producirá una alteración patrimonial en el IRPF que será la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión. El valor de adquisición de la vivienda será la suma del importe real satisfecho por la adquisición de la vivienda en el año 1996, de las inversiones y mejoras en su caso efectuadas y de los gastos (notaría, registro, etc.) y tributos inherentes a la adquisición que hubieran sido satisfechos por el adquirente. El valor de transmisión será el importe real por el que se efectúe la enajenación siempre que no que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste, del que se deducirán los gastos y tributos inherentes a la transmisión que hubieran sido satisfechos por el transmitente, entre los que se encontrarían los gastos de notaría y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a que hace referencia en su escrito. El importe de la ganancia o pérdida patrimonial se integrará en la base imponible del ahorro, en la forma prevista en el artículo 49 de la LIRPF*».

(37) Sanciñena Asurmendi, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 65-66.

3. CONCLUSIÓN

Respecto a las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales puede concluirse que:

a) La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales de forma onerosa está sujeta a ITPO (art. 7.1 TRLITPAJD, pero EXENTA (art. 45.1B).

b) Si la aportación se realiza a título gratuito tampoco está sujeto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, ni al impuesto sobre sucesiones y donaciones por cuanto: 1) el sujeto pasivo es exclusivamente una persona física y la SG no es persona física 2) no constituye una donación al otro cónyuge, la donataria es la SG, tal como lo ha establecido la STS 3 de marzo 2021 núm. 295/2021.

c) En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la Dirección General de Tributos se está produciendo un cambio de criterio a raíz de la unificación de criterio establecido en la Resolución del Tribunal económico administrativo central de 23 de enero de 2024, que estima que si existe alteración patrimonial que constituye hecho imponible del IRPF. Este cambio de criterio en mi opinión es contrario a lo establecido en la STS de 3 de marzo de 2021 generando una falta de seguridad jurídica que exige una reforma del artículo 33.2 de la Ley del IRPF a fin de que se inclu*ya «Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio 2. En la aportación de bienes a la sociedad de gananciales […]».*

d) La aportación de bienes a la sociedad de gananciales no tributa en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, al no producirse una alteración patrimonial, y por ello el artículo 104.3 de la LRHL expresamente dispone que no se produce la sujeción al impuesto al no existir transmisión patrimonial.

Una vez realizada la aportación de la vivienda familiar/habitual a la sociedad de gananciales mientras esta se encuentra vigente, la misma adquiere naturaleza ganancial en su totalidad.

En el momento en que se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Las adjudicaciones de bienes incluida la vivienda familiar, a su favor y en pago del haber ganancial si se realizan sin excesos de adjudicación se encuentran exentas del ITPO (Art. 451 b.3 del RDL1/1993.

b) Si las adjudicaciones se realizan en un convenio regulador homologado judicialmente ninguna tributación procede por AJD, al no ser un documento notarial.

c) Si las adjudicaciones se realizan en documento notarial la exención del artículo 45.1. B)3 del TR debe aplicarse a la cuota gradual del AJD. Art.31.2 del TR.

d) Si se producen excesos de adjudicación que se abonan con bienes privativos, la DGT estima que tributan como dación en pago de la deuda nacida del defecto de adjudicación ganancial (Art. 7.2.a RDL 1/1993).

e) Los derechos de reembolso a favor de la SG o de uno de los cónyuges y las adjudicaciones en pago de los mismos no constituyen hechos imponibles autónomos ni en el ITPAOYAJD ni en el ISD.

f) Las adjudicaciones de bienes a su favor y en pago de haber ganancial están no sujetos al IIVTNU según articulo 104.3 LRHL.

g) No debería producirse tributación en el IRPF si no existe alteración patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Menéndez, E., «La sociedad de gananciales y el impuesto sobre sucesiones y donaciones. ¿Sujeto de la relación jurídico-tributaria?», *Revista Española de Derecho Financiero,* núm. 197, 2023, pp. 33-72.

Berrocal Lanzarot, A. I., «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 2020, pp. 3045-3099.

Expósito Corral, A. A., «Los excesos de adjudicación consecuencias fiscales. Especial referencia a los producidos como resultado de la disolución de la sociedad de gananciales», *Quincena Fiscal*, 4, 2009, pp. 13-35.

Gallardo Rodriguez, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso». *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 37, 2023, pp. 3-27.

García de Pablos, J. F., «La exención de las adjudicaciones de bienes gananciales en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010», *Quincena Fiscal* 19, 2010, pp. 109-122.

Mariño Pardo, F. M., «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 71, 2016, pp. 81-107.

Medrano Aranguren, A., «Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 249, 2021.

Nieto Alonso, A, «La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el Régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del código civil», *Revista de Derecho civil*, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio 2021) Estudios, pp. 39-91.

Poveda Bernal, M. I., «Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación" a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 640, 1997, pp. 799-888.

Rodríguez-Palmero Seuma, P., y García de Arriba Marcos, R., «La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales», La Ley 2006, núm. 6582.

Sanciñena Asurmendi, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 43-71.

Sanciñena Asurmendi, C., y Gago Simarro, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *ADC*, Tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), 2022, pp. 1451-1522.

E.2 Efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/ familiar en la liquidación del régimen de separación de bienes. Extinción de condominio(1)

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-3407-2363
clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente capítulo se analizan los efectos fiscales derivados de la adjudicación a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, extinción de condominio en los principales impuestos: ITPO, AJD, IIVTNU e IRPF.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) cuya investigadora principal es Matilde Cuena Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: *Adjudicación vivienda familiar, separación de bienes, extinción de condominio, ITPO, AJD, IIVTNU, IRPF.*

Abstract: *In this chapter, the fiscal effects derived from the award to the liquidation of the marital economic regime of separation of assets, extinction of condominium in the main taxes are analyzed: ITPO, AJD, IIVTNU and IRPF.*

Keywords: *Adjudication of family housing, separation of assets, termination of condominium, ITPO, AJD, IIVTNU, IRPF.*

Sumario: 1. Fiscalidad de la extinción de condominio de un único bien: vivienda habitual. 1.1 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a un cónyuge gratuitamente, sin compensación económica realizada en un convenio regulador homologado por sentencia judicial de divorcio. 1.1.1 Impuesto de sucesiones y donaciones (ISD). 1.1.2 Actos Jurídicos Documentados (AJD). 1.2 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a uno solo de los cónyuges con compensación. 1.2.1 Compensación en metálico. 1.2.2 Compensación en otros bienes. 1.2.3 Con compensación mediante asunción del pago del préstamo hipotecario, liberando al otro condómino. 2. Fiscalidad de extinción de condominio sobre varios bienes con diferentes orígenes. 3. Fiscalidad de extinción de condominio sobre varios bienes con un mismo origen. 4. Excesos de adjudicación en el IRPF. Bibliografía.

1. FISCALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE CONDOMINIO DE UN ÚNICO BIEN: VIVIENDA HABITUAL

En este apartado se analizarán varios supuestos que con frecuencia se producen en los casos de extinción del régimen de separación de bienes.

La extinción del condominio[2] presenta la problemática fiscal de los excesos de adjudicación, que pueden ser evitables o inevitables al ser indivisibles o desmereciendo mucho con la división y motivados por su no compensación o por su compensación en metálico en especie (bienes).

Deberá tenerse presente que la exención del artículo 45. I. B) del TRITPOYAJD no se aplica al régimen económico de separación de bienes, tal como lo ha declarado la STS, Sala 3.ª, sección 2.ª de 30 de abril de 2010[3].

(2) Guerra Reguera, M., *Consecuencias Fiscales de la Extinción de una Comunidad de Bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, Orón Moratal, G, «La extinción de condominio y sus efectos fiscales», *Quincena Fiscal,* 10, 2023.

(3) Ver Calvo Vérgez, J, «Fiscalidad de las operaciones de disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales: en torno a la STS de 30 de abril de 2010», *Diario La Ley,*

1.1 **Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a un cónyuge gratuitamente, sin compensación económica realizada en un convenio regulador homologado por sentencia judicial de divorcio**

Doña Ana y Don Juan tienen un patrimonio en común compuesto únicamente por su vivienda habitual que les pertenece al 50 % proindiviso. Deciden disolver su matrimonio y en el convenio regulador acuerdan liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes y adjudicar al 100 % la propiedad de la vivienda habitual a Doña Ana, sin compensación a Don Juan.

¿Qué repercusiones fiscales tiene este acuerdo?. Para contestar a esta pregunta deben examinarse los impuestos que se detallan a continuación.

1.1.1 *Impuesto de sucesiones y donaciones (ISD)*

El artículo 3.1.b) LISD dispone que constituye el hecho imponible: «*b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título, "intervivos"*».

A raíz de la STS, S.3.ª, sección 2.ª de 12 de julio 2022 núm. 963/2022. Ponente: Navarro Sanchís, el exceso de adjudicación que tiene lugar con la atribución a uno de los ex cónyuges la vivienda habitual no está sujeta al impuesto sobre donaciones[(4)]. Sus argumentos jurídicos se sintetizan en los siguientes:

A) Inexistencia de *animus donandi*, elemento esencial para que exista una donación.

---

núm. 7595, La Ley, 2011. De Castro esteller, V, «Tratamiento fiscal diferenciado en la liquidación de regímenes económico matrimoniales», *InDret*, 3/ 2011, pp. 1-14.

(4) Antes de esta STS, S.3.ª, sección 2.ª de 12 de julio 2022 núm. 963/2022, STS 3083/2022 – ECLI: ES: TS: 2022:083, el criterio era el contrario: Se estimaba sujeto al impuesto sobre Donaciones, siendo el sujeto pasivo el adjudicatario que recibe mayor porción, esto es el 100 %, y la base imponible el valor del exceso. Si concurren las circunstancias del Artículo 20. 6.º Y 7.º LISD se aplicaba la reducción establecida en el citado precepto. Así lo afirmó la DGT en consulta de 21/09/2.007. Este criterio se refleja en la Consulta V1028-06 de 01/06/2006 en la disolución de la comunidad de bienes en cuestión se producen excesos de adjudicación, éstos deberán tributar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o según las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en función de su carácter lucrativo u oneroso, que vendrá determinado por la existencia o no de compensación económica.»; igualmente por la Resolución del TEAC de 17 de septiembre de 2015, núm. 03910/2015/00/00, al declarar que «*si el exceso se produce a título gratuito, sin compensación alguna, el hecho imponible realizado quedaría sujeto al impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.* La consulta de la DGT V0143-2022, consideraba donación al exceso de adjudicación resultante de la aplicación de los valores de referencia, sin norma alguna que lo amparase. Criterio que no puede seguir manteniéndose a la luz de la STS núm. 963/2022 de 12 de julio 2022.

Si la adjudicación de la totalidad de la vivienda familiar se realiza en convenio regulador, aun cuando pudiera constituir un exceso de adjudicación a favor del comunero a quien se le adjudica el 100 %, no puede considerarse una donación a los efectos del artículo 615 del Código Civil, pues no existe el ánimo de liberalidad por parte del donante. La ausencia de contraprestación ha sido determinada por la voluntad de las partes intervinientes que, en el marco de las negociaciones de un convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio, deciden de mutuo acuerdo la adjudicación de la vivienda habitual a favor de uno de los cónyuges.

B) Ausencia de escritura pública. Al realizarse la adjudicación del 100 % inmueble a uno de los ex cónyuges, el exceso de adjudicación gratuito estaría contenido en una sentencia de separación, nulidad o divorcio, lo que determina que el negocio jurídico realizado sería nulo puesto que las donaciones de inmuebles deben constar en escritura pública, tal como dispone el artículo 633 del CC, siendo un requisito de forma *ad solemnitatem*.

C) Regulación específica. Con carácter general, los excesos de adjudicación declarados provengan de una disolución matrimonial o de cualquier otra causa de división de la cosa común, están regulados en la Ley del Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en concreto en el artículo 7.2 B, con exclusión del ámbito objetivo del ISD.

D) Caso de no sujeción. En el presente caso, se aplica el artículo 32.3 del RTPOYAJD, que dispone la no sujeción al TPO de los excesos declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución matrimonial cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno solo de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

En consecuencia, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3.ª de 12 de julio de 2022, Doña Ana no tributaría por el Impuesto de sucesiones y donaciones.

1.1.2 *Actos Jurídicos Documentados (AJD).*

¿Abonaría Doña Ana el impuesto de actos jurídicos documentados? No procede sujeción por AJD, al haberse realizado la liquidación del régimen de separación de bienes y adjudicación en convenio regulador homologado por sentencia judicial, que no son documentos notariales y por consiguiente no está sujeto a AJD.

1.2 **Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a uno solo de los cónyuges con compensación**[5]

Se genera un exceso de adjudicación derivado de disoluciones matrimoniales o de cambio de régimen económico matrimonial, cuya fiscalidad varía según se abone en metálico, mediante la adjudicación de la totalidad del préstamo hipotecario o con bienes privativos.

1.2.1 *Compensación en metálico*

Don Juan y Doña Ana al disolver su matrimonio acuerdan en el convenio regulador de su divorcio adjudicar el 100 % de la vivienda habitual copropiedad de ambos al 50 % a la esposa con la obligación de esta de compensar al Sr. Juan en metálico en la cantidad que corresponde a su cuota de participación en la misma. Para determinar las repercusiones fiscales que tiene este pacto, es preciso analizar los impuestos que se detallan a continuación.

1. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (en adelante ITPO).

El artículo 32.3 del Reglamento de ITPO y AJD[6] declara no sujetas al ITPO los excesos de adjudicación declarados derivados de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico matrimonial (todos), consecuencia directa de la adjudicación a uno de ellos de la vivienda habitual del matrimonio.

Para que se produzca la no sujeción al ITPO es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

A) La causa del exceso de adjudicación declarado debe ser onerosa, de forma que el comunero que se queda con la totalidad del bien compense al otro en metálico o en especie, puesto que si no existe compensación

(5) Serrano de Nicolás, A., «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat (Societat Catalana d Éstudis Juridics)*, vol. 21 2019, p. 233.

(6) Artículo 32.3 RITPAJD aprobado por Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo: «*Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de* "transmisiones patrimoniales onerosas" *los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.*»

el hecho imponible queda sujeto al Impuesto de Donaciones. La obligación de compensar al otro en metálico técnicamente no es un exceso de adjudicación, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común.

B) Se trate de excesos de adjudicación «declarados» por los propios sujetos pasivos, no procediendo en caso de excesos de adjudicación comprobados por la administración.

C) Que deriven de adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico matrimonial, consecuencia directa de la adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges(7).

El Tribunal Supremo, entre otras, en STS 28 de junio 1999 reiterada en la STS, s.3.ª de 5/12/2023(8), estima que no hay transmisión gravable en el impuesto de transmisiones patrimoniales (ITP) por el hecho de que uno de los copropietarios se adjudique la totalidad del inmueble, compensando al resto en metálico. La justificación radica en que *la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en las que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero*. […] Se trata de una especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Esta obligación de compensar al otro o a los demás en metálico no es un exceso de adjudicación, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común[…].

2. Actos Jurídicos Documentados (en adelante AJD).

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, como afirmó la DGT en Consulta de 4 de abril de 2005, y STS Sala 3.ª, sección 2.ª del TS de 30 de abril de 2010 estará exento solo si lo disuelto es la sociedad de

(7) Si la compensación es en metálico y no deriva de disoluciones de matrimonio, esto es, si derivan de disoluciones de condominio voluntarias ordinarias en las que uno de los comuneros se adjudica el pleno dominio de una finca indivisible o que desmerezca mucho por su división, abonando la parte que le correspondía a los demás en metálico, tal «exceso de adjudicación» no está sujeto a Transmisiones Patrimoniales Onerosa por aplicación del art.7.2.b) TRLITP. El criterio que determina la no sujeción de los excesos en las comunidades ordinarias está contenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1998, y 28 de junio de 1999, en las que declaró que la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente y por tanto no es una operación susceptible de realizar el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a tenor de lo establecido en el art. 7º.1.A del Texto Refundido.

(8) STS, s. 3.ª, DE 05/12/2023, núm 1634/2023. Ponente: Isaac Merino Jara. Id Cendoj: 28079130022023100372. Roj: STS 5535/2023 – ECLI: ES: TS:2023:5535.

gananciales, no cualquier otro régimen económico matrimonial, por disponerlo el artículo 45. I. B).3 del Texto Refundido)[9].

Por ello, el adjudicatario del inmueble tributará por la cuota fija y gradual del AJD si la disolución del condominio se produjo en documento notarial[10]. Si la extinción del condominio se realizó ante el Juez o secretario judicial mediante convenio regulador[11] homologado judicialmente, no tributará por actos jurídicos documentados.

---

(9) En este sentido se ha pronunciado la STS Sala 3.ª, sección 2.ª del TS de 30 de abril de 2010. Ponente: Emilio Frias Ponce. STS 2351/2010. Ecli: ES: TS:2010: 2351.

(10) En un supuesto de disolución de condominio voluntaria ordinaria el Tribunal Supremo, S.3.ª, en sentencia de 24 de enero 2020 número 69/2020, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Aguallo Avilés, ROJ: STS 133/2020. ECLI: ES: TS:2020:133, dispuso: «*La cuestión con interés casación consiste en "Determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condóminos, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados". La respuesta que damos, en consonancia con lo expuesto, es que la extinción de un condominio, en el que se adjudica a uno de los condóminos un bien indivisible, que ya era titular dominical de una parte de este, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas sino a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados». Reitera criterios expuestos en sentencia núm. 344/2019, de 14 de marzo, dictada en el recurso de casación núm. 5404/2017. Extinción de condominio dimanante de herencia de padres.» No se tributará, por tanto, por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Sí se tributará, en cambio, por la modalidad de actos jurídicos documentados, no ya solo por la cuota fija (art. 31.1 TRITPyAJD), cuestión que es indiscutida, sino por la cuota gradual, puesto que concurren todos los requisitos previstos en el artículo 31.2 TRITPyAJD».*

(11) A efectos de inscripción de los bienes inmuebles que los cónyuges o excónyuges tengan en común, deberá tenerse en cuenta los criterios de la Dirección General de Registros y del Notariado. Así la Resolución de la DGRN de 26/07/2016 con carácter general dispone que a efectos de su inscripción no es admisible que en el convenio se contengan estipulaciones relativas a bienes adquiridos antes del matrimonio, salvo en los siguientes supuestos: a) Adjudicación de la vivienda familiar, plaza de garaje y trastero vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan números registrales independientes. RDGRN 27/02/2015. b) Cuando se haya ejercido conjuntamente la acción de división de cosa común conforme el artículo 437.4. 4.º de la LEC. Respecto a los cónyuges casados en régimen de separación de bienes la RDGRN de 15/09/2020: «*[…] este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble […]. En el régimen de separación es posible que la liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo. Como señaló este*

La tributación en el impuesto de actos jurídicos documentados cuando la extinción de condominio se realiza en escritura pública ha venido planteado los siguientes problemas:

1) Base imponible del AJD. ¿La constituye únicamente el valor de la cuota adquirida o el valor total del bien?

La constituye exclusivamente el valor de la cuota que se adquiere y no el valor total del bien, tal como de forma reiterada lo ha venido estableciendo el Tribunal Supremo en las STS 1484/2018 de 9 de octubre de 2018; de 9 de octubre de 2018, reiterada por otras posteriores: STS 960/2019 de 14 de marzo de 2019, STS 970/2019, 969/2019, 966/2019; 377/2019 de 20 de marzo de 2019, STS 1058/2019 de 26 de marzo de 2019, STS 1013/2019 de 9 de julio de 2019; STS 1317/2019, de 4 de octubre de 2019; STS 1379/2019, de 16 de octubre de 2019; STS 1502/2019 de 30 de octubre 2019 (12).

El artículo 30.1 LITPO dispone que servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa, y que cuando la base imponible se determine en función del valor de un bien inmueble, el valor de este no podrá ser inferior al determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 LITP, que en su apartado 2 establece que en el caso de bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del Catastro inmobiliario a fecha de devengo del impuesto, que es la fecha de la escritura.

2) ¿Puede una oficina liquidadora cobrar dos veces AJD? ¿una por la extinción de condominio y otra por el exceso de adjudicación?

Algunas oficinas liquidadoras intentan cobrar dos veces Actos Jurídicos Documentados**,** una por la extinción del condominio y otra por el exceso de adjudicación, basándose en que las Resoluciones de la Dirección General de Tributos V0952-18, de 11 de abril de 2018, y V2997-18, de 21 de noviembre de 2018, dicen que hay dos convenciones.

Centro Directivo en Resolución de 5 de diciembre de 2012, es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador».

(12) STS, S.3.ª, 1502/2019 de 30 de octubre 2019. Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda. Roj: STS 3480/2019. ECLI: ES: TS:2019: 3480.

La DGT de Cataluña asume el criterio del TS relativo a la base imponible en AJD de las extinciones de condominio en las consultas 73/19, 97/19, 116/19 y 135/19, todas de 15 de mayo de 2019.

La DGT del Ministerio de Economía y Hacienda asume de manera expresa el criterio del TS relativo a la base imponible en AJD de las extinciones de condominio en la consulta V3344-19, de 5 de diciembre de 2019 reiterado en la consulta V2713-20 de 04/09/2020, V2554-21 de 21/10/2021. Ver Serrano de Nicolás, A, «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat (Societat Catalana d Éstudis Juridics)*, Vol 21 2019, pp. 230-231.

Solo existe una única convención, pues el exceso de adjudicación inevitable es la única forma de extinguir el condominio, es decir, que forma parte intrínseca del negocio jurídico de disolución de la comunidad**.** Además, ahora queda más claro que hay una sola convención, pues la base imponible sería la misma tanto en la extinción de condominio como en ese pretendido exceso de adjudicación: solo el valor de la cuota que se adquiere.

Pero aun cuando se entendiera que hay dos convenciones, la segunda (el exceso) no cumple el requisito de ser inscribible, lo que se inscribe es la extinción del condominio, por lo que no reúne los requisitos del artículo 31.2 de la Ley del Impuesto, de manera que no podría quedar sujeto adicionalmente a Actos Jurídicos Documentados.

Además, la Resolución de la DGT V0110-19, de 31 de enero de 2019, posterior a las anteriores dice que solo hay un AJD por la extinción, lo que confirman también las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura de 3 de julio de 2014, de Andalucía de 5 de noviembre de 2015, de Castilla La Mancha de 11 de octubre de 2010.

3. Impuesto Plusvalía Municipal (IIVTNU).

No se producirá sujeción al impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana(13) por aplicación del artículo 104.3 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Por último, hay que tener en cuenta que en el caso de que no se produzca la sujeción al IIVTNU con ocasión de la disolución de la comunidad de bienes, en la futura transmisión del terreno adjudicado al comunero que esté sujeta al impuesto, a los efectos del cómputo del período de generación del incremento de valor del terreno para la determinación de la base imponible, se entenderá que el inmueble fue adquirido en la fecha en que se produjo la anterior transmisión sujeta (cuando ambos comuneros adquirieron el inmueble) y no en la fecha en que se produce la adjudicación por extinción de la comunidad de bienes.

1.2.2 *Compensación en otros bienes*

Hasta la STS**,** sala 3.ª, de 30/10/2019, sentencia número 1502/2019(14), la DGT en consultas de 3/11/2005; 12/06/2006 y 12/06/2007, afirmó que

(13) Ver Blanco García, A., y García Carretero, B., «El Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: Análisis crítico y propuestas de reforma», Madrid, 2021.

(14) STS, sala 3.ª de 30/10/2019, núm. 1502/2019. Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda. STS 3480/2019. ECLI: ES: TS:2019: 3480. Id cendoj. 28079130022019100056.

para que tenga lugar el supuesto de no sujeción previsto en el Artículo 7. 2. B, es necesario que haya compensación y que ésta sea en metálico, pues en otro caso estaremos ante una permuta, que debe tributar como tal (aplicación del Artículo 23 del Reglamento del ITPO y AJD).

Este criterio fue modificado por la STS 1502/2019 de 30/10/2019 al llegar a la conclusión siguiente:

> 1. «– *La extinción completa de dos condominios, formalizada en escritura pública, cuando se adjudican los dos bienes inmuebles indivisibles sobre los que recaen a uno de los condóminos, que compensa el exceso de adjudicación parte en metálico y parte por la entrega de varios bienes muebles y de un bien inmueble de su propiedad del que era exclusivo titular dominical, constituye para el expresado adjudicatario un supuesto de no sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), debiendo tributar por la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD) del ITPAJD, con independencia de que los copropietarios ostentasen participaciones distintas en cada uno de los referidos condominios.*
>
> *2. En aquellos supuestos en que la adjudicación a un copropietario del bien que, hasta ese momento, se encontraba en comunidad, comporte la completa extinción del condominio y, además, de producirse un exceso de adjudicación, exista una compensación que opere como un elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad de las mutuas contraprestaciones del condómino transmitente y el adjudicatario, resulta aplicable el artículo 7.2. B) TRITPAJD, que describe un supuesto de no sujeción a la modalidad de TPO dando lugar, en consecuencia, a la tributación por AJD (SSTS 1013/2019, de 9 de julio, rca 5663/2017; 411/2019, de 26 de marzo, rca 5070/2017; 344/ 2019, de 14 de marzo de 2019, rca 5404/2017). En efecto, en primer término, debe significarse que el artículo 4 TRITPAJD establece que "a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa".*
>
> *3. Sobre la aplicabilidad de esta exoneración de tributación por TPO al caso de división de cosa común, fuera de las operaciones de división hereditaria, que es el expresamente contemplado en el artículo 7.2. B) TRITPAJD, se ha pronunciado reiteradamente esta Sala en casos en que la adjudicación se realiza a uno de los comuneros, con extinción del régimen del condominio. Así, entre otras, en la sentencia de 28 de junio de 1999, dictada en el recurso de casación en interés de la ley 8138/1998 (ES: TS:1999:4571), hemos considerado que la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus res-*

pectivas participaciones en dicha comunidad no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, porque dicha operación tiene carácter particional y no dispositivo. Por otra parte, también negamos allí la sujeción por la modalidad de transmisiones patrimoniales en aquellos supuestos en los que la división de la cosa común resulta imposible por ser el bien indivisible o de división que reduce sustancialmente su valor y la totalidad del bien se adjudica a un comunero. La base normativa de la aplicación de la exoneración de TPO prevista en el 7.2. B) del TRITPAJD también a las comunidades de bienes no hereditarias, es la remisión que efectúa el artículo 406 del CC al régimen normativo de las divisiones hereditarias.

Por tanto, como regla general, desde el punto de vista de la ley tributaria, el artículo 7 TRITPAJD define el hecho imponible de la transmisión patrimonial onerosa de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. Se grava con carácter general todo tráfico civil de bienes o derechos que se produce en nuestro sistema jurídico, movimientos o desplazamiento entre sujetos de derecho, cualquiera que sea el negocio jurídico a través del que se instrumente, y siempre que no deriven de una operación societaria en que se aplicaría el impuesto de Operaciones Societarias. Se trata pues de una modalidad que tiene por objeto el desplazamiento de un derecho patrimonial con causa onerosa que viene constituida, para cada parte contratante en la prestación que recibe de la otra (art. 1274 CC) y en la que el resultado es siempre el cambio de titularidad de ese derecho, de manera que fundamento del gravamen se encuentra en la capacidad económica que se pone de manifiesto con esa adquisición. Sin embargo, al adjudicarse a uno de los copropietarios un bien inmueble indivisible extinguiéndose, en consecuencia, el condominio que existía sobre el mismo, emerge el supuesto de no sujeción que, como excepción prevé el artículo 7.2 B TRITPAJD, por cuanto, en estos casos, aquél participe que resultó adjudicatario, ya era titular dominical de una determinada participación y, a través de una única convención –como acontece en el caso que nos ocupa– se le adjudica la totalidad del pleno dominio, mediante la compensación en dinero equivalente a su respectiva participación al otro propietario del inmueble, no existiendo, por ende, exceso de adjudicación. Dicho en otras palabras, en estos casos no existe transmisión patrimonial sino, simplemente, la especificación de un derecho preexistente».

En definitiva, si las diferencias de adjudicación existentes son consecuencia de la indivisibilidad de los bienes, la compensación puede realizarse en metálico, asumiendo deudas hipotecarias o adjudicando bienes mediante dación en pago.

La clave para mantener la tributación por el AJD, es que los bienes que se adjudiquen no sean privativos, sino que previamente estuvieran en si-

tuación de condominio, pues en este caso no se producirá transmisión alguna, se produciría una disolución de comunidad con especificación de derechos[15]. Por el contrario, si se trata de bienes privativos de uno de los comuneros el que se utiliza para la compensación, si habrá transmisión gravable en el ITP.

1.2.3 *Con compensación mediante asunción del pago del préstamo hipotecario, liberando al otro condómino*

Me estoy refiriendo al siguiente supuesto de hecho: dos cónyuges copropietarios al 50 % proindiviso de un inmueble que tiene un valor de 200.000 € y está gravado con un préstamo hipotecario con un saldo pendiente de 100.000 €, por lo que el valor «neto» sería de 100.000 €. De tal valor neto, 50.000 € sería el valor teórico de la parte de cada uno y análogo valor teórico tendrá la deuda para cada uno de ellos. En tal supuesto uno de los condóminos de adjudica el pleno dominio y en pago de la parte del otro condueño, asume la totalidad de la deuda del préstamo hipotecario.

Por exigencias de las entidades acreedoras los deudores lo son siempre (o casi siempre) con carácter solidario, ahora bien, tal carácter solidario es simplemente frente a la entidad de crédito, ya que en la relación interna entre codeudores cabría hablar de una mancomunidad en la deuda, de ahí que la asunción de la totalidad del préstamo supone frente al otro condueño extinguir su parte de deuda, aunque la relación con la entidad acreedora del primero no haya cambiado (salvo por pasar a ser el único deudor, si acepta la liberación del otro).

No se realiza un pago en metálico de la parte del otro comunero, pero en la práctica el resultado es equivalente, al quedar liberado de una obliga-

(15) Esta doctrina ha sido asumida por la Dirección General de Tributos y así se observa en su respuesta a las recientes consultas V1901-21, de 17 de junio, y V2889-21, de 17 de noviembre. En ellas, el órgano consultivo declara que «*En definitiva, el Tribunal Supremo considera que, cumpliéndose los requisitos de indivisibilidad, equivalencia y proporcionalidad, la disolución simultánea de varias comunidades de bienes sobre inmuebles de los mismos condóminos con adjudicación de los bienes comunes a uno de los comuneros que compensa a los demás, deberá tributar por la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por resultar aplicable el supuesto de no sujeción regulado en el referido artículo 7.2. B); y ello, con independencia de que la compensación sea en metálico, mediante la asunción de deudas del otro comunero o mediante la dación en pago de otros bienes. En este último caso, en opinión del Tribunal Supremo, solo tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas la transmisión de bienes privativos de un comunero al otro, pero no la de bienes que ya estaban en condominio, pues en tal caso no se produce transmisión alguna, sino disolución de una comunidad de bienes con especificación de un derecho que ya tenía el condómino que se queda con el bien.*»

ción de pago de una cantidad de metálico el comunero que sale del condominio, por lo que, tratándose de un bien indivisible o que desmerece por su división no es sino la concreción de un derecho abstracto preexistente sobre un bien concreto, de forma que no debe quedar sujeto a TPO.

Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 7 de diciembre de 2007, al afirmar que en este supuesto debe ser aplicable la doctrina del Tribunal Supremo (que tantas veces hemos repetido), ya que no se trata de un exceso de adjudicación, sino de la materialización o concreción de una cuota ideal en un bien concreto. Por tanto, no está sujeto a ITPO.

También la DGT en Consulta de 23/01/2009, entiende que no procede la tributación por ITPO en este supuesto, afirmando que también tiene la consideración de compensación en metálico la asunción por el adjudicatario de la parte de deuda del otro copropietario en el préstamo hipotecario común. (Por cierto, en el supuesto previsto en la citada consulta el exceso fue satisfecho en parte mediante la asunción de parte de la deuda y en parte en metálico).

De esta manera, no constituye una operación sujeta a la modalidad ITPO el exceso de adjudicación del que se beneficia uno de los comuneros al recibir un inmueble, cuando a cambio asume la parte de deuda de los otros copropietarios en el préstamo hipotecario común solicitado para pagar el precio de dicho inmueble, en un importe equivalente al valor del exceso (DGT CV 11 de septiembre de 2009, EDD 234538; DGT CV 28 de octubre de 2010, res. 2367/2010(20); DHF Vizcaya 21 de octubre de 2011, JUR 201214956(21); TSJ Asturias 30 de abril de 2012, EDJ 90915).

Debe entenderse por otro lado que la operación tampoco podrá quedar sujeta como adjudicación expresa en pago de asunción de deuda (art. 7.2. A) TRLITPAJD), puesto que la única convención realizada es la disolución de una comunidad sobre un bien indivisible no sujeta a TPO, aunque accidentalmente pueda llevar consigo una asunción de deuda (art. 4 TRLITPAJD).

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sala 3.ª, en sentencia número 1502/2019 de 30/10/2019, Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda, que considera dinero metálico la subrogación en un préstamo hipotecario.

Esta compensación onerosa, mediante la asunción íntegra del préstamo hipotecario o en especie a modo de dación en pago, ha sido reconocida por la DGT, entre otras, en la consulta V2889-21, de 17/11/2021 (16).

(16) RDGT CV V2889-21, de 17 de noviembre de 2021 contempla el supuesto de dos disoluciones de una copropiedad por terceras partes indivisa de un inmueble adquirido por herencia de su padre y cinco inmuebles adquiridos por herencia de ambos padres con cuotas distintas y desean asignarse las propiedades individualmente realizando sobre el conjunto adjudicaciones proporcionales a sus haberes, que, como se ha indicado, son sobre determinados bienes desiguales. Pues bien, afirma la

2. FISCALIDAD DE EXTINCIÓN DE CONDOMINIO SOBRE VARIOS BIENES CON DIFERENTES ORÍGENES

Esta situación se produce en la siguiente situación: «El Sr. Pedro y la señora Ana tienen un patrimonio común compuesto por su vivienda habitual de 300 m^2, dos garajes y un trastero sitas en Madrid en Paseo de la Habana adquiridos por compraventa durante su matrimonio en régimen de separación de bienes en el año 1990, que les pertenece al 50 % en proindiviso. Además, son propietarios al 50 % *pro indiviso* de un chalet en Marbella (segunda vivienda) adquirido mediante donación de una tía de ANA en el año 2000, así como un local de negocio de 50 m^2 en Málaga adquirido al 50 % mediante compraventa en el año 2017 y deciden disolver su matrimonio y en el convenio regulador acuerdan liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes y adjudicar la propiedad de la vivienda habitual, garaje y trastero al 100 % a la Señora Ana, y el chalet y el local al esposo Pedro. ¿Qué repercusiones fiscales tiene este pacto?

Si la extinción de condominio se realiza sobre varios bienes que tienen diferentes orígenes, la DGT (entre otras V2300-17, de 12 de septiembre, V0257-18 de 6 de febrero de 2018, V1001-18 de 18 de abril de 2018 o V1345-18 de 23 de mayo de 2018, V0036-20 de 13 de enero de 2020 (17), aunque hay

---

DGT, tomando como referencia específica la sentencia citada del TS de 30/10/2019, número 1502/2019 que:(I) No estamos ante una única comunidad, sino ante tantas comunidades como inmuebles.(II) Si todos los bienes son indivisibles y las adjudicaciones son inevitables por dicha indivisibilidad, las disoluciones simultáneas de todas las comunidades con compensación en especie de bienes que tienen en el conjunto de comunidades, formando a la postre lotes equivalentes, no incide adicionalmente en TPO, sino exclusivamente en AJD. Es decir, aunque estemos ante una disolución simultánea de tantas comunidades como inmuebles, sin embargo, la DGT reconoce una interconexión entre las mismas, permitiendo el «trasvase» o «intercambio» de inmuebles como medio de compensación sin incidir en TPO, siempre que se respete la adjudicación por indivisibilidad inevitable a uno.

(17) RDGT CV0036-20 de 13/01/2020: «*Existen dos comunidades de bienes sobre varios inmuebles originadas por dos adquisiciones mortis causa distintas. Por lo tanto, al tratarse de dos condominios distintos, su disolución supondrá la existencia de dos negocios jurídicos diferentes que deben realizarse de forma separada e independiente. En cada uno de estos negocios habrá que analizar cómo se efectúa la adjudicación de los bienes para determinar su tributación. Así, si lo que se realiza es una permuta de los porcentajes de participación entre los cotitulares de los bienes deberá tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, en los términos establecidos en el artículo 23 del Reglamento del impuesto. Si, por el contrario, se produce una disolución de la comunidad habrá que determinar, conforme a lo anteriormente expuesto, si se producen excesos de adjudicación y en su caso, si esos son onerosos o lucrativos. En el supuesto de producirse excesos de adjudicación, compensando el comunero al que se le adjudique el exceso al resto por las diferencias que existen a su favor, habrá que determinar si se aplica la regla general que da lugar a la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas conforme al artículo 7.2 b) del texto refundido por el comunero que recibe el exceso, o bien la excepción conforme a lo previsto en el artículo 1062 del Código Civil, en cuyo caso, dará lugar a la tributación por la modalidad de actos jurídicos documentados, cuota variable, documento notarial, de acuerdo con*

muchas más) considera que hay varias comunidades y no una sola (salvo que se trate de bienes adquiridos por cónyuges casados en régimen de separación de bienes según una Consulta de la DGT de 21 de enero de 2016) y estima que debe extinguirse el condominio de forma separada sobre cada bien, sin excesos de adjudicación o con excesos inevitables.

Si, por el contrario, la extinción del condominio se realiza globalmente sobre todos los bienes, la DGT entiende que hay permuta de cuotas entre comuneros que tributa en ITPO.

La DGT estima que se trata de tantas como títulos o conceptos concurran, pues cada una tiene su propia individualidad derivada de su distinto origen (DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 279453; Consulta vinculante V0036-20 de 13/01/2020) y no una sola comunidad. Así, por ejemplo, si A y B son copropietarios al 50 % de una vivienda y de un vehículo, el primero adquirido por compraventa, y el segundo por herencia, según la DGT no puede decirse que exista una sola comunidad de bienes formada por la vivienda y el vehículo, sino que existen dos comunidades independientes y autónomas, una sobre la vivienda, y otra diferente sobre el vehículo.

En consecuencia, la DGT entiende que la disolución de tales comunidades no puede tratarse como si fuera una única comunidad, sino que cada una de ellas debe disolverse autónomamente sin excesos, con los bienes que la componen.

Si no es posible que no haya excesos, éstos deberán compensarse con dinero, pero nunca con los bienes que integren las otras comunidades, por mucho que los comuneros sean los mismos.

Quiere ello decir que en la disolución de cada comunidad de bienes no es conveniente intercambiarse las cuotas que corresponden a cada comunero en una y otra comunidad de bienes, pues tal operación equivaldría a

---

lo previsto en el artículo 31.2 del texto refundido. En este último supuesto, en la valoración del cumplimiento de los requisitos previstos para aplicar la excepción se debe observar que, para determinar el supuesto de indivisibilidad del bien o desmerecimiento por la indivisión, al existir en cada una de las comunidades una cotitularidad sobre varios bienes, habrá que atender al conjunto de todos ellos para determinar la indivisibilidad, ya que aunque cada uno de los bienes individualmente considerados puedan ser considerados indivisible, el conjunto de todos si puede ser susceptible de división, por lo que el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros deberá hacerse mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles, evitando los excesos de adjudicación. De ser posible una adjudicación distinta de los bienes entre los comuneros, que evite el exceso o lo minore, existiría una transmisión de la propiedad de un comunero a otro, que determinaría la sujeción al impuesto. Por último, si se produce una disolución simultánea de las dos comunidades en las que existen excesos de adjudicación y se originan compensaciones entre los comuneros, la exigencia de que las compensaciones sean en metálico no permite la compensación con bienes que formen parte de otra comunidad. Si los comuneros intercambiasen inmuebles de una y otra comunidad de bienes como si de la adjudicación de los bienes de una única comunidad de bienes se tratara, tal intercambio tendría la consideración de permuta conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento del impuesto».

un exceso de adjudicación con compensación en especie, que quedaría sujeto a la modalidad TPO del ITPAJD, es decir, como permuta según el criterio interpretativo realizado por la DGT, que está siendo corregido por el Tribunal Supremo.

Dicho en otros términos; a la hora de disolver esas comunidades no cabe tener en cuenta de forma conjunta todos los bienes de todas ellas, como si se tratara de una única comunidad, para formar lotes equivalentes y, en su caso, compensar en metálico el exceso de adjudicación que resulte inevitable, sino que la compensación de excesos de adjudicación inevitables que se produzcan en la partición de cada una de las comunidades, para evitar la sujeción a la modalidad de TPO, debe ser compensada en metálico (DGT CV 3 de noviembre de 2011, EDD 291773; DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 2011/279453; DGT CV 24 de mayo de 2011, EDD 128288; DGT CV 17 de febrero de 2011, EDD 18288; DGT CV 27 de julio de 2009, EDD 216450; DGT CV 23 de julio de 2009, EDD 216365).

En definitiva, cada disolución de cada comunidad constituye un negocio jurídico diferente, y como tal cada uno debe ser tratado separadamente (DGT CV 22 de septiembre de 2011 EDD 2011/257241) V0036-20 de 13/01/2020, con lo que no cabe sustituir la compensación en metálico que proceda como consecuencia de un exceso de adjudicación producido en la disolución de una, por la entrega de bienes procedentes de los excesos de adjudicación resultantes de la disolución de otra comunidad distinta, pues en tal caso la operación tributaría como permuta –exceso de adjudicación en una comunidad, de un lado, y compensación en especie mediante la cesión de bienes procedentes de un exceso de adjudicación en otra comunidad, de otro– (DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 279453; CV V0110-19 de 17 de enero de 2019[18].

Así, en un supuesto en el que varios propietarios en *pro indiviso* de varios inmuebles, perteneciéndoles unos por compraventa y otros por herencia, pretenden disolver estos pro indivisos en un único acto, haciendo lotes cuyo valor sea lo más similar posible a las respectivas cuotas de par-

(18) RGT CV V0110-19 de 17 de enero de 2019: «*Nos encontramos ante tres comunidades de bienes en la que cada comunidad se debe disolver sin que se produzcan excesos de adjudicación, o produciéndose excesos estos sean inevitables y se compensen con dinero, en cuyo caso la disolución de cada comunidad de bienes, solo tributará por actos jurídicos documentados en cuanto reúnen todos los requisitos para tributar por la cuota variable del Documento Notarial, del artículo 31.2 del TRLITPAJD. Segunda: Si en la disolución de las referidas comunidades de bienes no se cumplen los requisitos expuestos, bien por producirse excesos de adjudicación no inevitables, bien por intercambiarse o permutar pisos de una de las comunidades de bienes como pago o compensación de lo recibido o adjudicado de la otra, además del devengo de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITPAJD relativa a la disolución de las comunidades de bienes en cuestión, tales excesos de adjudicación y permutas estarán sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del mismo impuesto*».

ticipación, efectuándose las compensaciones económicas que fueran necesarias por los excesos de adjudicación que se pudieran producir, la DGT advierte (DGT CV 22 de septiembre de 2011 EDD 2011/257241): *si bien es cierto que todos los inmuebles son propiedad de las mismas personas y por idéntico porcentaje, no lo es que todos los inmuebles constituyan una única comunidad de bienes, sino que se trata de dos comunidades de bienes. Una comunidad de bienes que se constituyó como resultado de la adjudicación de bienes de la herencia y con efectos desde la muerte del causante, que es el momento al que se retrotraen los efectos de la adjudicación de la herencia, y otra comunidad de bienes que se constituyó en el momento de la compraventa en pro indiviso. Ello significa que los comuneros no pueden intercambiar inmuebles de una y otra comunidad de bienes como si se tratara de una adjudicación de los bienes de una única comunidad, pues tal intercambio tendría la consideración de permuta y estaría sujeta como tal a la modalidad TPO. En síntesis, si la adjudicación de inmuebles de cada comunidad se realiza de forma separada y en cada una de ellas la adjudicación se realiza formando tres lotes lo más equivalentes que sea posible y si los excesos de adjudicación que se produzcan son inevitables –por imposibilidad de formar lotes equivalentes– y, además, tales excesos son compensados en metálico a favor de los comuneros que obtienen defectos de adjudicación en los inmuebles que reciben, dado que las comunidades de bienes no realizaban actividades empresariales, la disolución de cada una de las dos comunidades de bienes estará sujeta a la cuota gradual de AJD, documentos notariales, del ITPAJD. Por el contrario, si la disolución de las referidas comunidades de bienes no cumple los requisitos expuestos, bien por producirse excesos de adjudicación no inevitables, bien por intercambiarse o permutar inmuebles de una de las comunidades de bienes como pago o compensación de lo recibido o adjudicado de la otra, además del devengo de la cuota gradual de AJD, documentos notariales, del ITPAJD, relativa a la disolución de la comunidad de bienes en cuestión, tales excesos de adjudicación y permutas estarán sujetos a la modalidad de TPO del mismo impuesto.*

Las consecuencias prácticas que esta doctrina conlleva desde la perspectiva de la tributación por la modalidad ITPO de los excesos de adjudicación son las siguientes:

– Derivados de herencias. Tres personas (A, B y C) son condueñas en pro indiviso por terceras partes de una casa por título de herencia de su padre (valorada en 100), y de una parcela urbana por título de herencia de la madre (valorada en 200), nos encontramos ante dos comunidades

hereditarias distintas (herencias de los dos padres), con lo que si su disolución se articulase adjudicando a uno de los comuneros (A) el pleno dominio de la casa y a los otros dos (B y C) la parcela en pro indiviso, en realidad se estarían produciendo en ambas comunidades excesos de adjudicación compensados en especie –en concreto, con la participación de cada comunero en el bien del que no son adjudicatarios–, que tributarían por la modalidad TPO del ITPAJD como una permuta, siendo sujeto pasivo cada uno de los comuneros-permutantes por los bienes que reciba –A por el exceso de 66,66 que obtiene con la adjudicación de la casa, y B y C por el exceso de 66,66 que cada uno obtiene con la adjudicación de la parcela– (DGT CV 3 de noviembre de 2011, EDD 2011/291773).

– Y lo mismo sucedería si los mismos comuneros fuesen copropietarios de unos determinados bienes adquiridos por actos *inter vivos*, y de otros bienes adquiridos *mortis causa* (DGT CV 17 de febrero de 2011, EDD 2011/18288), o si unos les perteneciesen por compraventa, otros por donación, y otros por herencia (DGT CV 22 de diciembre de 2011, EDD 325789).

En este sentido, cuando por aplicación de la doctrina de la DGT puedan existir razones para sostener que concurren varias comunidades de bienes distintas susceptibles de ser apreciadas por la Administración tributaria, es recomendable disolver cada una de manera separada –sea en un único documento o en distintos–, previendo primeramente la compensación en metálico de los eventuales excesos de adjudicación que puedan producirse, de forma también independiente en cada comunidad, para posteriormente consignar que las deudas pecuniarias recíprocas nacidas entre los comuneros como consecuencia de las obligaciones de pago en metálico asumidas por cada uno quedan extinguidas por compensación en la parte concurrente (arts. 1195 a 1202 CC).

Así, por ejemplo, en el primer supuesto estudiado (DGT CV 3 de noviembre de 2011 EDD 291773), sería aconsejable particular primero la disolución de la comunidad existente sobre la casa, de manera que se adjudique en su totalidad a A, que se obliga a compensar en metálico a B y C (33,33 a cada uno), con lo que siendo el bien indivisible el exceso de adjudicación no quedaría sujeto a la modalidad TPO.

Posteriormente, se articularía en el mismo documento la disolución de la comunidad sobre la parcela urbana, adjudicándose *en pro indiviso* y por iguales partes a B y C, que se obligan a compensar en metálico a A (33,33 cada uno), con lo que siendo el bien indivisible el exceso de adjudicación tampoco quedaría sujeto a la modalidad TPO.

Como de la disolución de ambas comunidades han surgido derechos de crédito recíprocos entre los tres comuneros, que son a la vez acreedo-

res y deudores los unos de los otros por idéntico importe (33,33), a renglón seguido se consignaría en el documento de disolución la extinción de esos derechos de crédito por compensación.

El Derecho tributario no ofrece un concepto propio de comunidad de bienes, ni tampoco existe en las normas fiscales un tratamiento general y completo de la disolución o extinción del condominio, por ello la jurisprudencia ha ido desarrollando una doctrina sobre la base de la regulación ofrecida por el Derecho Civil que es preciso aplicar.

En el Derecho civil se reconoce el patrimonio colectivo, esto es, un patrimonio conformado por bienes y derechos que pertenecen en común a varias personas procedentes de diferentes negocios jurídicos intervivos y/o mortis causa, que se rigen por las normas civiles propias de la comunidad de bienes., siendo irrelevante el título de adquisición, así como si se formó mediante negocios jurídicos simultáneos o sucesivos.

El Tribunal Supremo está realizando una labor correctora del criterio hasta ahora sostenido por la Dirección General de Tributos y aplicado por la Administración tributaria, disponiendo en la STS, s. 3.ª de 26/04/2024, núm 719/2024 (19), reiterado en la STS, s.3.ª, de 30/04/2024, núm 731/2024 (20), el siguiente criterio interpretativo:

> « *FJ 3: conforme a las normas fiscales, artículo 7.2.b), únicamente quedan sujetos los excesos de adjudicación declarados, con alguna excepción; pues, como ha dicho este Tribunal, lo importante es que se haya extinguido el condominio, que el negocio jurídico… perseguía con claridad el ejercicio de una facultad de división de la cosa común, en la que se especifican los derechos que correspondían al comunero que transmite sus participaciones, recibiendo éste una parte equivalente sustitutiva de su cuota ideal en ambos condominios, incluso mediante la formación de lotes equivalentes y proporcionales, y, finalmente, que los condueños no han obtenido beneficio ni ganancia patrimonial, y en consecuencia, procederá la tributación de la operación por la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales. Dicho lo anterior cabe responder a la cuestión de interés casacional objetivo en el sentido de que está sujeta a la modalidad de actos jurídicos documentados la operación por la que se extinguen los condominios en los que participan los mismos titulares mediante la adjudicación de los bienes a cada uno de ellos sin que medie compensación por exceso de adjudicación, sin que tenga relevancia a efectos fiscales que los bienes adjudicados hu-*

(19) STS, s.3.ª núm. 719/2024. Ponente: José Antonio Montero Fernández. Roj: STS 2217/2024 – ECLI: ES: TS:2024:2217. Id Cendoj: 28079130022024100118.

(20) STS, s.3.ª núm. 731/2024 de 30/04/2024. Ponente: Isaac Merino Jara. Roj: STS 2218/2024 – ECLI: ES: TS:2024:2218. Id Cendoj: 28079130022024100119.

bieran sido adquiridos e incorporados a los condominios en virtud de distintos títulos de adquisición.»

El Tribunal Supremo estima que es irrelevante para la aplicación del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.2 B del TRITPAJD la existencia de uno o varios condominios que se extinguen por completo como consecuencia de la adjudicación de los inmuebles a uno de los copropietarios. Lo trascendental es que los bienes inmuebles resulten indivisibles, y sea imposible un procedimiento de distribución entre los copropietarios, distinto al de adjudicación a uno solo de los condóminos.

En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica el supuesto de no sujeción a ITPO y la sujeción a la modalidad de AJD en la operación de extinción de condominio de los mismos cotitulares en la que se adjudican los bienes a cada uno de ellos sin que medie exceso de adjudicación, corrigiendo el criterio de la Administración tributaria de liquidar el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas al considerar la existencia de permutas de cuotas y bienes de distintas comunidades, lo que ha tenido como resultado la estimación del recurso declarando el derecho del recurrente a la devolución del ingreso indebido junto con los intereses de demora devengados.

3. FISCALIDAD DE EXTINCIÓN DE CONDOMINIO SOBRE VARIOS BIENES CON UN MISMO ORIGEN

En el supuesto de condominio sobre dos inmuebles (local y vivienda) que tenían un mismo origen, la adjudicación a cada uno de un inmueble con compensación en metálico en una misma escritura de extinción de condominio, no tributa por ITPO, si por AJD**,** por la cuota fija (art. 31.1. TRITPYAJD) más la cuota gradual (art. 31.2 del mismo cuerpo legal), tal como dispone la STS, S. 3.ª, núm. 1790 de 17/12/2020. Ponente: José Antonio Montero Fernández[(21)]**.** En esta sentencia se resolvía una extinción de condominio sobre dos inmuebles que pertenecían a los copropietarios en proindiviso y cuyo título de constitución del condominio era una única escritura de adjudicación de herencia de su madre. En la escritura de extinción de condominio, atendiendo al carácter indivisible de los bienes, se adjudicaron cada comunero el 100 % de cada finca que habita-

(21) STS, S. 3.ª, núm. 1790 de 17/12/2020. Ponente: José Antonio Montero Fernández. ROJ: STS 4398/2020-ECLI: ES: TS:2020: 4398. Id Cendoj: 28079130022020100665.

ba en concepto de domicilio habitual y permanente, resultando un exceso de adjudicación que quedó económicamente compensado.

La existencia de uno o varios condominios sobre dos inmuebles, correspondientes a dos copropietarios que se extingan por completo al adjudicarse los inmuebles a uno solo de los copropietarios al ser indivisibles, no es obstáculo para la aplicación del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.2 B del TRITPAJD. Se viene exigiendo la indivisibilidad de los bienes que haga inevitable la adjudicación a uno solo de los condóminos con exceso de adjudicación a compensar tal como dispone el TS en STS 30 de octubre de 2019; 1013/2019 de 9 de julio; 411/2019 de 26 de marzo; 344/2019.

Sobre la aplicación de esta exoneración de tributación por ITPO al caso de división de cosa común, fuera de las operaciones de división hereditaria que es el expresamente contemplado en el artículo 7.2 b) TRITPAJD, se ha pronunciado reiteradamente el tribunal Supremo desde la STS 28 de junio de 1999, dictada en el recurso de casación en interés de Ley 8138/ 1998, que en su fundamento jurídico 3 establece: «[…] en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho con su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de una división de un edificio, sino de un piso, articulo 401 CC la única forma de división, en el sentido de extinción de la comunidad es paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, el exceso en dinero».

El fundamento jurídico radica en que la disolución de una comunidad de bienes tiene carácter particional y no dispositivo, sin que exista una transmisión patrimonial sino una especificación de un derecho prexistente. Además el artículo 406 del CC remite al régimen normativo de las divisiones hereditarias, la cual debe entenderse realizada al artículo 1062, 1 del Código civil, que dispone: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

Por el contrario, si la extinción de condominio se documenta mediante escritura pública, si tributará por la modalidad de actos jurídicos documentados, tanto por la cuota fija (Art.31.1 TRITPOyAJD) como la cuota gradual, al reunir los requisitos previstos en el artículo 3.2 del TRITPOYAJD determinándose la base imponible del impuesto en función del valor que se adjudique a cada comunero, tal como estableció la STS de 9 de octubre de 2018.

Si la extinción de condominio deriva de la liquidación o adjudicación del régimen de separación de bienes y esta se realiza en convenio regulador homologado en el Juzgado por el Juez o el letrado de la administración

de justicia, ninguna tributación se produciría por AJD al no ser documento notarial la resolución judicial que lo homologue.

4. EXCESOS DE ADJUDICACIÓN EN EL IRPF

La norma que regula este supuesto se encuentra en el artículo 33.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas:

«Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) en los supuestos de división de la cosa común, b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación, c) En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros.

Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos».

Así como el artículo 33.2.3 del mencionado cuerpo legal tras la reforma sufrida por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre:

3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos:

d) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones, dinerarias o mediante la adjudicación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.

Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor.

El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados.

El Tribunal Supremo, S.3.ª, en Sentencia Núm. 1269/2022 de 10/10/2022 Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde[(22)], analiza el su-

(22) STS, S. 3.ª, de 10 de octubre de 2022. Núm. 1269/2022. Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde. Id. Cendoj. 28079130022022100344. Ver Simón Yarza, ME, Extinción del

puesto de la disolución de la copropiedad sobre un inmueble, adjudicándoselo a uno de los copropietarios y compensado al otro en metálico realizando una interpretación del artículo 33 de la Ley del IRPF en virtud de la cual asienta el criterio de que si se transmite la copropiedad por el mismo precio de adquisición, seguirá exento de tributación en el IRPF del transmitente su parte indivisa. Ahora bien, en el supuesto que la transmisión se realice por precio mayor al de adquisición, en el transmitente se producirá una ganancia patrimonial sujeta al IRPF con los siguientes fundamentos jurídicos:

FJ 2.º: […] 3.2. En principio, pudiera sorprender que, si como hemos visto, no hay transmisión gravable en el ITP, sino mera especificación de derechos, pueda hablarse de una «transmisión» gravable en el IRPF. El motivo de ello es que en el ITP, el hecho imponible es la transmisión, de forma que si ésta no existe, porque tan solo hay una especificación de derechos, no puede haber sujeción a este impuesto, y en cambio en el IRPF no se grava la transmisión, sino la existencia de una alteración patrimonial, por lo que cabe pensar que, en supuestos como el examinado, sí puede existir un gravamen en el IRPF.

3.3 La Inspección ha considerado que la existencia o no de la alteración patrimonial dependerá de que en la extinción del condómino se actualice o no el valor del inmueble que se adjudica a uno de ellos, de forma que si el valor del bien es el mismo que tenía cuando se adquirió, y cada copropietario solo recibe en compensación el valor que en su día le costó el bien, no habrá alteración patrimonial, ni, por tanto, ganancia o pérdida patrimonial; pero si se actualiza el valor del inmueble, sí considera que hay alteración patrimonial, lo que comporta, como ha ocurrido en el caso examinado, que se impute al copropietario que no se ha adjudicado el inmueble y ha recibido a cambio una compensación en metálico, una ganancia patrimonial en el IRPF.

Para alcanzar esta conclusión atiende al último párrafo del artículo 33.2 de la Ley 35/2006 que, como hemos visto, señala que «Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos» y considera que solo no habrá alteración patrimonial cuando no se haya producido una actualización en el valor de los bienes recibidos.

---

proindiviso en el IRPF (Comentario a la STS 3585/2022, de 10 de octubre de 2022), Nueva Fiscalidad 4,2022, pp. 191-203.

3.4 Esta interpretación es compartida por esta Sala que considera, en términos coincidentes con los recogidos por el Abogado del Estado, que, con carácter general, el ejercicio de la acción de división de cosa común no implica una alteración en la composición del patrimonio, tal y como recoge el artículo 33.2. LIRPF, ya que únicamente se especifica la participación indivisa que correspondía a cada uno de los copropietarios. Ello comporta que, a efectos de futuras transmisiones, la fecha de adquisición no es la de adjudicación de los bienes a los copropietarios, sino la originaria de adquisición de dichos bienes.

Ahora bien, para que esto se produzca es necesario, además, que las adjudicaciones que se lleven a cabo al deshacerse la indivisión se correspondan con la cuota de titularidad, lo que no ocurrirá en el caso de que se haya producido una actualización del valor del bien, pues en tal caso se habrá producido un exceso de adjudicación, entendido como diferencia de valor, que genera una alteración patrimonial. En el caso que se enjuicia, tal y como apreció la Administración, se ha generado una ganancia patrimonial en el Sr. José María por la diferencia entre la compensación en metálico percibida en la extinción del condominio y el 50 % del precio de adquisición de la vivienda en 1983.

Consecuentemente, en los casos de división de la cosa común respetando la cuota de participación no hay alteración patrimonial, pero sí la habrá en los casos en que se produzca una actualización del valor del bien recibido, como ocurre cuando el copropietario recibe una compensación en metálico por un importe superior a la cuota que le correspondía en el condominio».

Este criterio ha sido reiterado en la STS, s. 3.ª de 05/12/2023. Ponente Isaac Merino Jara[(23)].

En conclusión, tras estas sentencias del Tribunal Supremo es necesario distinguir:

1.º Si el valor exceso de adjudicación que se compensa en metálico es igual al valor del inmueble en el momento de la adquisición con la correspondiente actualización de valor, en tal caso no hay alteración de patrimonio a efectos del IRPF y por tanto no surge la obligación de tributar por tal impuesto.

2.º Si el valor exceso de adjudicación que se compensa en metálico es distinto al valor del inmueble en el momento de la adquisición con la

(23) STS, s. 3.ª, de 05/12/2023, núm 1634/2023. Ponente: Isaac Merino Jara. Id Cendoj: 28079130022023100372. Roj: STS 5535/2023 – ECLI: ES: TS:2023:5535.

correspondiente actualización de valor, en tal caso sí hay alteración de patrimonio a efectos del IRPF y por tanto surge la obligación de tributar por tal impuesto, siendo la base imponible la diferencia del valor del exceso declarado en la disolución de comunidad y el valor del inmueble en el momento de la adquisición actualizado al momento de la extinción del condominio.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco García, A., y García Carretero, B., *El Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: Análisis crítico y propuestas de reforma,* Ed. Reus, Madrid, 2021.

Calvo Vérgez, J., «Fiscalidad de las operaciones de disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales: en torno a la STS de 30 de abril de 2010», *Diario La Ley,* núm. 7595, La Ley, 2011.

Castro Esteller, V. de, «Tratamiento fiscal diferenciado en la liquidación de regímenes económico-matrimoniales, *InDret*, 3/2011, pp. 1-14.

Guerra Reguera, M., *Consecuencias Fiscales de la Extinción de una Comunidad de Bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Orón Moratal, G., «La extinción de condominio y sus efectos fiscales», *Quincena Fiscal,* 10, 2023.

Serrano de Nicolás, A., «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat* (Societat Catalana d' Éstudis Juridics), vol. 21 2019, pp. 223-233.

Simón Yarza, M. E., «Extinción del proindiviso en el IRPF (Comentario a la STS 3585/2022, de 10 de octubre de 2022)», *Nueva Fiscalidad* 4, 2022, pp. 191-203.

E.3 La adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y/o de la indemnización del artículo 1438 CC[(1)]

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-3407-2363
clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente trabajo se analizan los efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y de la indemnización del artículo 1438 del Código civil en la esfera del pagador y del perceptor.*

Palabras clave: *Vivienda habitual, pensión compensatoria, indemnización del artículo 1438 CC, IRPF, IMVTNU, ITPO.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100) cuya investigadora principal es Matilde Cuena Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Abstract: *In this work, the fiscal effects derived from the allocation of the family home in payment of the compensatory pension and the compensation of article 1438 of the Civil Code in the sphere of the payer and the recipient are analyzed***.**

Keywords: *Habitual residence, compensatory pension, compensation of article 1438 CC.*

Sumario: 1. Adjudicación de la vivienda familiar en pago de la pensión compensatoria. 2. Adjudicación de la vivienda familiar en pago de la indemnización del artículo 1438 CC. Bibliografía.

1. ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN PAGO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria se regula en el artículo 97 del Código civil[(2)] en los siguientes términos:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.».

La forma habitual de pago de las pensiones compensatorias es mediante pagos periódicos en dinero, no obstante lo anterior, el artículo 99 del Código Civil, prevé la posibilidad de que, en cualquier momento, pueda convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

El pago de una pensión compensatoria (art. 97 CC) establecida por decisión judicial o en divorcio notarial o decretado por el Letrado de la

(2) Sobre la pensión compensatoria, ver Hernández Díaz-Ambrona, M. D., *Estudio crítico de la pensión compensatoria*; Ed. Reus, Madrid, 2018; Álvarez Olalla, M. P., «Criterios para la atribución de la pensión compensatoria», *Revista Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm. 122, 2023, pp. 227-242. Sobre el tratamiento fiscal ver Gil Cruz, E. M.,y Díaz Redondo, J. J., «Los alimentos entre cónyuges y la pensión compensatoria: sus distintas naturalezas y tratamiento fiscal», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 4, 2011, pp. 111-129.

Administración de justicia tiene repercusiones fiscales en la esfera del pagador y del perceptor[3].

a) En la esfera del PAGADOR, el artículo 55 de la LIRPF 35/2006 dispone:

«Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible».

Este precepto tras la reforma del Código Civil (arts. 82, 87, 90, 97 CC) por Ley de Jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio que entró en vigor el 23 de julio, ha sido objeto de nuevas interpretaciones para adecuarlas a la realidad social y legislativa, al admitirse el divorcio notarial y el divorcio decretado por el Letrado de la Administración de justicia, al amparo del artículo 12.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre que establece que: «Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil».

Actualmente para que pueda reducirse de la base imponible en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Sean satisfechas por decisión judicial dictada en procedimiento de mutuo acuerdo o contencioso tal como reconocen las consultas vinculantes CV 1474-07 y CV 1302-06 o en divorcio notarial o decretado por el Letrado de la Administración de Justicia, tras las CV2505-16[4] y la STS, s. 3.ª, de 25 de marzo de 2021, núm. 444/2021[5], cuya doctrina casacional ha sido ratificada en la STS, s. 3.ª 1202/2022 de 28 de septiembre[6].

En los supuestos de separaciones, divorcios de mutuo acuerdo, la reducción en la base imponible por pensiones compensatorias a favor del

---

(3) Hernández Guijarro, F., «La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

(4) RDGT a CV2505-16 de 8 de junio de 2016.

(5) STS, s. 3.ª, de 2 de marzo de 2021. Ponente: José Díaz Delgado, Roj: STS 1289/2021 – ECLI: ES: TS:2021:1289. FJ 3.º *Fijación de doctrina: A la pregunta formulada por la Sección Primera ha de responderse que: la reduCCión en la base imposible del IRPF por el pago de pensiones compensatorias abarca también a los supuestos de fijación mediante un convenio regulador formalizado ante el letrado de la Administración de Justicia o el notario, en virtud del régimen de separación o divorcio de mutuo acuerdo.*

(6) STS, s.3.ª 1202/2022 de 28 de septiembre. Ponente: Dimitrry Teodoro Berberoff Ayuda. Id Cendoj: 28079130022022100337. Roj: STS 3569/2022 – ECLI: ES: TS:2022:3569. FJ. 4.º: *«A la pregunta formulada por la Sección Primera ha de responderse que: la reducción en la base imposible del IRPF por el pago de pensiones compensatorias abarca también a los supuestos de fijación mediante un convenio regulador formalizado ante el letrado de la Administración de Justicia o el notario, en virtud del régimen de separación o divorcio de mutuo acuerdo».*

cónyuge, satisfechas por decisión judicial, resulta aplicable desde la fecha en que se suscribe el convenio regulador en el que establecieron su pago, siempre que la ulterior sentencia judicial que lo ratifique no modifique lo pactado en dicho convenio regulador conforme la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en STS, s. 3.ª, de 22 de julio de 2024 núm. 1369/2024 (7) reiterado en STS, s. 3.ª de 23 de julio de 2024 núm. 1397/2024 (8).

No reducen la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas las pensiones compensatorias pactadas en acuerdo de mediación tal como ha declarado la dirección general de tributos en la resolución a la CV1514-17.

2. Sean abonadas de forma efectiva, admitiéndose por el TSJ Galicia en sentencia de 29/06/2016 como justificantes el recibo firmado por el beneficiario y pago en efectivo.

3. Que las bases imponibles general y del ahorro no sean negativas como consecuencia de la reducción de la pensión compensatoria, esto es, que se ajusten a esta limitación cuantitativa. (art. 50 de la Ley 35/2006).

4. Que las pensiones compensatorias se hayan abonado en el ejercicio fiscal que pretende reducirse de la base imponible, de tal forma que las no abonadas en un ejercicio fiscal no pueden reducirse de la base imponible al operar este límite temporal. Ahora bien, si por causas no imputables al contribuyente, se cobrasen en un periodo impositivo posterior, de acuerdo con el artículo 14.2.b) de la Ley 35/2006 podrían imputarse al ejercicio fiscal correspondiente, mediante una declaración complementaria de aquel año en que debieron haberse percibido. Si no se ha abonado la totalidad o parte, por encontrarse pendiente de una resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía. Los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza (Art. 14.2.1 Ley 35/2006).

En el supuesto que el pago de la pensión compensatoria se realice mediante la entrega de la parte que le corresponda en la vivienda habitual, la valoración de la pensión compensatoria se efectuará por el valor de mercado, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, debiendo tener presente que la transmisión de tal bien producirá en el pagador una ganancia o pérdida patrimonial, que se calculará conforme a lo dispuesto en el artículo 31 y ss. del mismo cuerpo legal tal como dispone la DGT en CV0368-12 de 21 de febrero de 2012 (9).

---

(7) STS, s. 3.ª de 22 de julio de 2024 núm. 1369/2024. Ponente: Dimity Teodoro Berberoff Ayuda. Id Cendoj: 28079130022024100261. Roj: STS 4251/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4251.

(8) STS, s. 3.ª de 23 de julio de 2024 núm. 1397/2024. Ponente: María de la Esperanza Cordoba Castroverde. Id Cendoj: 28079130022024100260. Roj: STS 4248/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4248.

(9) RDGT a CV0368-12 de 21 de febrero de 2012.

b) En la esfera del PERCEPTOR, las repercusiones fiscales varían según la forma de pago.

b.1 Si la pensión compensatoria se percibe mediante pago periódico en dinero, la misma se encuentra sujeta al Impuesto sobre la renta de las personas físicas como rendimiento del trabajo, tal como dispone el artículo 17.2.f de la Ley 35/2006, siempre que supere el límite mínimo, debiendo tenerse en cuenta los supuestos en que no existe obligación de declarar y que se regulan en el artículo 96 de la Ley 35/2006.

b.2 Si la pensión compensatoria se percibe en un pago único en dinero, esto es, se trata de una pensión en forma de capital o prestación única, el perceptor debe declararlo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas como rendimiento del trabajo con una reducción del 30 % si se califica como renta irregular hasta 300.000 euros anuales, tal como dispone el artículo 18 de la Ley 35/2006.

En algunos divorcios o separaciones, esa cantidad única se ha pactado su fraccionamiento en 5 pagos anuales, a abonar al final del ejercicio. En este caso, la Dirección General de Tributos en Resolución a la CV 0232-08 de 6 de febrero de 2008[10], no estimó aplicable la reducción del 40 % sobre cada uno de los pagos anuales que va a percibir, al considerar que las prestaciones no están vinculadas con la existencia de un periodo de generación y no pueden considerarse incluidas en los rendimientos del trabajo obtenidos de forma irregular al ser necesario imputarse en un único periodo impositivo (art. 11 del Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas aprobado por RD 439/2007 de 30 de marzo).

b.3 Si el pago se realiza con la entrega de un bien privativo del pagador, se producirá una alteración patrimonial en la esfera del pagador.

2 ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 CC

El artículo 1438 del Código Civil establece:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

(10) RDGT a CV0232-08 de 6 de febrero de 2008.

En el presente apartado se analizan las repercusiones fiscales que pueda tener la indemnización del artículo 1438 CC[11] y el pago mediante la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio[12].

Pensemos en el siguiente supuesto: «Ana y Juan adquirieron el inmueble que constituye la vivienda habitual del matrimonio al 50 % proindiviso en el año 1990 por un valor de 200.000 euros. Ana en el convenio regulador del divorcio homologado mediante sentencia de divorcio de 12 de julio 2023 se adjudica el 50 % propiedad de Juan en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC».

a) En el perceptor, esto es, en el adjudicatario de la vivienda familiar en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC, Ana, NO TRIBUTA POR el Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas.

Ahora bien, si la indemnización del artículo 1438 del CC se paga mediante la adjudicación de bienes divisibles o que no son la vivienda habitual del matrimonio si tributaria por el Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas.

Tampoco el perceptor debe tributar nada por el impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana al no ser sujeto pasivo del impuesto.

a) En el pagador Juan, no tributa por ITPO al no ser sujeto pasivo del impuesto ni por el IIVTNU.

Si la adjudicación en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC se realiza en cumplimiento de una sentencia de divorcio, no comportará el pago del Impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza

(11) Sobre la indemnización del artículo 1438 CC entre otros, ver Verdera Izquierdo, B., «La compensación económica derivada del trabajo doméstico», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 209 ss.; Cuena Casas, M., «Comentario al artículo 1438 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, T. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Santos Morón, M.ª J., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿dos caras de una misma moneda?», *Indret*, enero, 2015; Cuena Casas, M., «Las "sorpresas" del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico», *Hayderecho.com*, 2016 (https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico); Arrébola Blanco, A., *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019; Cardós Elena, J. M., «Cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438CC en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 37, 2024, pp. 132-159; Gutiérrez Santiago, P., «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del artículo 1438 CC» *Actualidad civil* núm. 1, 2024.

(12) La STS, Sala 1.ª, de 11 diciembre 2019, dispuso que la compensación «no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma», lo que permite el pago mediante la adjudicación de la vivienda familiar.

urbana, tal como dispone el artículo 104.3.2 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL):

«No se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes.

Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial».

No se produce una transmisión patrimonial, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente.

Aun cuando en estos momentos no se tributa en el IIVTNU, en la futura transmisión del inmueble adjudicado-vivienda habitual por el adjudicatario, deberá abonar el impuesto que se calculará para determinar el incremento desde la fecha en que fueron adquiridos y no en la fecha en que se produce la adjudicación a cada uno de los cónyuges, de tal forma que el pago del impuesto se difiere hasta el momento en que se produce la transmisión por el adjudicatario.

Este es el criterio que viene sosteniendo la Dirección General de Tributos en las consultas vinculantes V1664-10 de 20 de julio de 2010; V3342-15 de 28 de octubre de 2015, V1296-18, de 17 de mayo de 2018. Consulta sin contenido al ser reemplazada por la consulta número V1510-18.

b) ¿Tiene alguna repercusión en el IRPF?

El artículo 33.3 d) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (*BOE* del día 29), en referencia a los supuestos donde se estima que no existe ganancia o pérdida patrimonial, dispone lo siguiente:

«*En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones, dinerarias o mediante la adjudicación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.*

Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor.

El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados.».

De acuerdo con lo anterior, a efectos del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, la cuantía de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil, establecida en la sentencia o en el convenio ratificado judicialmente correspondiente al procedimiento de divorcio, no constituye renta para su perceptor ni reduce la base imponible del cónyuge obligado a satisfacerla tal como estima la RDGT en la consulta vinculante V0597-24 de 9 de abril de 2024 (13) así como en la CV1523-24 de 20 de junio de 2024 (14) que continúan el criterio ya establecido en las CV 2854-15 de 2 de octubre de 2015 y CV3949-15 de 10 de diciembre de 2015 (15).

Aplicando la normativa vigente al supuesto inicial, tenemos que JUAN, en su IRPF no reduce la Base Imponible del pagador y tampoco hay alteración patrimonial (No plusvalía en IRPF que queda latente), y no tributa por plusvalía municipal, al realizarse en cumplimiento de sentencia de divorcio. ANA: En su IRPF no está sujeta la operación. No es renta para ANA. No tributa por TPO al ser bien indivisible y constituir vivienda del matrimonio. Tampoco es sujeto pasivo de plusvalía municipal.

Cuando ANA enajene su bien, en su IRPF sí existe incremento patrimonial, es decir que cuando lo venda, tributará en su IRPF por la totalidad del incremento patrimonial tomando en cuenta el valor de adquisición en año 1990 y el valor de venta en el momento en que lo venda y abonará la plusvalía municipal que no abonó Juan pues para su cálculo se tomará en cuenta el valor que tenía el inmueble en el año 1990.

Se puede concluir que la indemnización del artículo 1438 CC no comporta pago en el IRPF, al no considerarse renta, ganancia no sujeta. No comporta pago en ITPO, pero si puede comportarlo si no se satisface

(13) RDGT a CV 0597-24 de 09/04/2024 El consultante es un empresario persona física, casado en régimen de separación de bienes, con actividad económica de promoción y compraventa de viviendas, sujeto pasivo de IVA, que ha realizado recientemente una promoción de viviendas, ya totalmente construidas. En el acuerdo de divorcio pretende acordar con el otro cónyuge, además de abonarle en efectivo mensualmente un pago en concepto de pensión alimenticia para los hijos, entregarle una de las viviendas recientemente construidas en concepto de pensión compensatoria (art. 97 CC), y por último entregarle otra de las viviendas recién construidas en concepto de compensación según el artículo 1438 CC.

(14) RDGT CV 1523-24 de 20/06/2024. En este supuesto la indemnización del artículo 1438 CC vino impuesta en una sentencia de divorcio.

(15) RDGT CV 2854-15 de 02/10/2015 y RDGT a CV3949-15 de 10/12/2015.

adjudicando bienes indivisibles o la vivienda habitual. Puede comportar pago en el IIVTNU, si no se satisface en cumplimiento de una sentencia de divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, M. P., «Criterios para la atribución de la pensión compensatoria», *Revista Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm. 122, 2023, pp. 227-242.

Arrébola Blanco, A., *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.

Cardós Elena, J. M., «Cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438CC en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 37, 2024, pp. 132-159.

Cuena Casas, M., «Comentario al artículo 1438 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, T. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

— «Las "sorpresas" del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico», *Hayderecho.com*, 2016 (https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico.

Gil Cruz, E. M., y Díaz Redondo, J. J., «Los alimentos entre cónyuges y la pensión compensatoria: sus distintas naturalezas y tratamiento fiscal», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 4, 2011, pp. 111-129.

Gutiérrez Santiago, P., «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del artículo 1438 CC», *Actualidad civil* núm. 1, 2024.

Hernández Díaz-Ambrona, M. D.*, Estudio crítico de la pensión compensatoria*, Ed. Reus, Madrid, 2018.

Hernández Guijarro, F., «La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

Santos Morón, M.ª J., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿dos caras de una misma moneda?», *Indret*, enero, 2015.

Verdera Izquierdo, B., «La compensación económica derivada del trabajo doméstico», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 209-250.

Sección 6

Vivienda como objeto de políticas públicas

XIV

VIVIENDA SOCIAL COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

A. Vivienda social como servicio de interés general en el derecho de la Unión Europea y en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Barcelona
Codirector de la Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda
jponce@ub.edu

Aleix Canals Compan
Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona
aleixcanals@ub.edu

Resumen: *Este trabajo, analiza la trascendencia de la declaración como servicio de interés general de determinadas actividades vinculadas a la provisión de vivienda protegida y social, y a la creación de un parque público de vivienda, contenida en el artículo 4 de la Ley 12/2023. Para ello, se distinguen los conceptos de «servicio de interés general» de carácter económico y no económico, estableciendo un marco conceptual de tales términos, en relación con la vivienda asequible, la vivienda social y la vivienda pública. Igualmente, se trata de analizar el alcance de tal(es) declaración(es) y en concreto qué actividades vinculadas con la vivienda tienen la calificación legal de servicio de interés general, y para qué tipologías, si se trata de*

servicios de interés general de carácter económico o no económico y las consecuencias prácticas de tal declaración en la acción pública en materia de vivienda protegida.

Palabras clave: *Servicio de interés general (SIG), Servicio de interés económico general (SIEG), Servicio de interés general no económico (SIGNE), vivienda asequible, vivienda pública, vivienda protegida, vivienda social, acción pública en materia de vivienda.*

Abstract: *This paper analyses the scope of the declaration as a service of general interest of certain activities linked to the provision of protected and social housing, and the creation of a public housing stock, contained in Article 4 of Law 12/2023. According to such purpose, a distinction is made between the concepts of «service of general interest» of an economic and non-economic nature, establishing a conceptual framework of such terms, in relation to affordable housing, social housing and public housing. Likewise, it is a question of analysing the scope of such declaration(s) and specifically which activities related to housing are legally classified as services of general interest, and for what typologies, whether they are services of general interest of an economic or non-economic nature and the practical consequences of such a declaration in public action in the field of protected housing.*

Keywords: *Service of general interest (SGI), service of general economic interest (SGEI), service of general non-economic interes (SIGNE), affordable housing, public housing, protected housing, social housing, public action in housing.*

Sumario: 1. El concepto de servicio de interés general en la Unión Europea: en especial, la vivienda. 2. La vivienda como servicio de interés general no económico y como servicio de interés económico general: la existencia de actividad económica. 3. La vivienda como servicio de interés general en España: antecedentes normativos autonómicos y el artículo 4 de la ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda. 4. Implicaciones jurídicas y de gestión pública de la declaración de la vivienda como servicio de interés general. Bibliografía.

1. EL CONCEPTO DE SERVICIO DE INTERÉS GENERAL EN LA UNIÓN EUROPEA: EN ESPECIAL, LA VIVIENDA

La idea de servicio de interés general figura en diversas normas de la UE, como el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea (en adelante, TFUE) o el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en conexión con los conceptos de cohesión social y territorial. En el Protocolo número 26 al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al TFUE, relativo a los servicios de interés general, las Altas Partes Contratantes destacaron la importancia de estos servicios y acordaron, a la luz del papel esencial y de la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés general, que éstos se ajusten lo más posible a las necesidades de los usuarios, con un alto nivel de calidad, seguridad y asequibilidad, así como la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

El artículo 2 de este protocolo determina que las disposiciones de los tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.

Esto es, el Derecho de la UE distingue entre servicios de interés general (SIG) de dos tipos: servicios de interés general no económicos (SIGNE) y servicios de interés general de carácter económico (SIEG).

Incluso los servicios sociales pueden ser de naturaleza económica o no económica en función de la actividad considerada. Aunque no se definen, una Comunicación de la Comisión de 2006 (1) identificaba dos grandes tipos de servicios sociales: en primer lugar, los regímenes legales y complementarios de seguridad social, organizados de diversas maneras (mutuas u organizaciones profesionales), que cubren los principales riesgos de la vida, como los relacionados con la salud, el envejecimiento, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación y la discapacidad; y en segundo lugar, otros servicios prestados directamente a la persona, como servicios de asistencia social, servicios de empleo y formación, *vivienda social* o cuidados de larga duración. Estos servicios suelen organizarse a nivel local y dependen en gran medida de la financiación pública.

Aunque se trata de una cuestión en constante evolución, el Libro Blanco de 2004 sobre los servicios de interés general (2) contiene una serie de definiciones destinadas a evitar malentendidos en el debate a escala europea, como consecuencia de *«las diferencias terminológicas, la confusión semántica y las distintas tradiciones de los Estados miembros»*.

Sin embargo, pese a este intento, lo cierto es que *«la problemática surge ante la inexistencia de una definición normativa expresa del*

(1) Communication from the Commission – Implementing the Community Lisbon programme – Social services of general interest in the European Union, COM (2006) 177 final, 26 April 2006.

(2) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, titulada «Libro Blanco sobre los servicios de interés general» [COM (2004) 374 final – no publicada en el Diario Oficial].

concepto de SIEG o SIGNE en el Derecho primario o secundario» de la UE. Además *«el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una postura errática»* [3].

Desde el punto de vista específico de la vivienda como servicio (¿económico?) de interés general, se pueden considerar varias declaraciones de diferentes instituciones de la UE, que mantienen también la ambigüedad y falta de claridad mencionadas.

Por ejemplo, el Parlamento Europeo, en su Libro Verde de 2004 sobre los servicios de interés general, señalaba que: *«los servicios de interés general prestados como funciones esenciales por las autoridades públicas, como la educación, la sanidad pública, la vivienda pública y social y los servicios sociales de interés general que asumen funciones de seguridad social e inclusión social, no entran en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de competencia»*.

En su Resolución de 2013 sobre la vivienda social en la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha reafirmado el papel de la vivienda como servicio de interés económico general en la UE, afirmando que: *«la política de vivienda social forma parte integrante de los servicios de interés económico general al contribuir a satisfacer las necesidades de vivienda, facilitar el acceso a la propiedad, promover la calidad del espacio vital, mejorar el espacio vital existente y adaptar los gastos de vivienda a la situación familiar y a los recursos de los ocupantes, dejando un margen de esfuerzo por su parte»*.

Por otro lado, el TJUE ha establecido también que la vivienda social es un *servicio de interés económico general*, por ejemplo, en su sentencia de 8 de mayo de 2013 (asuntos C 197/11 y 2013/11).

Del mismo modo, la Comisión Europea, en su Comunicación de 2006 sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea, antes citada, enmarcó la vivienda social como un *servicio de interés general*, afirmando que esta noción engloba *«la vivienda social, que proporciona alojamiento a los ciudadanos desfavorecidos o a los grupos socialmente menos favorecidos»*.

Como podemos comprobar, en ocasiones se califica a la vivienda social como servicio de interés general, a secas, mientras en otras ocasiones se alude a ella como servicio de interés económico general.

---

(3) Domínguez Martín, M. (2024), «Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general», en Chinchilla Peinado, J. A., López de Castro, L., (Coords.), Estudios sobre el Derecho a la vivienda, RDU editores, p. 108. También en Chinchilla Peinado, J. A., y Domínguez Martín, M. (2024), *La acción pública en materia de vivienda como servicio de interés general no económico*, RDU.

2. LA VIVIENDA COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICO Y COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: LA EXISTENCIA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA (4)

Siguiendo estas pautas terminológicas y la jurisprudencia existente del TJUE, podemos señalar que, en general, como es sabido, los *servicios de interés general* son aquellos servicios y actividades considerados de interés general por las autoridades públicas debido a su relevancia para la cohesión territorial y social y la garantía de derechos básicos, como la vivienda. *Estén o no sometidos a la disciplina de mercado*, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público y a obligaciones de servicio universal, ya que existe una responsabilidad pública de salvaguardar el interés general.

Estas obligaciones pueden ser muy diversas y referirse a varios aspectos, como normas de calidad del servicio, creación y mantenimiento de infraestructuras, límites a las tarifas y cánones, garantías de acceso a los servicios para las personas con discapacidad, garantías para los consumidores, etc. Las obligaciones que puedan imponerse, pueden ser exigidas por normas europeas o nacionales. Este modelo se inspira en el modelo estadounidense de *utilities*.

Específicamente, los *servicios de interés económico general* son aquellos *servicios de interés general* consistentes en la provisión de bienes y servicios en el mercado (incluyendo, por ejemplo, las grandes industrias en red como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones, así como cualquier otra actividad económica) sujeta a obligaciones de servicio público derivadas de normas europeas o nacionales, controlables por el TJUE.

Por el contrario, los servicios de interés general no económicos son aquellos cuyo carácter cívico o social prevalece sobre su naturaleza lucrativa. Se trata de servicios estrictamente ligados a la solidaridad y a la ciudadanía, relacionados con lo que en muchos Estados miembros se han considerado históricamente servicios públicos, como la educación, la sanidad y la seguridad social.

De la citada jurisprudencia del TJUE y de los documentos de la Comisión, podemos considerar –aunque no de forma concluyente, sino en un proceso de continua evolución y redefinición– que puede entrar en la categoría de SIEG la provisión de viviendas asequibles por parte de las

(4) Véase al respecto, más de una década atrás, Ponce Solé, J., *El Servicio de Interés General de la Vivienda*, Realidad Urbana Ekiten Thinking, 2011.

autoridades mediante el pago de un alquiler, incluso por debajo del mercado. Mientras que pueden entrar en la categoría de SIG los servicios sociales de vivienda con un enfoque no económico (por ejemplo, viviendas públicas para ciudadanos vulnerables sin ningún tipo de alquiler o con un alquiler muy bajo que no cubra el coste del servicio).

No obstante, sigue existiendo cierta confusión en cuanto a la posición de la Comisión Europea sobre la categorización de los servicios de vivienda social como servicios de interés económico general.

Por ejemplo, en uno de los documentos de trabajo que acompañan a la Comunicación relativa a las preguntas más frecuentes en relación con el artículo 86.2 del TCE (actual artículo 106 del TFUE), la Comisión menciona que considera como actividades económicas «la provisión de fondos a municipios y organismos voluntarios de vivienda para viviendas con alquileres más baratos; la provisión de fondos hipotecarios generales, planes de vivienda asequible destinados a proporcionar viviendas de bajo coste, planes de subsidio de alquiler y planes de subvención para personas mayores y discapacitadas, así como hogares socialmente desfavorecidos».

Entonces, ¿los servicios de interés general de provisión de vivienda por parte de las Administraciones Públicas nacionales, cuando así se haya declarado nacionalmente, son económicos o no económicos?

Chinchilla Peinado y Domínguez Martín, después de analizar el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE, concluyen que *«las actuaciones o iniciativas públicas en el ámbito de la vivienda se pueden incluir, por tanto, dentro de los SIGNE y, aunque puedan tener una dimensión económica, su presencia queda relegada en un segundo plano ante la relevancia de la dimensión social de la actividad, si es que tienen como prioridad garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, siendo una concreción de los principios de cohesión social y de solidaridad, según establezca el poder público que tenga la iniciativa en este ámbito (administración autonómica o local, fundamentalmente, en el caso de España, en virtud de las competencias atribuidas y asumidas)»* [5].

En cambio, Vaquer señala que la pregunta de si la provisión de vivienda por las AAPP es un SIEG o un SIGNE *«no admite una respuesta general y apriorística, sino que debe responderse de forma circunstanciada caso a caso, según sea la configuración de la misión de interés general conferida a cada servicio concreto por su régimen jurídico*

(5) Chinchilla Peinado, J. A y Domínguez Martín, M. (2024), *La acción pública en materia de vivienda como servicio de interés general no económico*, RDU, p. 75.

particular». Así, por un lado, *«por ejemplo, la cesión gratuita del uso de alojamientos o viviendas dotacionales a personas en estado de necesidad o en situación de grave vulnerabilidad, no creo que haya mayor dificultad en calificarla como un SNEIG»*. Mientras que, por otro, *«en el arrendamiento asequible de viviendas sociales es, lógicamente, más difícil descartar el carácter económico del servicio, por más que también sea social. Por lo que probablemente se tratará de un SIEG»* (6).

En nuestra opinión, suscribimos la postura de Vaquer relativa a la necesidad de apreciar la concurrencia de un SIG o un SIEG en el ámbito de la vivienda caso a caso, si bien, de acuerdo con Chinchilla y Domínguez, creemos que en el sistema español en principio, y por defecto, la actividad administrativa en materia de vivienda será un SIGNE. Y ello porque de conformidad con la normativa vigente y la tradición española, el servicio de vivienda no es un servicio universal, prestado a todos los ciudadanos, sino solo a aquéllos con dificultades específicas para obtener una vivienda en el mercado y en situación de vulnerabilidad económica. O en las palabras de la Decisión de la Comisión de 2011, el servicio de vivienda en España se dirige, con carácter general a *«la provisión de viviendas sociales para ciudadanos desfavorecidos o grupos socialmente menos favorecidos, que debido a restricciones de solvencia no puedan obtener una vivienda en condiciones de mercado»*, lo que, de conformidad con esta Decisión, implica que las compensaciones inferiores a un umbral determinado no constituyan ayudas estatales y las ayudas estatales concedidas a algunos promotores de viviendas sociales no necesiten ser notificadas a la Comisión para su aprobación previa.

Solo cuando se detecte alguna prestación en un servicio de vivienda que no vaya dirigida a esos grupos sociales, podrá hablarse de un SIEG.

A ello podemos añadir que la acción pública en materia de vivienda asequible, ha venido caracterizada históricamente (Ley de casas baratas de 1911, Ley de promoción de vivienda de 1939, Ley de 1964, y Decreto de 1989) por una orientación más vinculada a la acción de fomento que a la del servicio público, a través de la promoción de la construcción de vivienda protegida por medio de los instrumentos más variopintos (incluida la preferencia en las cuotas de importación de materias primeras, en la primera mitad de siglo XX), de entre los que destacan –por la intensidad de su utilización– las exenciones y bonificaciones fiscales, y los préstamos

(6) VAQUER CABALLERÍA, M. (2014), «La vivienda en el Derecho de la Unión Europea» en ARNAIZ, R., y PONCE, J., *La ley por el derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Tirant Lo Blanch, Revista Jurídica de Catalunya, p. 39.

con intereses subvencionados. La acción pública en esta materia ha estado tradicionalmente más ligada al fomento que al servicio público. Esta concepción, hoy (afortunadamente) superada, se fundamenta en la iniciativa privada, que actúa a su libre albedrío, al calor de los incentivos que la administración, le propone.

Cierto es que esta concepción no encaja fácilmente en los conceptos de SIG ni de SEIG, los cuales parten del presupuesto de la existencia de un *servicio* (la provisión de alojamiento en vivienda) que todavía hoy algunas legislaciones autonómicas se resisten a asumir como propio.

3. LA VIVIENDA COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL EN ESPAÑA: ANTECEDENTES NORMATIVOS AUTONÓMICOS Y EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY ESTATAL 12/2023, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

La Ley estatal 12/2023, como vamos a ver, declara la vivienda como un servicio de interés general, sin aclarar si tiene carácter económico o no. Pero esta no es una novedad en el panorama jurídico español, puesto que tal declaración ya se había producido en varias comunidades autónomas en España durante los últimos años.

Entre las comunidades autónomas, la primera en declarar la vivienda como servicio de interés general fue Cataluña, en el artículo 4 de la ley catalana del derecho a la vivienda de 2007 (7). Le siguieron las leyes 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco (art. 5), 2/2017, de 3 de febrero, por la Función Social de la Vivienda de la Comunitat Valenciana (art. 3), 5/2018, de 19 de junio, de la Vivienda de las Illes Balears (art. 7), o la ley foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra (art. 3 bis) desde la modificación operada por la Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre.

Siguiendo esta senda autonómica, el artículo 4 de la Ley estatal de 2023 contiene diversas referencias a la vivienda y los servicios de interés general.

Así, en el Preámbulo, se señala que:

«En suma, la normativa internacional más actual es consciente del proceso de segregación de facto en el acceso a la vivienda de la que es víctima

(7) Ponce Solé, J., *«La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo estatuto de autonomía de Cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda»*, REAF núm. 7, octubre de 2008.

gran parte de la población, especialmente jóvenes y familias y colectivos vulnerables. Como consecuencia, *sus postulados demandan un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general.* Solo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión, reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental e incluyendo en el mismo el acceso a los servicios básicos definidos en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, contribuyendo así a garantizar la vida digna en un entorno adecuado y a erradicar la pobreza en todas sus formas» (cursiva del autor).

Aunque en el mismo también se hace una referencia al concepto de servicio público:

«Dentro del parque de vivienda social se encuentran las viviendas dotacionales públicas, que son aquellas que ocupan terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o que forman parte de edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y *afectos al servicio público»* (cursiva del autor).

Referencia que se incluye también en la definición del artículo 3 de la ley sobre vivienda social:

«La vivienda social podrá desarrollarse sobre terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y *afectos al servicio público»* (cursiva del autor).

Asimismo, en el artículo 12.3 al referirse a la acción del Estado en el campo de la vivienda la ley 12/2023 alude a los servicios sociales:

«La acción del Estado en esta materia, en el ámbito de sus competencias, deberá priorizar la atención y la aplicación de los programas de ayuda a aquellas personas, familias y unidades de convivencia que se encuentren en las situaciones de mayor vulnerabilidad social y económica *identificadas por los servicios sociales,* y en emergencia habitacional por estar afectados por procedimientos de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, debiéndose promover su adecuado realojo y el acceso a una vivienda digna y adecuada, atendiendo a sus condiciones de vulnerabilidad social y económica, así como a sus circunstancias perso-

nales y familiares, reforzando para ello los mecanismos de cooperación con las administraciones territoriales competentes» (cursiva del autor).

También el artículo 19.1 de la misma norma, al referirse a los grandes tenedores en Zonas de Mercado Residencial Tensionado, hace una mención al servicio de interés general:

«En desarrollo del servicio de interés general establecido en la presente ley, los grandes tenedores de vivienda tendrán la obligación de colaborar con las administraciones públicas competentes en materia de vivienda. A tal efecto, las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda podrán exigir a los grandes tenedores de vivienda en las zonas de mercado residencial tensionado declaradas según lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad que se encuentren en tales zonas de mercado residencial tensionado» (cursiva del autor).

Y el artículo 20.1 también alude a este concepto al referirse a las relaciones de las AAPP en diversos campos de la vivienda:

«Con el objetivo de cooperar en los fines de la política de vivienda, *y especialmente en los servicios de interés general recogidos en el artículo 4 de esta ley o los recogidos en las normativas de las administraciones competentes,* las administraciones públicas, sus organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes desarrollarán los principios de colaboración y cooperación en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana…» (cursiva del autor).

Pero, sin duda el artículo crucial al respecto es el 4:

«Artículo 4. Servicios de interés general.

1. A los efectos de la orientación de la financiación pública, tienen la consideración de servicios de interés general, como elementos clave de la cohesión económica, social y territorial, los determinados por las administraciones competentes en la materia, *y en el ámbito de competencia estatal o de colaboración del Estado con las demás administraciones:*

a) El desarrollo de las actuaciones necesarias para la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda, por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumenta-

les o dependientes, así como su gestión para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles, tal y como se definen en el artículo anterior o en la normativa autonómica correspondiente.

b) Las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler, con destino a las personas u hogares que reúnan los requisitos preestablecidos en base a criterios objetivos que definan su situación económica y social.

c) El desarrollo de las actuaciones necesarias por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, encaminadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada.

2. Los servicios de interés general indicados en el apartado anterior podrán ser ejecutados de manera directa por las Administraciones públicas o sus entes instrumentales o dependientes, o bien, podrán realizarse a través de acuerdos con los propietarios, con las entidades legalmente constituidas del tercer sector y de la economía social, o a través de diferentes fórmulas de colaboración público-privada, en cumplimiento del marco legal vigente atendiendo a la naturaleza de la colaboración» (cursiva del autor).

Las cuestiones cruciales en torno a este precepto, en nuestra opinión, son saber:

(1) qué actividades relacionadas con la vivienda entran en la calificación legal de servicio de interés general, y para qué tipologías de vivienda

(2) si éste es económico o no económico y

(3) qué consecuencias jurídicas tiene este tipo de calificación legal.

En este apartado nos concentraremos en las dos primeras cuestiones para dejar la tercera para el siguiente y último apartado de este análisis.

(1) El artículo 4 de la ley establece que se consideran servicios de interés general, como elementos clave de la cohesión económica, social y territorial, aquellos que determinen las administraciones competentes en la materia de vivienda (que son las autonómicas y, en determinadas circunstancias, las locales, sin perjuicio de tener que considerar también las competencias estatales en otras materias que afectan a la vivienda, como sabemos). No se trata propiamente de una novedad, como hemos dicho, pues diversas legislaciones autonómicas ya habían declarado como servi-

cios de interés general las actividades relacionadas con la provisión de vivienda asequible utilizando este concepto clásico del Derecho comunitario similar al tradicional español de servicio público.

Ahora bien, en el ámbito de la competencia estatal o de la colaboración del Estado con las demás Administraciones, la ley establece directamente las actividades que son servicios de interés general.

Así, por parte de las Administraciones, son servicios de interés general los relacionados con la creación, conservación y mejora de los *parques públicos de viviendas* (actuación que la Ley presupone que debe llevarse a cabo directamente por parte de la Administración Pública y sus entes instrumentales o dependientes, sin perjuicio de que sea posible su gestión en colaboración con privados, sea con ánimo de lucro o sin el mismo, como indica el propio art. 4 o el 29), así como la *construcción o rehabilitación de viviendas sujetas a un régimen de protección pública* (actuación que puede llevarse a cabo tanto por parte del Sector Público como por parte de agentes privados), así como la *mejora de las condiciones de habitabilidad, accesibilidad o eficiencia energética de los edificios residenciales de titularidad pública y privada* (lo cual también parece obvio que pueda llevarse a cabo indistintamente por los sectores público o privado).

– Tenemos en consecuencia una referencia a los parques públicos de vivienda, que debe integrarse con los artículos 3 y 27 y ss. El segundo precepto, de forma un tanto confusa y asistemática en relación con el artículo 3, señala que forman parte de estos parques las viviendas dotacionales públicas (que no menciona en el artículo 3, pareciendo que se integraría en el concepto de viviendas sociales), así como las viviendas sociales protegidas construidas sobre suelos de titularidad pública (tanto por agentes públicos como privados), también las adquiridas en plena titularidad o uso por cualquier vía (tanteo y retracto, expropiación, cesión urbanística o cualquier otro mecanismo) que se distinguen por primera vez en este precepto de las dotacionales, aunque se les mantiene la consideración de «vivienda social».

Todos los servicios prestados en relación con estas viviendas, al ser dirigidos a «hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada a los sectores de la población que tienen más dificultades de acceso en el mercado, con especial atención a personas jóvenes y colectivos sujetos a mayor vulnerabilidad» (art. 27.1), encajan sin mayores problemas en el concepto de servicio de interés general no económico (SIGNE). Además –tal y como ya hemos señalado– el precepto atribuye la consideración a todas estas viviendas de «vivienda social» lo que presupone (de acuerdo con el artículo 3.f.1.º de la misma Ley), que se trata de *«viviendas destinadas a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado»*.

En segundo lugar, el artículo 4 señala como servicio de interés general la construcción y rehabilitación de viviendas sujetas a un régimen de protección pública. De nuevo hay que conectar este artículo con las definiciones del artículo 3[8]. Este segundo precepto incluye entre las viviendas protegidas a la vivienda social y a las viviendas protegidas de precio limitado, y excluye de tal consideración a las viviendas asequibles incentivadas.

Con ello, la Ley 12/2023 amplía claramente el perímetro de viviendas cuya provisión se considera SIGNE en el marco de la normativa comunitaria (que se limita a aquéllas que están *«destinadas a personas u hogares con dificultades»*), ya que el parque de *viviendas protegidas* es mucho más amplio que el parque de *viviendas sociales*. Así, el parque de vivienda protegida no tiene como destinatarios únicos las personas desfavorecidas o grupos menos favorecidos socialmente, sino que se orienta a las clases medias menos favorecidas, con el fin de fomentar su acceso a la vivienda en unos términos de esfuerzo económico razonable (es decir, por debajo del 30 % de los ingresos de la unidad familiar). Sea como fuere, no parece existir impedimento para que los Estados miembros configuren el ámbito de los SIEG y SIGNE, por lo que tal declaración contenida en la Ley 12/2023, no resultaría incompatible con el Derecho Comunitario.

En el caso de la vivienda protegida (social y de precio limitado) el artículo 3.1 f señala que ésta se halla sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de *«personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda»*, lo que parece hacerla encajar sin problemas en la caracterización de SIGNE. En cambio, aunque la vivienda asequible incentivada también va dirigida a *«personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado»*, ésta al no someterse al procedimiento de calificación como protegida no debe venderse o alquilarse en favor de personas inscritas en registros públicos (art. 17).

Si bien la normativa no es nada clara, la exclusión de la vivienda asequible incentivada del artículo 4 como servicio de interés general no económico podría hallar su explicación en que el segmento de personas a las que iría dirigida ésta no formarían parte de grupos vulnerables y por tanto el componente económico predominaría sobre el basado en la solidaridad y en la cohesión social y territorial, constituyendo entonces la actividad pública en relación con las viviendas asequibles incentivadas un servicio de interés general, sí, pero económico (SIEG). Si esta fuera la interpretación, significaría que el artículo 4 solo pretendía ocuparse de los SIGNE, al no mencionar a la vivienda

(8) Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2024, de 21 de mayo (*BOE* de 24 de junio), acordó declarar la nulidad del artículo 16, en el que se contenían las definiciones de vivienda protegida.

asequible incentivada. Pero como a continuación vamos a comprobar, no parece que sea esa la explicación, sino más bien un olvido del legislador.

Por otro lado, el artículo 4 se refiere a *«Las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública»*. Se incluyen aquí, pues, las actividades privadas de mercado, que integrarían un servicio económico de interés general en este ámbito y se someterían, pues, a la regulación pública en el mismo, a imagen y semejanza de otros sectores (telecomunicaciones, energía…). No se refiere la ley a la actividad privada en general respecto a vivienda, sino solo a la actividad privada respecto a viviendas protegidas.

Finalmente, el artículo 4 incluye como servicio de interés general, la actividad pública dirigida a la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada. Aquí no hay indicación ninguna de a qué tipos de colectivos irían dirigidas estas actividades, pero cabe entender que podría dirigirse tanto a grupos específicamente vulnerables como a otros, configurándose pues, en función del caso, un SIGNE o un SIEG.

4. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y DE GESTIÓN PÚBLICA DE LA DECLARACIÓN DE LA VIVIENDA COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL

Esta declaración del artículo 4, según la ley, lo es *«a efectos de orientar la financiación pública»*. Sin embargo, esta expresión legal, no muy afortunada, solo puede tomarse en sentido orientativo, no como una enunciación que cierre los efectos jurídicos derivados de la declaración, puesto que, como vamos a ver, la declaración tiene muchos más efectos que el de *«orientar la financiación pública»*.

1. Una adecuada comprensión de las nociones de «servicio de interés general» y «servicio de interés económico general» –sus significados son próximos, pero no idénticos, como hemos visto– se construye sobre la libre prestación de servicios y la libre competencia económica, y las excepciones a las mismas. En lo que sigue se va a considerar también el interesante *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest,* de 2013.

a) Por ello, en primer lugar, en relación con los *servicios de interés general que implican actividades no económicas* o SIGNE del artículo 4 (por ejemplo, la vivienda social en terminología de la UE, vivienda protegida del artículo 3.1 f de la ley española), éstos quedan fuera de las normas sobre mercado interior del Derecho de la UE (arts. 49 y 56, en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios y la directiva de servicios), no sin embargo de las Directivas de contratación, así como de la regulación de las ayudas de Estado incluida en los artículos 107 y ss. TFUE.

b) Distinta es la situación en el caso de los servicios de interés económico general o SIEG. Como es sabido, la UE acepta tanto la titularidad pública como privada de las empresas (art. 345 TFUE). Sin embargo, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico de la UE impide en general que los Estados miembros den un trato más favorable a las empresas públicas, lo que falsearía la libre competencia: los Estados no pueden conferir a estas empresas derechos, poderes o prerrogativas excesivos, aunque redunden en beneficio de los ciudadanos o los usuarios.

En el caso de los SIEG, sí se aplica el régimen de ayudas de los artículos 107 y ss. TFUE, que implican, explicados ahora muy brevemente, que en principio las ayudas no son compatibles con el Derecho de la UE, salvo que no distorsionen la competencia a nivel de la UE o encajen en alguno de los supuestos del TFUE y sean notificadas a la Comisión para la comprobación de este supuesto.

La idea de evitar el falseamiento de la libre competencia se refleja también claramente en el artículo 106.1 del TFUE cuando señala que:

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán medida alguna contraria a las normas contenidas en los Tratados y, en particular, a las previstas en el artículo 18 [principio general de no discriminación] y en los artículos 101 a 109 [normas aplicables a las empresas en el ámbito de la competencia].»

No obstante, el segundo apartado de este artículo permite algunas excepciones:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específi-

ca a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.»

Así pues, el Derecho de la UE permite excepciones, privilegios o prerrogativas, incluso cuando se vea afectada la libre competencia con empresas privadas, cuando ello sea necesario para garantizar la prestación de servicios de interés económico general. Así lo ha confirmado el TJUE cuando ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión.

En el conocido asunto Altmark (asunto C-280/00), el TJUE sostuvo el 24 de julio de 2003 que la compensación pública para desarrollar un servicio de interés económico general *no constituye ayuda estatal* en el sentido del artículo 107 TFUE cuando se cumplen cuatro criterios acumulativos, que han sido recogidos posteriormente en el artículo 3 de la Comunicación SIEG (2012/C8/02), esto es, en síntesis:

1. Existencia de un SIEG claramente definido.
2. Obligación de definir los parámetros de la compensación.
3. Control del exceso de compensación, esto es, que la ayuda no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos generados por la ejecución de las obligaciones de servicio público.
4. Selección del operador asegurando el principio de concurrencia o bien mediante un análisis de los costes medios que podría afrontar una empresa media teniendo en cuenta un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Por otra parte, además, existe un entramado de regulaciones de la Comisión europea relativas a las ayudas a los SIEG[9], entre las que destaca una Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, aún aplicable en la actualidad, antes mencionada. Según dicha Decisión, las ayudas estatales concedidas a algunos promotores de viviendas sociales *no necesitan ser notificadas a la Comisión* para su aprobación previa (así SSTJUE relativas a Holanda, en los casos T-202/10 y T-203/10). Pero esto incluye solo a «las empresas encargadas de servicios sociales, incluida la provisión de viviendas sociales para ciudadanos desfavorecidos o grupos

(9) De acuerdo con el Reglamento (UE) Nº 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general, las compensaciones inferiores a un umbral determinado (500.000 euros en 3 años fiscales, *de minimis*) no constituyen ayudas.

socialmente menos favorecidos, que debido a restricciones de solvencia no puedan obtener una vivienda en condiciones de mercado»[(10)].

Esta referencia a ciudadanos desfavorecidos o grupos menos favorecidos es muy precisa y podría dificultar las intervenciones públicas en zonas segregadas. Produce incertidumbre en los inversores, los financieros y las autoridades locales y nacionales, y es cuestionable a la luz de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Derecho de la UE, en el contexto del amplio margen de que disponen las autoridades de los Estados miembros para organizar sus servicios de interés general. En nuestra opinión, que suscribe la necesidad de mejorar el contenido de esta Decisión de 2011, no se trata de eliminar por completo esa mención concreta, sino de ampliarla a la promoción de comunidades no segregadas y a la renovación urbana[(11)], de tal manera que se incorporen también las viviendas protegidas cuyos potenciales destinatarios no son las clases sociales más desfavorecidas, pero que también encuentran dificultades de acceso a través del mercado, lo que en España abarca una franja importante de la población.

En todo caso, estas excepciones *«solo pueden aplicarse si los servicios en cuestión tienen atribuida, de antemano y por acto jurídico, una misión de interés general»*. Por lo tanto, es necesario explicitar a nivel nacional que una actividad concreta está categorizada como servicio de interés (económico) general para poder aplicar el artículo 106.2 del TFUE y la regulación aludida, cosa en España ha hecho una parte de la legislación autonómica –como vimos– y ahora el artículo 4 de la Ley 12/2023.

En consecuencia, en los SIGNE a que se refiere el artículo 4 de la Ley, como avanzamos, en principio quedan todas las actividades relacionadas con la vivienda, salvo las que no vayan dirigidas a grupos desfavorecidos. La actividad administrativa encaja en el prototipo de los clásicos servicios públicos españoles sin monopolio y no le son de aplicación las reglas de la competencia del Derecho de la UE. Por otro lado, respecto a los SIEG que puedan prestarse y encajen en las definiciones del artículo 4, les será de aplicación el Derecho de la competencia de la UE y, por tanto, solo será

(10) Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [notificada con el número C(2011) 9380]. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=*DOUE*-L-2012-80024.

(11) Sobre su incidencia en las políticas de vivienda de los países miembros, véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre El reto de definir las viviendas sociales como servicios de interés económico general (Dictamen de iniciativa) (*DOUE* C 44/09, 15.2.2013): Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre El reto de definir las viviendas sociales como servicios de interés económico general (Dictamen de iniciativa) (europa.eu).

posible conceder ayudas públicas para compensar la prestación de dicho servicio, de acuerdo con las orientaciones dadas por la jurisprudencia del TJUE en relación con el artículo 106.2 TFUE, siéndoles de aplicación las regulaciones de la comisión sobre ayudas *de minimis* o no, y la ausencia necesidad de notificar la ayuda en los casos que hemos visto antes.

c) Todo ello tiene relevancia respecto a la gestión pública de las políticas de vivienda. Estos SIEG o SIGNE pueden ser gestionados directa o indirectamente a través de diferentes fórmulas de colaboración público-privada, dado que como es sabido, el Derecho de la UE es indiferente al modo de gestión nacional de los mismos. Así lo recuerda el artículo 4.2 de la ley:

«Los servicios de interés general indicados en el apartado anterior podrán ser ejecutados de manera directa por las Administraciones públicas o sus entes instrumentales o dependientes, o bien, podrán realizarse a través de acuerdos con los propietarios, con las entidades legalmente constituidas del tercer sector y de la economía social, o a través de diferentes fórmulas de colaboración público-privada, en cumplimiento del marco legal vigente atendiendo a la naturaleza de la colaboración.»

De particular importancia es la referencia a ese *«cumplimiento del marco legal vigente atendiendo a la naturaleza de la colaboración»*. Si estamos ante un SIGNE, la gestión pública podrá ser directa o indirecta, de acuerdo con las categorías típicas de gestión de los servicios públicos, sistematizadas en el ámbito local en el conocido artículo 85 LBRL. En cambio, si estamos ante un SEIG, la prestación del servicio será por parte de una entidad privada y dicha prestación podrá excepcionar las normas de la competencia en lo necesario para cumplir la finalidad del SEIG.

Quintiá lo ha estudiado detenidamente en relación con las prestaciones desarrolladas en el País Vasco y en Cataluña respecto a la cesión de patrimonio público a agentes privados de lucro limitado para que se ocupen de su desarrollo y de la gestión de vivienda protegida[12]. En el caso vasco, se trató de la licitación de un contrato autonómico de obra para la promoción concertada de vivienda pública en una parcela de patrimonio público autonómico, que resultó en su adjudicación a una cooperativa de vivienda. En el caso catalán, se trató de la suscripción por el Ayuntamiento de Barcelona de un «Convenio Marco para la provisión de viviendas destinadas a alquiler asequible y cesión del derecho de uso (cohabitación) mediante la constitución de un derecho de superficie a favor de entidades sociales sin ánimo de lucro sobre solares y fincas municipales

(12) Quintiá, A. (2023), *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Aranzadi.

del Ayuntamiento de Barcelona provenientes del patrimonio municipal del suelo y de la vivienda».

En el caso vasco, en 2018, la administración utilizó el procedimiento ordinario y abierto de contratación pública. El contrato de obra fue adjudicado a una cooperativa sin ánimo de lucro en 2019, a la que se otorgó un derecho de superficie de 75 años. Si bien se usó el procedimiento previsto en la LCSP, se introdujeron cláusulas sociales, que incluían la selección en función de criterios sociales y participativos que caracterizan el régimen cooperativista.

El caso catalán fue distinto. Ya en 2016 el Ayuntamiento de Barcelona convocó un concurso público con procedimiento restringido abierto solo a cooperativas u otras sociedades sin ánimo de lucro, de acuerdo con el artículo 7 de la ley 33/2003, de patrimonio de las AAPP, para adjudicar un derecho de superficie por 75 años con el fin de desarrollar y gestionar vivienda. En 2020 se firmó el Convenio Marco mencionado con varias cooperativas y fundaciones de vivienda, realizándose la adjudicación de suelo de modo directo, sin concurrencia ni publicidad, para asegurar su destino en mano de los operadores mencionados. Se busca así impulsar proyectos de base comunitaria, potenciando las relaciones vecinales y el diálogo con el barrio en el que se integran, con elementos típicos de las denominadas *community land trust*, empleadas en el ámbito angloamericano.

¿Es conforme este tipo de operaciones donde se restringe la concurrencia con el Derecho de la UE?

Quintiá señala que estaríamos ante una transmisión de suelo público a precio inferior al de mercado, esto es, una ayuda pública, por lo que el artículo 107 TFUE podría ser un límite a las mismas, al negar su posibilidad si distorsionan la competencia. Pero la óptica del artículo 106.2 del TFUE las permite, siempre que cumplan con las condiciones ya mencionadas de la decisión del TJUE *Altmark* de 2003. En este caso, la ley catalana, como ahora la estatal, declaraba la actividad como servicio de interés general y se cumplían el resto de los requisitos, salvo, en este caso concreto, los criterios de selección del operador. Aunque, aún y así, estas operaciones son salvables respecto al Derecho de la Unión Europea si son menores a 500.000 euros, por aplicación del Reglamento de minimis o, siendo mayores, si son inferiores a 15.000.000 de euros o son compensaciones de servicios sociales, por aplicación de la Directiva SIEG, de 11 de enero de 2012, si se dirigen a colectivos desfavorables.

Por otra parte y en otro plano de análisis, es excepcional que en este tipo de operaciones y con los límites de renta actuales, en comparación con los que ofrece el mercado de vivienda «libre», resulte en un beneficio económico superior al que se obtiene en el mercado. O, dicho de otro modo, las compensaciones que se articulan, a pesar de que alcanzan a

cubrir los costes, no dan como resultado una tasa de retorno que sea más atractiva que la que se obtiene en las promociones de vivienda no protegida. Por tanto, es difícil que pueda concluirse que tales actuaciones tienen algún efecto que distorsione la competencia, aunque obviamente, no puede descartarse que en un futuro, así sea.

En definitiva, la consideración de las actividades relacionadas con la vivienda del artículo 4 de la ley estatal como servicios de interés general, extienden ahora a todo el estado la posibilidad de excepcionar las reglas de la competencia de la UE en lo preciso para el cumplimiento de la finalidad social perseguida.

2. Otra consecuencia vinculada a la declaración es la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público en garantía del interés general protegido por el servicio de interés general: esto es lo que realiza el artículo 19.1 de la Ley estatal cuando se refiere a las obligaciones de información de los grandes tenedores en las Zonas de Mercado Residencial Tensionado, como una obligación del servicio de interés general declarado en el artículo 4. La STC 79/2024 que ha conocido de la impugnación de la ley 12/2023 señala que (FJ 6 B):

«… en el caso de viviendas que se sitúan en zonas de mercado residencial tensionado y que pertenecen a grandes tenedores, se puedan exigir obligaciones de información más intensas, como dispone el final del artículo 19.1 de la Ley que la demanda combate, no resulta un exceso competencial. En nada invade ese inciso las competencias autonómicas pues no se establece allí disposición obligatoria alguna».

Y respecto al inciso de la letra e del artículo 11 que extiende esta obligación a todo tipo de propietarios en ZMRT (FJ 6 B), la STC lo considera basado en el artículo 149.1.1 CE en relación con la función social de la propiedad.

De hecho, la medida más conocida de las previstas en la Ley 12/2023 (nos referimos a la limitación del precio de los contratos de arrendamiento firmados en relación a viviendas incluidas en ZMRT), no dejan de ser una nueva manifestación de estos principios. Esa misma consideración podría realizarse en relación a las obligaciones impuestas a través de la normativa procesal, para garantizar un trámite previo con la administración antes de ejecutar un lanzamiento en relación a las viviendas propiedad de grandes tenedores.

Miradas desde otra perspectiva, las reservas para viviendas de protección oficial pueden ser consideradas no solo una delimitación del derecho de propiedad sobre el suelo, propia de su función social, sino también obligaciones de servicio público establecidas en relación con este servicio

de interés general (véase sobre esta perspectiva la STJUE de 8 de mayo de 2013, asuntos C 197/11 y 2013/11, antes mencionada).

3. Además de las dos consecuencias antes mencionadas, debe destacarse que contemplar a la vivienda como servicio de interés general, sea SIGNE o SIEG, arroja una luz distinta sobre esta actividad, un auténtico cambio de paradigma. Al estar ante un SIGNE, o servicio público en la tradición española, es preciso aplicarle los bien conocidos principios rectores de los servicios públicos, elaborados desde el siglo XIX por la escuela del servicio público francesa y aplicados en España, que también son extensibles, con las debidas adecuaciones, a los casos en que nos encontremos frente a un SIEG.

La consideración de la actividad pública en torno a la vivienda asequible como servicio de interés general no económico (o servicio público sin monopolio) permite la aplicación del correspondiente régimen jurídico de éstos y la aproximación de este sector al sanitario o educativo, «normalizando» la actividad pública en garantía del derecho a la vivienda al homologarla a la desarrollada en otros servicios públicos, como los educativos o sanitarios. De ahí se deduce sin problema la necesidad de una infraestructura de bienes para la prestación del servicio público de vivienda, como las viviendas dotacionales (ahora viviendas sociales, artículo 3 Ley estatal). La necesidad de esta infraestructura de bienes afectados al servicio público (o SIGNE) de vivienda ha de implicar una futura reflexión en profundidad sobre la naturaleza como bienes de dominio público de las viviendas de titularidad pública, con las consecuencias correspondientes, incluida la inalienabilidad (véase el art. 28.1 d de la Ley estatal así como la STS Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2019 y el Auto del TS de 29 de noviembre del mismo año sobre la ilegalidad de la venta de viviendas de titularidad pública a un fondo de inversión privado), así como la construcción paulatina de un concepto funcional de bienes públicos, que pueda suponer la existencia de lo que ha sido denominado por la doctrina "obligaciones de dominio público" extensibles a bienes tanto públicos como privados de quienes prestan el servicio de interés económico general[13].

Así, los principios de continuidad, mutabilidad, igualdad, asequibilidad y calidad, que deben ser precisados por la reglamentación del servicio público o por la regulación del SIEG. Particularmente queremos llamar la atención sobre el último de los principios mencionados, que enlaza con el dere-

(13) Moreu Carbonell, E. (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», Revista de Administración Pública, núm. 161, pp. 435 y ss. Sobre las dificultades que genera la naturaleza jurídica actual de las viviendas sociales, Casabona Berberana, M. A. (2019), «Cambios en la gestión del patrimonio público. Análisis a partir del caso de la vivienda social», Revista Aragonesa de Administración Pública, pp. 255 y ss.

cho a una buena administración de todas las personas en general y en particular de los usuarios de los servicios públicos de vivienda o ciudadanos consumidores que se encuentran en el marco de un SIEG de vivienda.

Este derecho a una buena administración, como es sabido, se encuentra en el artículo 41 CDFUE, implícito en la CE de acuerdo a abundantísima jurisprudencia del TS, diversos artículos de diferentes EEAA (por ejemplo, artículo 30 EAC) y normativa estatal y autonómica. La jurisprudencia tanto del TEDH, como del TJUE, desde 1950, y la del TS español y de los TSJ de las CCAA destacan *la obligación de debida diligencia o debido cuidado* de los gestores públicos como derivada de este derecho[14].

Una de las derivaciones técnicas específicas del derecho a una buena administración es la posibilidad de adoptar Cartas de Servicios para adoptar compromisos, estándares específicos de calidad en el ámbito de la vivienda asequible, lo que debería tener efectos en relación con, por ejemplo, los Registros de Solicitantes de Viviendas de Protección Oficial o los procedimientos que la legislación de vivienda formaliza para la adjudicación de este tipo de viviendas (plazos, etc.). Este sector de actividad administrativa está muy necesitado de tales precisiones en garantía del derecho a una buena administración.

Precisamente, esta última reflexión sobre la calidad y el derecho a una buena administración nos conduce a subrayar la utilidad de la analogía del servicio de vivienda con otros servicios públicos clásicos sin monopolio.

Una comparación del derecho a la vivienda del artículo 47 CE (ahora plenamente reconocido como tal por la STC 79/2024, de 21 de mayo) con el derecho a la salud del artículo 43 CE deviene especialmente útil. En relación con este último, la dimensión temporal de la asistencia sanitaria y el problema de las listas de espera es un elemento de comparación interesante. El tratamiento de la cuestión de los tiempos de espera en el ámbito sanitario es uno de «los puntos débiles de la regulación vigente en materia de prestaciones sanitarias, pues no se fijan – salvo alguna excepción a la que luego aludiremos – unos tiempos máximos admisibles al efecto ni se establecen mecanismos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales tiempos máximos»[15].

Es posible, y así se ha hecho en el ámbito sanitario, establecer el mecanismo de reintegro de gastos, que contempla la posibilidad de que el

(14) Ponce Solé, J., (2019) *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Alcalá de Henares, Defensor del pueblo.

(15) Pemán Gavín, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*. Estudios jurídicos, Granada, Comares, 2005, p. 102.

usuario utilice servicios ajenos a los del sistema público de prestaciones sanitarias y obtenga a posteriori el reembolso de los gastos pagados.

Asimismo, es posible que el ordenamiento jurídico, y también se ha hecho así en el ámbito sanitario, prevea de modo taxativo unos periodos máximos de espera en el acceso efectivo a las prestaciones, de modo que el incumplimiento de los mismos determine la entrada en juego de alguna fórmula operativa para que las personas afectadas puedan recabar la inmediata provisión de la prestación de que se trate.

Estas técnicas, ya aplicadas en el ámbito sanitario, serían perfectamente trasladables al ámbito del alojamiento, aunque históricamente nunca hayan sido desarrolladas normativamente[16]. Corresponde ahora al Estado y a las CCAA, en su ámbito respectivo de competencias, subsanar esta carencia histórica, evolucionando desde la tradicional perspectiva del fomento en relación a la vivienda, hacia la del servicio público –más moderna y acorde con los tiempos actuales– y extraer del artículo 4 de la ley estatal, y equivalentes autonómicos, todas las posibles regulaciones que permitan la prestación adecuada del servicio de vivienda.

---

(16) Véase ahora el Artículo 4 del Real decreto 1030/2006, de 30 de septiembre, que desarrolla el Artículo 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, el cual señala lo siguiente:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de Derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero.»

Existe diversa jurisprudencia social en aplicación de la que era la anterior versión de este precepto, contenida en el Artículo 5.3 del Real decreto 63/1995, de 20 de enero, distinguiendo entre supuestos en que era preceptivo el reintegro de gastos (STS de 4 de abril de 2000, Aranzadi 2615, en un caso de asistencia sanitaria a españoles residentes ocasionalmente en el extranjero por causa de enfermedad imprevista, o STS de 21 de febrero de 1995, Aranzadi 1168, por demora consecuencia de la inclusión de un paciente en lista de espera, el cual busca la prestación en el sector privado) y en los que no (STS de 16 de noviembre de 1989, Aranzadi 8069, en un caso de una operación de corazón realizada en EE. UU. debido a las mayores probabilidades de éxito, pero que también era realizable en España, o STS de 7 de octubre de 1996, Aranzadi 7496, en el que se reafirma el criterio jurisprudencial general de que la inclusión en lista de espera y la búsqueda de la prestación en el sector privado no genera el derecho al reintegro público de los gastos).

Es destacable al respecto el Decreto vasco 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi, en el que se establecen plazos de garantía para la realización de tales operaciones(cifrados en días naturales) y la posibilidad, previa solicitud específica administrativa, de acudir a otro centro sanitario vasco, designado por la Administración, para la realización de la operación, con reembolso económico por parte del Departamento de Sanidad «con referencia a los importes establecidos en la normativa vigente de tarifas aplicables a los conciertos de asistencia sanitaria prestada con medios ajenos al Sistema Sanitario de Euskadi» [art. 6.6, letra e)].

BIBLIOGRAFÍA

Casabona Berberana, M. A. (2019), «Cambios en la gestión del patrimonio público. Análisis a partir del caso de la vivienda social», Revista Aragonesa de Administración Pública, pp. 255 y ss.

Domínguez Martín, M., *Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general*, en la obra de Chinchilla Peinado, J. A., López De Castro, L., (Coords.), *Estudios sobre el Derecho a la vivienda*, RDU editores, 2024.

Moreu Carbonell, E. (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», Revista de Administración Pública, núm. 161, pp. 435 y ss.

Pemán Gavín, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada, Ed. Comares, 2005.

Ponce Solé, J., «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo estatuto de autonomía de cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», REAF núm. 7, octubre de 2008.

— *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Ed. Universidad de Alcalá de Henares, 2019.

Quintiá, A. (2023), *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Ed. Aranzadi, 2022.

Vaquer Caballería, M. (2014), *«La vivienda en el Derecho de la Unión Europea»* en la obra de Arnaiz, R., y Ponce, J., *La ley por el derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Revista Jurídica de Catalunya, 2024.

XV

ACCIÓN DE FOMENTO Y ACCESO A LA VIVIENDA

A. Evolución de los planes de protección pública a la vivienda y efectos del reparto de competencias

Felipe Iglesias González
Profesor de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: *Se estudia la evolución de los planes estatales de vivienda, estableciendo cuatro etapas. Asimismo, se analiza la coexistencia entre los planes estatales y autonómicos de vivienda y los efectos jurídicos. Finalmente, se estudia los efectos de la Ley estatal de vivienda sobre la planificación en materia de vivienda, tanto estatal como autonómica.*

Palabras clave: *planes de vivienda, reparto competencias en materia de vivienda.*

Summary: *The evolution of state housing plans is studied, establishing four stages. It also analyses the coexistence between state and regional housing plans and their legal effects. Finally, the effects of the State Housing Act on housing planning, both at state and autonomous community level, are studied.*

Keywords: *housing plans, distribution of competences in housing matters.*

Sumario: 1. Evolución de los planes de protección pública a la vivienda y efectos del reparto de competencias. 1.1 Primeros planes de vivienda. 1.2 Planes de vivienda de adaptación al reparto competencial. 1.3 Planes de vivienda en el ciclo de expansión económica. 1.4 Planes de vivienda en el cambio de modelo. 2. Bibliografía.

1. EVOLUCIÓN DE LOS PLANES DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA VIVIENDA Y EFECTOS DEL REPARTO DE COMPETENCIAS[1]

Estudiamos en el presente capítulo la planificación en materia de vivienda producida a partir de la aprobación de la Constitución española de 1978, dejando fuera los antecedentes de planificación, que tienen claramente un formato y contenidos diferentes[2] y sin perjuicio del debate acerca de su consideración como auténticos planes[3].

El lector de estas páginas no se encuentra ante un estudio meramente histórico, que podría serlo y estaría plenamente justificado. Las consecuencias prácticas de las líneas que vienen a continuación son muy relevantes. Debe tenerse en cuenta, desde el primer momento, que el régimen jurídico de las viviendas protegidas se define primariamente por el plan de vivienda con base en el que construyó la vivienda protegida, de forma que irremediablemente la normativa que vamos a estudiar a continuación sigue resultando aplicable en muchos supuestos y ello a pesar de que muchas de estas normas hayan sido formalmente derogadas. De esta forma, el régimen jurídico de las viviendas protegidas queda congelado,

(1) Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto TED2021-130900B-I00, Regeneración Urbana Climática (Reur -clima), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, cuyos Investigadores Principales son Juan Antonio Chinchilla Peinado y Felipe Iglesias González.

(2) Nos referimos, por ejemplo, del Plan Nacional de la Vivienda 1956-1960, aprobado mediante Decreto de 1 de julio de 1955, que puede considerarse, en propiedad, como el primer plan estatal de vivienda (en idénticos términos, *vid.* Van-Halen Rodríguez, J., La política de la vivienda en España: una aproximación histórica, Tesis doctoral (disponible en Teseo), 2016, p. 198. Sobre la trayectoria de la protección pública a la vivienda, *vid.* Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, 100 años de historia de la intervención en la vivienda y la ciudad, Carlos Sabricio Ed., Madrid, 2008. *Vid.* también García-Bernardo Landeta, A., Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial, EUNSA, Pamplona, 1970 y Gómez Jiménez, M. L., La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005, Montecorvo, Madrid, 2006. Sobre los aspectos jurídicos de los planes de vivienda *vid.* Jiménez de Cisneros Cid, F. J., «La cooperación para la formulación y ejecución de planes de vivienda», Documentación Administrativa, núm. 240, 1994, pp. 229 ss.

(3) *Vid.* al respecto Rodríguez de Santiago, J. M., ¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?, en «Estudios sobre el Derecho a la vivienda», RDU Editores, 2024, pp. 197 ss.

con algún matiz no exento de relevancia, por la normativa con base en la cual se promovió.

El primer ejemplo de plan estatal en materia de vivienda de la etapa constitucional se encuentra en el Real Decreto 2455/1980, de 7 noviembre, que vehicula el denominado «programa de construcción de viviendas de protección oficial 1981-1983». A partir de este Real Decreto se han venido aprobando, cada tres o cada cuatro años, planes estatales de protección pública a la vivienda. Valga el siguiente listado de los planes aprobados para tener una imagen de la relevancia de esta herramienta de planificación económica:

1. Plan estatal de Vivienda 1981-1983 (Real Decreto 2455/1980, de 7 de noviembre).
2. Plan estatal de Vivienda 1984-1987 (Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre).
3. Plan de Vivienda 1988-1991 (Real Decreto 1494/1987 y Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo).
4. Plan estatal de Vivienda 1992-1995 (Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre y 1668/1991, de 15 de noviembre).
5. Plan estatal de Vivienda 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre).
6. Plan estatal de Vivienda 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio).
7. Plan estatal de Vivienda 2002-2005 (Real Decreto 1/2002, de 11 de enero).
8. Plan estatal de Vivienda 2005-2008 (Real Decreto 801/2005, de 1 de julio).
9. Plan estatal de Vivienda 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre).
10. Plan estatal de Vivienda 2013-2016 (Real Decreto 233/2013, de 5 de abril).
11. Plan estatal de Vivienda 2018-2021 (Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo).
12. Plan estatal de Vivienda 2022-2025 (Real Decreto 42/2022, de 18 de enero).

Puede afirmarse que todos estos planes estatales de vivienda han constituido la herramienta clave de articulación de las políticas de vivienda del Estado. De hecho, poco ha hecho el Estado al margen de esto planes estatales. Alguna disposición complementaria y esporádica, pero poco más.

No se trata de quitar importancia a la relevancia económica de estos planes, pues sin duda la han tenido y he hecho en muchas ocasiones ha

primado la perspectiva del impacto de la actividad inmobiliaria en la economía frente al derecho constitucional de acceso a una vivienda digna y adecuada, siempre en inestable equilibrio, pero no puede dejar de criticarse la simpleza de las políticas estatales en materia de vivienda, parapetadas en planes estatales y poco más, salvo alguna normativa esporádica[4], al menos hasta la aprobación de la Ley estatal de vivienda, la Ley 12/2023, de 24 mayo, por el derecho a la vivienda.

Naturalmente, el contenido de estos planes estatales ha ido variando, adaptándose a las necesidades sociales, a los medios económicos disponibles o a la jurisprudencia constitucional. Se pueden establecer las siguientes etapas en la planificación estatal en materia de vivienda:

i) Primeros planes de vivienda.
ii) Planes de vivienda de adaptación al reparto competencial.
iii) Planes de vivienda en el ciclo de expansión económica.
iv) Planes de vivienda en el cambio de modelo.

A continuación, analizamos de forma sintética los aspectos básicos de cada una estas etapas.

1.1 **Primeros planes de vivienda**

Esta etapa de primera formulación del modelo de planificación estatal en materia de vivienda comprende los dos primeros planes de vivienda estatales del período democrático, esto es, el Plan de Vivienda 1981-1983, aprobado mediante el Real Decreto 2455/1980, de 7 de noviembre, y el Plan de Vivienda 1984-1987, articulado mediante el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre[5].

Se trata de dos planes de vivienda muy sencillos, de contenido muy limitado (el Plan trienal 1981 se articula a través de 4 artículos y el Plan cuatrienal 1984-1987 cuenta con 11 artículos), pero ya se contemplan algunas de las herramientas básica de los posteriores planes de vivienda estatales.

---

(4) Se puede citar, al efecto y como ejemplo, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda; el Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada o el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda.

(5) Desarrollado por la Orden de 27 de enero de 1984 sobre tramitación de las actuaciones de financiación en materia de vivienda a que se refiere el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre.

Tomando como referencia el Plan cuatrienal 1984-1987 pueden destacarse los siguientes elementos caracterizadores:

– Definición de formas de financiación.

Desde el Plan cuatrienal 1984-1987, se define con absoluta nitidez buena parte de las herramientas que va a caracterizar la protección pública a la promoción y adquisición de viviendas protegidas. A estos efectos, el artículo 1.1 del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, contempla las siguientes formas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda:

a) Préstamos cualificados.
b) Subsidiación de los tipos de interés.
c) Subvenciones personales a los adquirentes y usuarios.

Únicamente, se echa en falta la previsión de subvenciones al promotor, denominadas en el argot inmobiliario ayudas a la «piedra».

No puede dejar de reseñarse que este esquema conceptual ya se encontraba definido en el Real Decreto 2455/1980, de 7 de noviembre (Plan Trienal 1981-1983), cuyo artículo 1 establecía que «el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a través del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, establecerá convenios con las entidades financieras públicas y privadas, con objeto de subvencionar, con cargo a sus consignaciones presupuestarias, el tipo de interés de los préstamos que dichas entidades concedan para la financiación de viviendas de protección oficial». Estos convenios con las entidades de crédito han vehiculado históricamente la oferta por las entidades de crédito para la promoción y adquisición de viviendas protegidas de préstamos a un tipo de interés menor que el que se ofrece para la vivienda libre. Y, además, de contar con un tipo de interés más bajo, se otorgaban subsidiaciones (esto es subvenciones) ligadas al tipo de interés.

También debe tenerse en cuenta que el propio concepto de préstamo cualificado ya se encontraba en el artículo 21 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, que es la norma que establece el régimen jurídico de las viviendas protegidas en la época democrática, pero por primera vez en este Plan cuatrienal 1984-1987 se establecen sus características básicas y que son (*vid.* artículo 3.2 del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre):

a) La cuantía por metro cuadrado de superficie útil será del 75 por 100 del módulo (M) ponderado aplicable, vigente en el momento de la

cualificación provisional. Anualmente el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por Orden ministerial y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, determinará el módulo aplicable y su ponderación, efectuada en función del plazo medio de ejecución de las obras y de la evolución económica.

b) Tipo de interés fijado por el Ministerio de Economía y Hacienda o, a su propuesta, por acuerdo del Consejo de Ministros para las Entidades oficiales de crédito.

c) Plazo de amortización de trece años, más tres de carencia en el caso de préstamo al promotor, con cuotas de amortización, de capital e intereses, crecientes en un 3 por 100 anual.

d) Garantía de hipoteca y, en su caso, las que pudieran exigir al prestatario las Entidades oficiales de crédito.

e) Exenciones y bonificaciones fiscales que en cada caso sean aplicables.

– Definición de actuaciones protegibles.

El artículo 1.2 del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, describe de forma sintética y precisa las actuaciones que son objeto de protección y que, por lo tanto, pueden recibir las ayudas económicas que acabamos de describir. Con mayor o menor desarrollo, se identifican las piezas clave que, posterioridad, se han incorporado en otros Planes de vivienda y son las siguientes:

a) La promoción, construcción, adquisición, uso, conservación y aprovechamiento de las viviendas de protección oficial.

b) La adquisición y preparación de suelo preferentemente residencial, destinado a viviendas de protección oficial.

c) La promoción, construcción, adquisición, uso, conservación y aprovechamiento del equipamiento comunitario primario.

d) La rehabilitación de viviendas existentes.

e) Las obras de mejora que produzcan en las viviendas ahorro de consumo energético.

Debe enfatizarse que, ya en 1983 (esto es, en la redacción del segundo plan de vivienda de la democracia), se tenía en mente la necesidad de establecer líneas de fomento relativas al suelo, el equipamiento comunitario, la rehabilitación de viviendas existentes y, nada más y nada menos, la mejora energética de la vivienda para el ahorro energético.

Cuarenta años después esta definición (tan básica) está plenamente vigente y únicamente se echa en falta (en lo fundamental) el fomento del

arrendamiento, aunque no puede dejar de tenerse en cuenta que en la propia disposición adicional 4.ª del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, se autorizaba al Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda para subvencionar el alquiler de las viviendas de protección oficial de promoción pública, siempre que el titular de la promoción o del contrato de arrendamiento sea el propio Organismo o un Ente territorial.

Es claro que el énfasis de la mejora de las viviendas para el ahorro energético está íntimamente vinculado a la denominada crisis del petróleo de finales de los setenta del siglo pasado y es coetánea con la creación del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, mediante el Real Decreto 101/1984, de 25 de enero.

Especial atención merece la protección de la rehabilitación de viviendas existentes en el Plan cuatrienal 1984-1987. Supone una novedad con respecto al plan trienal 1981-1983, puesto que no integraba formalmente las actuaciones de rehabilitación que vivían en un mundo jurídico paralelo en el que cabe destacar las siguientes normas (6):

a) Real Decreto Ley 12/1980, de 26 de septiembre.
b) Real Decreto 375/1982, de 12 de febrero.
c) Real Decreto 2555/1982, de 24 de septiembre.
d) Real Decreto 2329/1983, de 28 de julio.

El Plan cuatrienal Plan cuatrienal 1984-1987, a través del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, aterriza el régimen de rehabilitación a la edificación y lo integra (para siempre) como una de las modalidades de protección pública a la vivienda, tal y como se enfatiza en la propia exposición de motivos del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, que afirma que «el presente Real Decreto diversifica las líneas de protección oficial en materia de vivienda al incorporar al sistema de financiación previsto las actuaciones de rehabilitación de viviendas reguladas en el Real Decreto 2329/1983, de 28 de julio, a las que se otorga el suficiente apoyo y cobertura económicos para su más completa eficacia y da entrada a las subvenciones al arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública con la finalidad de paliar la carga económica de satisfacción de la renta arrendaticia por parte de los inquilinos de nivel de renta bajo en relación con los ingresos y composición de la unidad familiar».

(6) Se puede encontrar un estudio de la relevancia de estas normas inaugurales de la protección pública a la rehabilitación en nuestro país en Iglesias González, F., Régimen jurídico de la protección pública a la rehabilitación, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. XV (2013), pp. 147 ss.

1.2 **Planes de vivienda de adaptación al reparto competencial**

El encaje constitucional de los planes estatales se produce durante la vigencia del Plan de vivienda 1988-1991, articulado en un primer momento a través del Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre.

Ni una referencia hemos realizado a las Comunidades Autónomas en el apartado anterior dedicado a la etapa inicial de los planes de vivienda, habida cuenta que, tanto el Real Decreto 2455/1980, de 7 de noviembre (Plan 1981-1983) como el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre (Plan 1984-1987) apenas hacían referencia a las Comunidades Autónomas, enfatizándose, por ejemplo, en la exposición de éste último que «la importancia del sector vivienda dentro de la actividad económica general determina que su financiación cualificada constituye una pieza relevante en la política crediticia, cuya ordenación corresponde al Estado, confiriéndole habilitación suficiente para financiar actuaciones protegibles en dicha materia».

En semejante línea de pensamiento, en la exposición de motivos del Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre (Plan de vivienda 1988-1991) se enfatiza la competencia estatal en materia económica o crediticia afirmándose que «el entramado institucional resultante del Estado de las Autonomías impone la necesaria coherencia entre las Administraciones Públicas cuyas competencias inciden en la materia de vivienda, tanto en su aspecto sustantivo como crediticio o económico, a cuyo efecto resulta preciso establecer los instrumentos de fomento y financiación adecuados para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales en orden al disfrute de un alojamiento digno, sin perjuicio del ejercicio de las funciones que corresponden a las Comunidades Autónomas».

Esta última cláusula de «sin perjuicio» de las competencias autonómicas se concreta en el articulado del Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, en la previsión del posible otorgamiento por parte de las Comunidades Autónomas de ayudas económicas complementarias a las otorgadas por el Estado. La única técnica de cooperación que se contempla expresamente en el Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, es la recogida en el artículo 28 que contempla que el Estado fijará para cada año «de acuerdo con las Comunidades Autónomas» subvenciones para la implantación y mantenimiento por los Entes públicos territoriales de oficinas para la gestión y asesoramiento de la rehabilitación. Pero esta previsión de colaboración es inusual en esta etapa de la planificación en materia de vivienda, constituyendo un magnífico ejemplo de ello que la posibilidad de establecer cupos máximos para el otorgamiento de las ayudas económicas en el supuesto de que la demanda de ayudas sea superior a la programación económica existente, estableciéndose expresamente que el

establecimiento de estos cupos es competencia estatal, habida cuenta que son fondos estatales, siendo suficiente la previa consulta a las Comunidades Autónomas[7].

No puede sorprender que esta compacta regulación estatal chocara frontalmente con las pretensiones de algunas Comunidades Autónomas, sobre todo teniendo en cuenta todas que las Comunidades Autónomas, en el momento histórico que analizamos, habían asumido en los correspondientes Estatutos de Autonomía, las competencias exclusivas en materia de vivienda.

Fue la Comunidad Autónoma del País Vasco la que lideró la defensa de las competencias autonómicas en materia de vivienda, promoviendo un conflicto de competencias, entre otras normas, contra el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre (Plan 1984-1987). La respuesta del Tribunal Constitucional a este debate competencial se produjo a través de la STC 152/1988, de 20 de julio, que establece el marco de referencia competencial en materia de planes de vivienda.

Desde el primer momento debe enfatizarse que la STC 152/1988, de 20 de julio, es altamente favorable para las competencias estatales, confirmando mayoritariamente los argumentos expuestos por la Abogacía del Estado. De forma muy sintética, pueden sinterizarse en los siguientes[8]:

i. Dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector, es este caso, el de la vivienda (f.j. 2.º).

ii. El artículo 149.1.1 CE faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Pero esta función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar

(7) En concreto, el apartado segundo de la disposición adicional novena del Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, establece que «se autoriza al Ministro de Obras Públicas y Urbanismo para que, si la evolución de la demanda de viviendas de protección oficial lo aconsejara, pueda establecer cupos máximos de viviendas que puedan ser objeto de ayudas económicas estatales directas. Dichos cupos se establecerán, en su caso, previa consulta con las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta, entre otros criterios objetivos: […]».

(8) Un completo estudio de esta sentencia se puede encontrar en Beltrán de Felipe, M., La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial, Lex Nova, 2000 o Muñoz Castillo, J., El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa, Ed. Colex, 2000, pp. 94 ss. *Vid.*, también, Iglesias González, F., Administración pública y vivienda, Ed. Montecorvo, 2000, pp. 98 ss.

sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito (f.j. 2.º).

iii. El Estado puede destinar específicamente recursos con cargo a su propio presupuesto, que cumplen así una finalidad de garantía para la consecución de los objetivos de la política económica general cuya dirección le compete. También a tales efectos y con la misma finalidad, el Estado puede actuar sus competencias sobre las bases de ordenación del crédito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.11 de la Constitución. Es decir, el Estado puede aportar recursos vinculados al ejercicio de sus competencias materiales y en garantía de su efectividad (f.j. 3.º).

iv. Por lo que se refiere al subsector económico de la vivienda, no cabe duda de que puede ser comprendida en la competencia del Estado a que se refiere el artículo 149.1.13 de la Constitución la planificación básica de determinadas actuaciones de construcción y rehabilitación de viviendas de protección oficial, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación en el ámbito definido como tal, ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable (f.j. 4.º).

v. En relación con la normativa de financiación a la vivienda, el Estado es competente con base en el artículo 149.1.13 de la Constitución para: i) la definición misma de las actuaciones protegibles, que constituye el núcleo de las medidas consideradas; ii) la definición de la forma de protección, en este caso la regulación esencial de las fórmulas de financiación adoptadas –créditos cualificados, subsidiación de préstamos y subvenciones–, sin la cual el fomento de aquellas actuaciones carece de eficacia, así como la finalidad específica de las mismas; iii) la concreción del nivel de protección que se intenta alcanzar u ofrecer en cada caso y iv) la aportación misma de recursos estatales que permitan realizar las correspondientes actuaciones, en cuanto que garantía de la política económica general, relativa al sector de la vivienda (f.j. 4.º).

vi. Es conforme al reparto competencial que el Estado se reserve las competencias de gestión relativas a la realización de convenios con las entidades financieras para la aportación de créditos de financiación de las actuaciones protegibles, a la subsidiación de los créditos aportados por aquellas entidades, en los porcentajes establecidos por la normativa estatal y al abono efectivo de las subvenciones concedidas (f.j.5.º).

De esta forma, la STC 152/1988, de 20 de julio, valida la constitucionalidad del Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, una norma de escasos (pero muy precisos) 11 preceptos que difícilmente encajan con el

concepto «bases», que constituyen el substrato de los preceptos constitucionales que justifican la competencia estatal (arts. 149.1.11 y 13 CE), al menos desde la perspectiva de la posterior jurisprudencia constitucional, bastando al efecto la cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que introducen un concepto muy limitado del concepto «bases».

Por razones temporales, la STC 152/1988, de 20 de julio, no tuvo por objeto el Plan de vivienda 1988-1991, aunque, como puede intuirse, el Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, también fue objeto de conflictos competenciales que finalizaron por desaparición del objeto de los diversos conflictos presentados[9], al derogarse este Real Decreto por el Real Decreto 224/1989 de 3 de marzo.

Precisamente, el Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo, es la herramienta jurídica a la que, dentro del marco del Plan de vivienda 1988-1991, correspondió consolidar el alcance de las competencias estatales en materia de los planes de vivienda, puesto que, en lo básico, no es otra la misión de este Real Decreto. Habida cuenta la preponderancia competencia estatal reconocida por la STC 152/1988, de 20 de julio, no puede sorprender el escaso alcance de competencias autonómicas que reconoce el Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo, y que pueden sintetizarse en las siguientes:

i) Reconocimiento de que las Comunidades Autónomas pueden establecer sus programas propios de subvenciones. A estos efectos, el artículo 1.2 del Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo, establece que quedan excluidos del ámbito de aplicación del propio Real Decreto «las actuaciones de las Comunidades Autónomas y otro Entes territoriales en materia de promoción y rehabilitación, con cargo único a sus recursos, que se regularán por la correspondiente normativa autonómica y, subsidiariamente, por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y normas complementarias».

ii) La articulación de convenios bilaterales Estado-Comunidades Autónomas para establecer la distribución territorial de los cupos máximos, en los que se acordarán tanto los recursos financieros a aportar por cada una de las partes en relación con los diferentes tipos de actuaciones protegibles, como los sistemas de coordinación, seguimiento y revisión, al menos anual, del convenio suscrito (*vid.* artículo 39 del Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo).

iii) Reconocimiento de la competencia autonómica para modificar la inserción en las distintas áreas geográficas de aquellos municipios cuyas características así lo aconsejen, manteniéndose la competencia estatal

(9) *Vid.* Auto del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1992 (*BOE* de 10 de julio de 1992).

para la definición de las áreas geográficas homogéneas (*vid.* apartado 2 de la disposición adicional séptima del Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo).

El mejor dato para acreditar que la STC 152/1988, de 20 de julio, ha supuesto el reforzamiento de la competencia estatal en materia de planificación de la vivienda se encuentra en el incremento de la densidad normativa producida entre el Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, que contaba con 30 artículos, y el Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo, que pasa a tener 41 artículos.

Más allá de los efectos de la STC 152/1988, de 20 de julio, merece la pena destacar dos novedades jurídicas que aporta el Plan de Vivienda 1988-1991. En primer lugar, el artículo 6 del Real Decreto 1994/1987, de 4 de diciembre, crea la figura y la forma de cálculo de los «ingresos familiares ponderados» que va a resultar clave durante muchos años y planes de vivienda para la definición de los requisitos económicos para resultar adjudicatario de vivienda protegida; en rigor, la fórmula para la definición de los ingresos familiares ponderados se mantuvo vigente hasta su sustitución por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) a partir del Plan 2002-2005 (esto es, Real Decreto 1/2002, de 11 de enero).

En segundo lugar, cabe destacar que el Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, crea la distinción entre el régimen general y el régimen especial de las viviendas de protección oficial definiendo, en lo básico, las VPO de régimen especial como aquellas destinadas a beneficiarios con ingresos familiares ponderados que no excedan de dos veces el salario mínimo interprofesional. Esta distinción entre régimen general y especial de las viviendas protegidas se va a mantener en numerosos planes de vivienda.

1.3 **Planes de vivienda en el ciclo de expansión económica**

La tercera de las etapas que proponemos para el análisis de los planes estatales de vivienda comprende los planes estatales 1992-1995 (Real Decreto 1932/1991 y 1668/1991, de 15 de noviembre), 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995), 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998), 2002-2005 (Real Decreto 1/2002), 2005-2008 (Real Decreto 801/2005) y 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008).

Se trata de planes de viviendas que tienen como objetivo nuclear la protección de la promoción y adquisición de viviendas protegidas bajo el régimen primario del derecho de propiedad (la protección de modalidades en arrendamiento es residual), que comparten unas técnicas bastante

homogéneas ya validadas por la jurisprudencia constitucional en los términos que acabamos de estudiar y que vehiculan la protección pública a la vivienda en una etapa de largo ciclo económico de bonanza entre dos crisis, la de 1992 y la de 2008, con inevitables altibajos en esta larga etapa económica.

La mejor forma de identificar los contenidos de los planes de vivienda en esta etapa consistirá en sintetizar el sumario del contenido normativo de uno de estos planes de vivienda, por ejemplo, el Plan de Vivienda 1996-1999 aprobado mediante el Real Decreto 2190/1995, que tiene el siguiente contenido (10):

CAPÍTULO I. Disposiciones generales [arts. 1 a 10].

– Ámbito de las actuaciones protegibles.
– Regímenes de protección oficial.
– Formas de financiación cualificada.
– Concepto y duración de la subsidiación de los préstamos cualificados.
– Financiación para vivienda en arrendamiento.
– Financiación para primer acceso a la vivienda en propiedad.
– Financiación de garajes y otros anejos.
– Condiciones para acceder a la financiación cualificada.
– Promotores y adjudicatarios.
– Ingresos ponderados.

CAPÍTULO II. Financiación de actuaciones protegibles en vivienda de protección oficial de nueva construcción [arts. 11 a 22].

– Sección 1.ª Régimen general de protección oficial.

– Características de los préstamos cualificados.
– Préstamos a promotores.
– Préstamos a adquirentes o adjudicatarios.
– Subsidiación de préstamos a adquirentes, adjudicatarios y promotores para uso propio o para arrendamiento.
– Subvenciones y otras ayudas específicas para el primer acceso en propiedad y para alquiler.
– Precios máximos y condiciones de los arrendamientos.

(10) Podría servir cualquiera de los planes de esta etapa, todos ellos muy parecidos entre ellos, incluso el anterior Plan estatal de vivienda 1992-1995, aprobado mediante el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, si no fuera porque el bloque relativo a financiación de actuaciones protegidas en materia de suelo se incluía en una norma diferente, en concreto el Real Decreto 1668/1991, de 15 de noviembre.

– Sección 2.ª Régimen especial de protección oficial.

– Préstamos al promotor.
– Préstamos a adquirentes, adjudicatarios y promotores de viviendas para uso propio.
– Subsidiación de préstamos a promotores, adquirentes y adjudicatarios.
– Subvenciones.
– Precios máximos, condiciones de los arrendamientos y derechos de tanteo y retracto.

– Sección 3.ª Viviendas de promoción pública.

– Cofinanciación.

CAPÍTULO III. Financiación de la adquisición protegida de otras viviendas a precio tasado [arts. 23 a 28].

– Ámbito de las actuaciones protegibles.
– Características de los préstamos cualificados.
– Subsidiación de los préstamos para adquisición de vivienda a precio tasado.
– Subvenciones para el primer acceso en propiedad.
– Precio máximo de venta.
– Limitaciones a la facultad de disposición.

CAPÍTULO IV. Financiación de actuaciones protegibles en materia de rehabilitación [arts. 29 a 50].

– Actuaciones protegibles.
– Concepto de presupuesto protegible en actuaciones de rehabilitación.
– Incumplimientos.
– Actuaciones en áreas de rehabilitación.
– Ayudas a la rehabilitación de edificios.
– Ayudas a la rehabilitación de viviendas en materia de habitabilidad.
– Rehabilitación integral de edificios de una sola vivienda.
– Adecuación del equipamiento comunitario primario.

CAPÍTULO V. Financiación de actuaciones protegibles en materia de suelo [arts. 51 a 57].

– Ámbito de las actuaciones protegibles.
– Condiciones de las actuaciones protegibles.

– Requisitos para la financiación cualificada.
– Derechos de tanteo y retracto.
– Características de los préstamos cualificados.
– Subsidios y subvenciones.
– Efectos por incumplimiento.

CAPÍTULO VI. Relaciones interadministrativas y con entidades de crédito [arts. 58 a 61].

– Recursos financieros.
– Convenios con Entidades de crédito.
– Convenios con Comunidades Autónomas.
– Comisión Estatal de Seguimiento.

A pesar de que esta larga etapa de los planes de vivienda que estamos analizando se caracteriza por tener contenidos muy homogéneos, en los que incluso la variación de la estructura de los correspondientes Reales Decretos es menor, inevitablemente se van añadiendo mejoras, muchas veces meramente técnicas, recogidas de la experiencia obtenida de la ejecución de los diversos planes de vivienda[11]. Cabe reseñar alguna de las innovaciones que han ido jalonando la idiosincrasia del régimen jurídico de la planificación estatal en materia de vivida y que pueden identificarse en los siguientes:

a) Medidas específicas para primer acceso a la vivienda en propiedad.

Es en el plan de vivienda 1992-1995 cuando se incorpora la modalidad de «primer acceso» a la vivienda en propiedad, que, característicamente, se mantiene en todos los planes de esta etapa, esto es hasta el plan 2009-2012.

El Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, que inaugura este programa de financiación, establece en su artículo 6 que podrán acogerse a esta financiación «los adquirentes, adjudicatarios y promotores para uso propio de viviendas previstas en este Real Decreto, cuyos ingresos ponderados no excedan de 3,5 veces el salario mínimo interprofesional y que no

(11) Enfatiza esta coincidencia de contenidos el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan de Vivienda 2013-2016 que, precisamente, significa un cambio de rumbo e inaugura la siguiente etapa histórica que proponemos. En concreto, en la exposición de motivos del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, se afirma (después de relacionar todos los planes de vivienda aprobados por el Estado anteriores), que «todos estos planes tienen elementos comunes: fomentan la producción de un volumen creciente de viviendas, se basan en la ocupación de nuevos suelos y en el crecimiento de las ciudades y apuestan, sobre todo, por la propiedad como forma esencial de acceso a la vivienda y establecen unas bases de referencia a muy largo plazo, para unos instrumentos de política de vivienda diseñados en momentos sensiblemente diferentes de los actuales».

hubieran tenido anteriormente vivienda en propiedad, siempre que las viviendas adquiridas tengan una superficie que no exceda de 70 metros cuadrados útiles»[12].

b) La creación de la modalidad de vivienda de precio tasado.

Desde el principio de la planificación estatal en materia de vivienda en la democracia, la protección pública se centraba en la construcción de nuevas viviendas. El plan de vivienda 1992-1995 apuesta por ir más lejos y financiar también la adquisición de vivienda usada, creando la modalidad de «vivienda de precio tasado».

Es cierto que esta modalidad de vivienda protegida no se mantuvo durante toda esta etapa, de hecho únicamente se mantuvo en el Plan 1996-1999, pero tuvo enorme éxito curiosamente en el planeamiento, y todavía hoy es habitual encontrarse con parcelas calificadas urbanísticamente para la construcción de viviendas de precio tasado.

La categoría «viviendas a precio tasado» se configura como un programa de actuaciones protegibles en la que se financiaba la adquisición de viviendas protegidas existentes en segunda transmisión o directamente viviendas libres, usadas o de nueva construcción, que cumplieran un ratio determinado de precio por metro cuadrado de superficie útil y que no superase los 120 metros cuadrados útiles. En una primera etapa esta modalidad de vivienda protegida únicamente se encontraba sujeta a un periodo de tanteo y retracto de 5 años, para terminar teniendo una duración de su régimen legal de 15 años (*vid.* artículo 5.2 del Real Decreto D 801/2005, de 1 de julio, ha de tenerse en cuenta que durante este plazo de 15 años las viviendas de precio tasado se encuentran sujetas a un precio máximo de venta y renta, pero finalizado el plazo se convierten en libres, desapareciendo los controles administrativos, y que este plazo de 15 años es justamente la mitad del plazo de 30 años al que están sujetas en el momento en el que estamos analizando las Viviendas de Protección Oficial (*vid.* artículo 1 Real Decreto-ley 31/1978, de 31 octubre). De esta forma, no nos puede sorprender la ventaja competitiva (al menos a estos efectos) de las Viviendas de Precio Tasado con respecto a las Viviendas de Protección Oficial.

(12) En la exposición de motivos del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, se explica esta modalidad de financiación en los siguientes términos: «Atención especial hacia aquellos demandantes de vivienda que acceden por primera vez a la propiedad y que al no disponer generalmente de recursos iniciales suficientes, se encuentran en situación muy desfavorable respecto a quienes, con niveles análogos de ingresos, puedan cubrir con los recursos derivados de la venta de su actual vivienda una parte significativa del coste de una nueva vivienda. En esta línea se fomentará el ahorro previo, potenciando los incentivos de las cuentas vivienda».

c) Establecimiento de derechos de tanteo y retracto.

Diversos planes de vivienda contemplaban la existencia de derechos de tanteo y retracto para la transmisión de vivienda protegida, pero de forma limitada. Por ejemplo, en el Plan 1988-1991, en concreto en el Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo, se establecía el ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración pública pero únicamente en relación con las viviendas de promoción pública de régimen especial (*vid.* disposición adicional primera del Real Decreto 224/1989, de 3 de marzo).

Esta previsión de derechos de tanteo y retracto presenta un mayor alcance a partir del Plan 1992-1995, estableciendo el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, la previsión de derechos de tanteo y retracto para todas las transmisiones de viviendas protegidas construidas en la modalidad de régimen especial, perdiéndose la referencia a la promoción pública (*vid.* artículo 21.3 del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre) [13].

Mucho mayor es, por ejemplo, el alcance del derecho de tanteo y retracto que se configura en el Plan 2005-2008, estableciendo el Real Decreto 801/2008, de 1 de julio, en su artículo 13.9 que las Comunidades Autónomas podrán establecer sobre las viviendas calificadas o declaradas protegidas, con destino a su venta, derechos de tanteo y de retracto a favor de:

i) Las propias Comunidades Autónomas, otras de carácter territorial establecidas en las propias Comunidades Autónomas u otras entidades públicas designadas por éstas.

ii) Las agencias o sociedades públicas de alquiler legalmente creadas.

iii) Los demandantes de dichos tipos de viviendas inscritos en los correspondientes registros públicos.

d) Creación del precio básico de referencia.

Otra de las mejoras técnicas que analizamos reside en la introducción del precio básico de referencia a partir de Plan 1998-2001, a través del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio. En la propia exposición de motivos de esta última norma, se explica que en torno del precio básico de referencia «se establecen determinadas bandas de fluctuación limitando los precios máximos de venta, sustituyendo así el tradicional pero ya desfasado sistema de los módulos y su ponderación».

No puede dejar de notarse que el «precio básico de referencia» ha ido cambiando de denominación en sucesivos planes de vivienda, pasando a

(13) Idéntica previsión se encuentra en el artículo 21.3 del Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, por el que se articula el Plan 1996-1999.

denominarse, por ejemplo, «precio básico a nivel nacional» en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero (art. 7; Plan de vivienda 2002-2005), cambia en el Plan de vivienda 2005-2008 y pasa a denominarse «precio básico nacional» (art. 6 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio), para pasar ser denominado como «módulo básico estatal» en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (Plan de vivienda 2009-2012), recuperando curiosamente la histórica denominación de «módulo» tan arraigada en el argot inmobiliario. Finalmente, esta herramienta desapareció a raíz del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que regula el Plan de vivienda 2013-2016 que es, precisamente, el Plan que inaugura la siguiente etapa y no deja de ser un perfecto símbolo del cambio de ciclo que comporta. Salvo error por nuestra parte, la última vez que se fijó el módulo básico estatal fue en la Resolución de 13 de febrero de 2012, de la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2012, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2012, estableciendo una cuantía de 758 euros por metro cuadrado de superficie útil.

e) Implantación de la prohibición de disposición.

Una de las características que definen en la actualidad a las viviendas protegidas reside en su sujeción a una serie de limitaciones del derecho de disposición, justificadas en la recepción por el adquirente o el promotor de una serie de ayudas económicas y evitar la consecuente especulación derivadas de ventajas económicas que traen causa del esfuerzo de la sociedad.

Pero es preciso reseñar que estas prohibiciones de disposición aparecieron por primera vez en esta etapa de los planes de vivienda en el ciclo económico expansivo. En concreto, apareció por primera vez, salvo error u omisión por nuestra parte, en el Plan 1998-2001, articulado jurídicamente a través del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, cuyo artículo 12.2 establecía:

> *2. Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir «intervivos» ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo. Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones*

concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción.

Una vez transcurridos diez años desde la formalización del préstamo cualificado al adquirente, adjudicatario o promotor individual para uso propio, la transmisión «intervivos» o la cesión del uso por cualquier título de las viviendas a que se refiere el número anterior, supondrá la interrupción de la subsidiación y la pérdida de la condición de cualificado del préstamo, pudiendo la entidad concedente determinar su resolución.

Esta limitación temporal del derecho de propiedad, aparentemente incompatible con concepto napoleónico del derecho de propiedad que rige en nuestro derecho civil, ha sido fuertemente criticado por diversos autores, enfatizando que esta limitación no encuentra amparo en norma con rango de Ley(14).

Se ha mantenido, más o menos mecánicamente, en los sucesivos planes de vivienda, desarrollándose supuestos concretos en los que no se aplicaba esta prohibición de disposición. Por ejemplo, el Plan de Vivienda 2005-2008 establecía a través del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, en su artículo 13.5 que la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto cuando se trate de cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Familias numerosas que necesiten adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros.

b) Personas mayores de 65 años, que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente.

c) Personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas.

d) Aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.

(14) Por ejemplo, Botía Valverde [Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002, Revista Jurídica del Notariado, núm. 45 (2003), p. 26] afirma que «sólo las limitaciones del Derecho de propiedad que vengan consagradas en normas con rango de Ley pueden considerarse como tales», de forma que como esta prohibición no se encuentra recogida en el RDL 31/1978, de 31 de octubre, sino en la normativa reglamentaria que establece los consecutivos planes de vivienda (por ejemplo, Real Decreto 1/2002 o Real Decreto 801/2005), estas limitaciones, en la consideración de este autor, «en ningún caso implican una propia limitación del derecho de propiedad, no afecta al poder de disposición del titular» (*Ibidem*, p. 18).

f) Límites a la descalificación de las viviendas protegidas.

Tal y como hemos enfatizado en varios apartados de este trabajo, los planes de vivienda viven en un mundo jurídico paralelo y normalmente no conectado con el establecimiento del régimen jurídico de la vivienda protegida. De esta forma, los planes de vivienda regulaban de forma precisa (como hemos anticipado) el régimen jurídico de las ayudas económicas que establecía el Estado y que se concretaban en los destinos (actuaciones protegibles) que fijaba el Estado; todo (o casi todo) quedaba en manos del Estado. Pero estos planes de vivienda nada establecían (como regla general) en relación con el régimen jurídico de las viviendas protegidas (viviendas de protección oficial, VPO, en la nomenclatura habitual en la época que estamos analizando). El régimen jurídico de las viviendas de protección oficial se establecía primariamente (o se establece, en presente podemos afirmar en la medida que puede considerarse como una norma de carácter supletorio) en el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, que desarrolla al Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre. Esta última norma establece (en su artículo 1) la duración del régimen legal de las viviendas de protección oficial en 30 años desde la obtención de la calificación definitiva, plazo durante el que las VPO únicamente podían venderse o arrendarse con sujeción a los precios máximos fijados administrativamente.

De nuevo, esta potente limitación al derecho de propiedad se justifica en la obtención de beneficios económicos basados en un esfuerzo social, que impedía que los interesados se beneficiasen de forma especulativa vendiendo las viviendas a un precio de mercado. En esta época, se fijaba el equilibrio entre el interés público y los intereses particulares en 30 años, de forma que transcurridos los 30 años, las viviendas se convertían en viviendas libres y ya no se encontraban sujetas a límite alguno de precio de venta o renta.

En el esquema jurídico que acabamos de describir, la existencia de límites al derecho de propiedad de la vivienda trae causa directa de la existencia de ayudas económicas que, a su vez, necesitaban de la previa existencia de una calificación definitiva, acto administrativo imprescindible para existencia jurídica de la vivienda protegida.

Si todo lo anterior es correcto, si la calificación definitiva principia el régimen de la vivienda protegida (o vivienda de protección oficial, en la época que analizamos) que (normalmente) viene acompañada de la existencia de ayudas económicas, la devolución de las ayudas económicas y la denominada «descalificación» de la vivienda, permitía eliminar las obligaciones primarias de limitación de precio de venta y renta y convertir (consecuentemente) la vivienda en libre.

Es lo que se denomina «descalificación voluntaria», que se regulaba en los artículos 147 y ss. del Decreto 2114/1968, de 24 julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial[15], que permitía llevar a cabo una descalificación de una vivienda de protección oficial en cualquier momento. Únicamente, se contemplaban límites a la descalificación voluntaria de viviendas protegidas cuando habían sido promovidas por la Administración pública, bajo la modalidad de «viviendas de promoción pública», estableciéndose expresamente que «calificada definitivamente una vivienda de protección oficial de promoción pública, en ningún caso podrá ser objeto de descalificación» (*vid.* artículo 47 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre).

Pues bien, uno de los planes de vivienda de la etapa que estudiamos, entrando en el establecimiento de reglas del régimen jurídico de la vivienda protegida, comenzó a establecer límites temporales para la descalificación voluntaria de vivienda de protección oficial. Así, el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, que articula jurídicamente el Plan de Vivienda 1998-2001 (el mismo que introdujo la prohibición de disposición que acabamos de reseñar), prevé en el artículo 12.4 que «las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas por este Real Decreto no podrán ser objeto de descalificación voluntaria a petición de los propietarios hasta transcurridos quince años contados desde la calificación definitiva de las mismas». De esta forma, se prohibía la descalificación voluntaria dentro de los primeros 15 años del régimen de protección pública, permitiéndose, por lo tanto, en los 15 últimos años del régimen de calificación, puesto que como hemos anticipado durante esta época el régimen de protección duraba 30 años desde la calificación definitiva.

Esta limitación temporal a la descalificación voluntaria introducida en el Plan de Vivienda 1998-2001 se recogió mecánicamente en planes de vivienda posteriores, por ejemplo el Plan de Vivienda 2002-2005 (*vid.* artículo 10.4 del Real Decreto, 1/2002, de 11 de enero), pero que, con el

(15) El Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, establece en su artículo 147 que «los propietarios de "Viviendas de Protección Oficial", antes de terminar el plazo a que se refiere el artículo anterior podrán pedir la descalificación voluntaria de sus viviendas, que podrá concederse con carácter discrecional y siempre que de ella no se deriven perjuicios para terceros». Por su parte, el artículo 148 del mismo Decreto 2114/1968, de 24 de julio, establece que «para obtener la descalificación a petición del interesado, será preciso el reintegro de la totalidad de los anticipos, préstamos, subvenciones y primas recibidos del Instituto Nacional de la Vivienda o de la Entidad de crédito que hubiese hecho efectivos estos beneficios, incrementado con sus intereses legales y, en su caso, con la diferencia si existiera, entre el interés estipulado y el legal. El peticionario además habrá de ingresar en el Estado, Provincia o Municipio el importe que proceda de las exenciones y bonificaciones tributarias que hubiera disfrutado, con sus intereses legales. De este ingreso se exceptuará la bonificación de la contribución territorial urbana y sus recargos».

objeto de que los beneficiarios de ayudas económicas pudieran obtener ventajas económicas durante el plazo de duración del régimen legal, el siguiente Plan de Vivienda prohibió expresamente la descalificación voluntaria. Así, el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que contiene los parámetros jurídicos del Plan de Vivienda 2005-2008, estableció en su artículo 5.1 lo que sigue:

> «*1. Las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas en este Real Decreto tendrán un régimen de protección, sin posibilidad de descalificación voluntaria, que se extenderá a toda la vida útil de la vivienda, considerando como tal un período de 30 años, contado desde su calificación definitiva, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer un plazo superior. […]*».

g) Creación de los registros públicos de demandantes.

Las primeras referencias a los registros públicos de demandantes de vivienda se encuentran en el Plan 2005-2008, vinculándose a las ventanillas únicas de vivienda (*vid.* artículo 80 y disposición transitoria octava del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio).

Es en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, que articula el Plan de Vivienda 2009/2012, el que establece, por primera vez, como condición general de los demandantes de vivienda y financiación «estar inscrito en un registro público de demandantes, creado y gestionado de conformidad con lo que disponga la normativa de las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla» (art. 3.1.b del Real Decreto 2066/2008).

h) Vinculación de la protección pública a la calificación urbanística del suelo.

Una de las apuestas de la LDV en materia de vivienda protegida fue (en pasado) la sujeción a un «régimen de protección pública permanente» para aquellas viviendas protegidas construidas sobre suelos cuyo destino previsto por el planeamiento sea el de «viviendas sometidas a algún régimen de protección pública» (*vid.* artículo 16.1.d LDV).

Pero esta previsión normativa ha sido anulada por la STC 79/2024, de 21 de mayo, sin que quede muy claro en el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia si el motivo de la nulidad es un exceso competencial del Estado o su consideración como una norma de carácter supletorio[16].

(16) En un primer momento, en el F. J. 7.º de esta Sentencia se afirma que el contenido del artículo 16 LDV «tiene un nivel de detalle impropio del ejercicio de títulos competenciales transversales

Sea como fuere, lo cierto es que esta defensa del carácter permanente de las viviendas protegidas construidas sobre suelos destinados por el planeamiento a la construcción de viviendas protegidas no era (en lo que respecta a la legislación estatal) una primicia, sino que, precisamente, había sido anticipada en uno de los planes de vivienda que analizamos en esta época. En concreto, el artículo 6.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de vivienda 2009-2012, establecía:

> *1. Las viviendas y alojamientos que se acojan a la financiación de este Plan, deberán estar sujetos a un régimen de protección pública, que excluya la descalificación voluntaria, incluso en el supuesto de subasta y adjudicación de las viviendas por ejecución judicial del préstamo, de la siguiente duración:*
>
> *a) De carácter permanente mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida, o en suelo dotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a 30 años.*
> *b) De 30 años, al menos, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en otros suelos.*

Esta regulación del plan de vivienda Plan de vivienda 2009-2012 es exactamente la misma (distinguiendo entre el suelo calificado para la construcción de viviendas protegidas y el resto) que se recogía en el anulado artículo 16.1.d LDV, y que perdura todavía en alguna norma autonómica[17].

---

como son los de los apartados 1 y 13 del artículo 149.1 CE, y supone una invasión de la competencia autonómica exclusiva para legislar en materia de vivienda», para a renglón seguido concluir que «el artículo 16.1 debe declararse inconstitucional y nulo, pues la regla de supletoriedad del artículo 149.3 CE no supone título competencial alguno para el Estado y este no puede dictar normas con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las comunidades autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas (STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 7), ni siquiera cuando tenga alguna competencia en la materia (STC 118/1996, de 27 de junio, doctrina reiterada en las SSTC 109/2004, de 30 de junio, FJ 8, y 139/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, entre otras)». ¿Dos motivos para declarar la inconstitucionalidad de un precepto? Es posible, pero en este supuesto nos parecen incompatibles.

(17) Así, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, establece, en su artículo 79 lo que sigue: «Artículo 79. Vigencia de la calificación de las viviendas con protección oficial.

1. La calificación de las viviendas con protección oficial es vigente mientras concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el planeamiento urbanístico las reserve al uso de vivienda de protección pública. b) Que estén integradas en un patrimonio público de suelo y de vivienda.

2. En otros supuestos a que hace referencia el apartado 1, la vigencia de la calificación de las viviendas con protección oficial puede ser de duración determinada de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, considerando si se han otorgado ayudas públicas o no para su promoción y la naturaleza de estas, incluida la cesión gratuita del suelo o el vuelo afectados o por un precio inferior a su valor».

No puede dejar de tenerse en cuenta que esta regulación del Plan de vivienda 2009-2012 es coetánea con la acogida en la normativa estatal de suelo de la reserva de suelo para vivienda protegida que se introduce de forma innovadora a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, como enfatizaremos de inmediato. De hecho, se hace una referencia expresa a esta coordinación entre normativa de vivienda y de suelo en la exposición de motivos del propio Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, que destaca entre los objetivos del Plan de vivienda 2009-2012 el de «mantener un régimen jurídico de la protección pública de las viviendas (y, por lo tanto, de control de precios y adjudicaciones), de larga duración, que, en el caso de los suelos públicos o de reserva obligatoria para vivienda de protección que exige el texto refundido de la Ley del Suelo, y las diversas leyes que en su caso han establecido las comunidades autónomas, será permanente y estará vinculado a la calificación del suelo, con un plazo no menor de treinta años».

La consideración del destino «vivienda protegida» como uso urbanístico en el planeamiento urbanístico (o, si se prefiere, calificación urbanística) trae causa del (ya derogado) artículo 35.3 de la Ley 8/1990, de 13 de abril, de reforma del régimen jurídico y de valoraciones, como reacción a la jurisprudencia del TS que anulaba la vinculación por planes generales de parcelas a la construcción de vivienda protegida (*vid.* por todas STS de 1 de junio de 1987 –RJ 1987, 5906, Ponente Delgado Barrio– o STS de 16 de octubre de 1990 –RJ 1990, 8129, Ponente Delgado Barrio). En concreto, el artículo 35.3 de la Ley 8/1990 establecía:

> *«Artículo treinta y cinco.*
>
> *1. Se considerará uso característico de cada área de reparto el predominante según la ordenación urbanística aplicable.*
>
> *2. Los terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a edificaciones o instalaciones de uso o servicio público tendrán carácter dotacional, por lo que no serán tenidos en cuenta a efectos de cálculo de los aprovechamientos lucrativos.*
>
> *3. Si el planeamiento general calificara terrenos con destinos a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública, considerará esta calificación como un uso específico, asignándosele el coeficiente de ponderación que, justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área de reparto en que quede incluido.*
>
> (…)».

Este precepto pretendía dar cobertura normativa con rango de Ley a la posibilidad de calificar suelo para vivienda protegida, para superar,

precisamente, uno de los argumentos jurisprudenciales, en concreto la incapacidad de calificar suelo a través de reglamentos (planeamiento) desde la perspectiva del 33.2 CE. Así, la STS de 16 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8129, ponente Delgado Barrio) que afirma:

> «*Sobre esta base, importa recordar que esta Sala, destacando ante todo que la finalidad perseguida por el planeamiento cuando destina parcelas a la construcción de viviendas de protección oficial es perfectamente plausible, viene declarando que el sentido de nuestro ordenamiento jurídico en materia de dichas viviendas discurre por el cauce del fomento y no por el de la técnica urbanística de la vinculación del suelo a un cierto destino –sentencias de 1 de junio de 1987, 23 de octubre de 1989–, de suerte que el planeamiento, en cuanto norma dictada por la Administración, no es instrumento apto para imponer aquel destino, al faltarle la base legal necesaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Constitución*».

El artículo 35.3 de la Ley 8/1990 se convirtió en el artículo 98.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, pero fue anulado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

A pesar de la desaparición de esta previsión normativa en el ámbito urbanístico estatal, son numerosas las Leyes autonómicas que, con uno u otro formato, establecen previsiones similares. Baste a estos efectos el ejemplo de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, que establece, en su artículo 3.2.i):

> *«Artículo 3. Principios rectores y fines de la ordenación urbanística.*
>
> *1. Son principios rectores de la ordenación urbanística:*
>
> *[…]*
>
> *2. Son fines de la ordenación urbanística:*
>
> *a) El uso racional del recurso natural del suelo de acuerdo con las necesidades colectivas, públicas y privadas, presentes y futuras previsibles, y en el marco de la ordenación del territorio.*
>
> *[…]*
>
> *i) La orientación de las actuaciones públicas y privadas en orden a hacer efectivo el derecho de todos a una vivienda digna y adecuada, especialmente mediante la calificación de suelo para viviendas*

sujetas a algún régimen de protección pública y la constitución de patrimonios públicos de suelo».

El cualquier caso, el argumento que maneja el TS puede ser criticado. No es preciso que todos los usos/calificaciones tengan cobertura en norma con rango de Ley, puesto que la eventual minusvalía que se asocia a la vivienda protegida (por cierto, equiparable a otros usos, léase industrial y muchos otros) es intrínseca a la función social del derecho de propiedad y al concepto estatutario del derecho de propiedad. Otro debate es el relativo a que esta diferencia de valor deba resolverse a través de los correspondientes coeficientes de ponderación dentro del proceso de equidistribución y no pueda funcionar (como una especie de vinculación singular) fuera de la equidistribución.

De hecho, es absolutamente frecuente en la actualidad que la calificación «vivienda protegida» se considere en el planeamiento urbanístico como un uso específico dentro de la categoría residencial, asignándole un coeficiente de aprovechamiento específico, que se tiene en cuenta en el correspondiente proceso de equidistribución.

La técnica urbanística de las reservas de suelo para vivienda protegida nace, salvo error por nuestra parte, en las legislaciones autonómicas para dar el salto en la normativa estatal a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo. Por ejemplo, la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid[18], establecía

---

(18) Similar régimen se establecía por ejemplo en la legislación navarra. En efecto, la Ley foral navarra 10/1994, de 4 de julio, establecía en su artículo 74.1, titulado viviendas de protección oficial:

1. Los Planes Municipales deberán incluir determinaciones para asegurar que, como mínimo, el quince por cien de la nueva capacidad residencial prevista se destine a la construcción de viviendas de protección oficial.

Quedan exentos de esta obligación, si bien podrán incluirlas entre las determinaciones de su planeamiento, los Ayuntamientos cuyo planeamiento municipal prevea una capacidad demográfica total inferior a 2.000 habitantes.

En similares términos, pero contemplando un porcentaje mucho mayor, la Ley 9/1995, de medidas de ordenación del territorio, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid, establecía, en su artículo 110.1:

1. Los Planes Generales de Ordenación Urbana y las Normas Subsidiarias de Planeamiento deberán establecer las determinaciones precisas para asegurar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que habilite a la Administración para tasar su precio, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles, en función del poder adquisitivo de la población, para un período de ocho años, dando prioridad a la satisfacción de las necesidades de los sectores de rentas más bajas. Como mínimo la calificación para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública supondrá el 50 por 100 de la superficie del suelo urbanizable destinado al uso residencial, debiendo modularse el régimen concreto de protección aplicable en función de las necesidades estimadas en el Municipio correspondiente» (subrayado nuestro).

una reserva de suelo para vivienda protegida del 50 % del suelo urbanizable en los siguientes términos:

> *«Artículo 110. Prescripciones vinculantes para el planeamiento municipal.*
>
> *1. Los Planes Generales de Ordenación Urbana y las Normas Subsidiarias de Planeamiento deberán establecer las determinaciones precisas para asegurar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que habilite a la Administración para tasar su precio, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles, en función del poder adquisitivo de la población, para un período de ocho años, dando prioridad a la satisfacción de las necesidades de los sectores de rentas más bajas. Como mínimo la calificación para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública supondrá el 50 por 100 de la superficie del suelo urbanizable destinado al uso residencial, debiendo modularse el régimen concreto de protección aplicable en función de las necesidades estimadas en el Municipio correspondiente».*

Desde la aprobación de la estatal Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, se estableció la obligación del planeamiento para reservar un porcentaje mínimo para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. La regulación estatal vigente establece en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en la redacción dada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, estatal de vivienda, la siguiente previsión normativa:

> *«Artículo 20. Criterios básicos de utilización del suelo.*
>
> *1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:*
>
> *[…]*
>
> *b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.*
>
> *Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos*

de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 40 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 20 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización».

De esta forma, la construcción de estas viviendas protegidas ya no dependía de la voluntad del promotor (que podía preferir optar por la construcción de viviendas libres, en función de la situación del mercado), sino que resultaba obligatorio al vincularse parte de los nuevos desarrollos residenciales para la construcción de viviendas protegidas.

La reserva de suelo para vivienda protegida y la calificación urbanística de vivienda protegida son caras de la misma moneda. Mediante la calificación urbanística de parcelas con el uso «vivienda protegida» (en sus múltiples variantes autonómicas) se cumple la obligación del planeamiento de reservar un determinado porcentaje del suelo residencial a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

Como regla general, la calificación urbanística de las parcelas prevista en el correspondiente planeamiento urbanístico tiene vigencia indefinida, como el propio planeamiento urbanístico.

De esta forma, mientras una parcela se encuentre calificada urbanísticamente como vivienda protegida (en sus múltiples posibles denominaciones autonómicas) deberá destinarse a vivienda protegida[19]. Y no podrá destinarse a ningún otro uso urbanístico, salvo que el planeamiento lo permita normalmente a través de su consideración como uso alternativo. Pero es absolutamente inusual que el planeamiento urbanístico establezca usos

(19) Ya advirtió tempranamente esta situación Porto Rey, E., «Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 185 (2001) pp. 97-98, que considera que la descalificación de una vivienda protegida en un ámbito calificado para la construcción de viviendas protegidas provoca que la vivienda quede en situación de fuera de ordenación; asimismo, afirma que «la posible transformación de la calificación urbanística del suelo con uso de vivienda protegida en uso de vivienda libre durante la vigencia del planeamiento urbanístico, no es posible si la calificación del suelo por el Plan ha sido resultado de una exigencia de la Ley urbanística, salvo que mediante una modificación del Plan General se califiquen otras áreas o zonas equivalentes a las que se pretenden cambiar la calificación. Esta posible modificación se ve dificultada con la utilización de las técnicas de las áreas de reparto, puesto que al haber asignado al uso de vivienda protegida un coeficiente de homogeneización o ponderación propio, la modificación del uso conlleva el cambio de coeficiente, y ello supone la generación de nuevos aprovechamientos no contemplados y, por tanto, la necesidad de determinar el nuevo aprovechamiento tipo y nuevo reparto de aprovechamientos que afectan a derechos de propiedad que pueden estar consolidados». *Vid.* también Vaquer Caballería, M., *Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja*, REALA, 7 (2017), p. 72 y García Álvarez, G., Las reservas de suelo para viviendas de protección pública, en «Construyendo el derecho a la vivienda», López Ramón, Coord, Marcial Pons, 2010, p. 405.

alternativos en las parcelas calificada como vivienda protegida, de forma que esas parcelas únicamente puede haber vivienda protegida, en las múltiples denominaciones autonómicas existentes. De esta forma, en una parcela destina por el planeamiento urbanístico a vivienda protegida únicamente podrá existir vivienda protegida.

Naturalmente, este destino urbanístico puede variar mediante la modificación del planeamiento. Pero, debe recordarse que el artículo 15 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, estatal de vivienda, ha establecido algún límite a este posible cambio de planeamiento en los siguientes términos:

> *«Artículo 15. Derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística.*
>
> *1. Para asegurar la efectividad de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los pertinentes derechos establecidos por esta ley, y en el marco de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, se establecen los siguientes criterios básicos en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística:*
>
> *[…]*
> *c) La calificación de un suelo como de reserva para vivienda sujeta a un régimen de protección pública, a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 20, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, no podrá modificarse, salvo en los casos excepcionales en los que el instrumento de ordenación urbanística justifique la innecesariedad de este tipo de viviendas o la imposibilidad sobrevenida de dicho destino, con independencia de que puedan modificarse las condiciones o características de la vivienda protegida para atender a la demanda y necesidades del ámbito territorial».*

Por cierto, la constitucionalidad de este precepto ha sido avalada por la STC 26/2005, de 29 de enero.

1.4 **Planes de vivienda en el cambio de modelo**

La crisis de 2008, también llamada la Gran Recesión, coincide con la aprobación del último Plan de vivienda de la etapa anterior caracterizada por el largo ciclo expansivo que experimentó la economía española. El Plan de vivienda 2009-2012 aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, cuando la existencia de una gran crisis era ya evidente no contiene ni una referencia expresa a la crisis y se limita a afirmar la

concurrencia de un «severo escenario económico y financiero» siendo una de las manifestaciones más evidentes de este «severo escenario» la «retracción tanto de la demanda como de la oferta de viviendas». El Plan de vivienda 2009-2012 continúa en la línea de planes anteriores, sin apenas novedades con respecto a los planes anteriores, a pesar del cambio evidente de la situación económica.

El escenario económico que afronta el Plan de vivienda 2013-2016 es radicalmente distinto y apuesta expresamente, sin ambages, por un «cambio de modelo» (20). Así se afirma con rotundidad en el preámbulo del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que regula este Plan de vivienda, en los siguientes términos:

> «*La realidad económica, financiera y social hoy imperante en España, aconseja un cambio de modelo que equilibre ambas formas de acceso a la vivienda y que, a su vez, propicie la movilidad que reclama la necesaria reactivación del mercado laboral. Un cambio de modelo que busque el equilibrio entre la fuerte expansión promotora de los últimos años y el insuficiente mantenimiento y conservación del parque inmobiliario ya construido, no sólo porque constituye un pilar fundamental para garantizar la calidad de vida y el disfrute de un medio urbano adecuado por parte de todos los ciudadanos, sino porque además, ofrece un amplio marco para la reactivación del sector de la construcción, la generación de empleo y el ahorro y la eficiencia energética, en consonancia con las exigencias derivadas de las directivas europeas en la materia. Todo ello en un marco de estabilización presupuestaria que obliga a rentabilizar al máximo los escasos recursos disponibles*».

El Plan de vivienda 2013-2016, que inaugura este cambio de modelo, lo deja claro, la situación económica obliga a concentrar los esfuerzos en dos objetivos primarios: la vivienda en arrendamiento y la rehabilitación de viviendas. En este sentido, en la exposición de motivos del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, se reconoce sin tapujos que, entre otros objetivos, se pretende «adaptar el sistema de ayudas a las necesidades sociales actuales y a la escasez de recursos disponibles, concentrándolas en dos ejes (fomento del alquiler y el fomento de la rehabilitación y regeneración y renovación urbanas)».

---

(20) Un análisis integral de los efectos del cambio económico en las políticas de vivienda se puede encontrar en Tejedor Bielsa, J., *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, 2012. *Vid.* también Guillén Navarro, N. A., «El plan de vivienda 2013-2016: el renacer de la vivienda de alquiler en España», CyTET, núm. 182, 2014, pp. 591 ss.

En realidad, la gran apuesta es el fomento del arrendamiento[21], aunque (no puede ser de otra forma a pesar de la difícil coyuntura económica) los programas que formalmente diseña este Plan de Vivienda 2013-2016 son los siguientes (art. 2 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril):

1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos.
2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda.
3. Programa de fomento del parque público de vivienda en alquiler.
4. Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria.
5. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas.
6. Programa de apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios.
7. Programa para el fomento de ciudades sostenibles y competitivas.
8. Programa de apoyo a la implantación y gestión del Plan.

Más allá del mantenimiento de la subsidiación de los préstamos ya comprometidos, dado que no se otorgaron más ayudas de subsidiación puesto que el artículo 35 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, suprimió las nuevas concesiones de ayudas de subsidiación de préstamos del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012[22], los programas estrella de este Plan de vivienda son la ayuda al alquiler de vivienda, que no dejan de ser ayudas personales, y el programa relativo al fomento del parque público de vivienda en alquiler que, como su propio nombre indica, limita las ayudas disponibles a administraciones públicas, entidades públicas, con independencia de su forma jurídica, fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública y organizaciones no gubernamentales y demás entidades privadas sin ánimo de lucro (*vid.* artículo 16 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril).

Desde luego no es la primera vez en la que los planes de vivienda establecen ayudas para el acceso a la vivienda en arrendamiento, pero es la primera ocasión en la que el fomento del arrendamiento se convierte en el objetivo primario de un plan de vivienda.

Al menos desde el Plan de vivienda 1992-1995, se establecen ayudas económicas directas para los promotores de viviendas para alquiler (*vid.*

(21) En la propia exposición de motivos del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, se reconoce que «el mercado del alquiler de vivienda en España es muy débil, sobre todo si se compara con el de los países de nuestro entorno. Según los datos del último censo disponible, el alquiler significa en España, el 17%, frente al 83% del mercado de la vivienda principal en propiedad. En Europa, en porcentajes medios, el mercado de la vivienda principal en alquiler representa el 38%, frente al 62% de vivienda en propiedad».

(22) Esta supresión fue avalada por la STC 216/2015, de 22 octubre.

artículo 20.1.b del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre)[23]. De esta forma, resulta evidente que no es, en absoluto, desconocida la promoción de viviendas protegidas en arrendamiento y que se han construido un número significativo de promociones de viviendas protegidas en arrendamiento, obviamente insuficiente para las necesidades sociales y que, como no podría ser de otra forma, ha sufrido los vaivenes de la propia construcción de vivienda protegida en nuestro país. Además, no puede dejar de tenerse en cuenta que muchas de estas promociones de viviendas protegidas en arrendamiento ya no se encuentran sujetas a protección pública al haber transcurrido el plazo legal de protección por lo que muchas de estas viviendas ya son libres a todos los efectos.

En el Capítulo XVI del presente Tratado se ejemplifica la producción de vivienda protegida en arrendamiento.

Los subsiguientes Planes de vivienda mantienen la apuesta por el fomento del arrendamiento de viviendas como elemento nuclear de las políticas de vivienda, pero ya sin ayudas directas a los promotores privados de vivienda protegida en arrendamiento. Así, el Plan de vivienda 2018-2021, articulado a través del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, establece claramente como primer objetivo el arrendamiento de viviendas, como se pone de relieve en su exposición de motivos en la que se afirma:

> *«Hoy debemos insistir en el cambio de modelo iniciado con el Plan Estatal 2013-2016, y así, el Plan Estatal 2018-2021 mantiene la apuesta decidida por fomentar el alquiler y la rehabilitación con carácter prioritario, si bien introduce algunas modificaciones que ajustan y mejoran los planteamientos del anterior plan.*
>
> *En relación con las ayudas al alquiler se mantiene el programa del plan anterior con base en los buenos resultados obtenidos, con el mismo límite del 40 % de la renta del alquiler, si bien suprimiendo el límite de 200 euros/mes. Se incorpora la posibilidad de otorgar ayudas al alquiler a beneficiarios que abonen una renta de hasta 900 euros/mes, frente a la limitación de 600 euros/mes del Plan Estatal 2013-2016, en respuesta a la problemática que actualmente acusan determinados municipios en los que, por diferentes motivos, los precios medios de alquiler de vivienda así lo requieren.*
>
> *Cabe destacar la incorporación del programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, especialmente vulnerables, cuya finalidad es facilitar el disfrute de*

(23) En este precepto se establece que «el Ministerio de Obras Públicas y Transportes subvencionará al promotor, o al titular de las viviendas, en la cuantía del 15 por 100 del precio máximo al que hubieran podido venderse en el momento de su calificación definitiva, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior para el caso en que se sustituya la subsidiación del préstamo cualificado por una única subvención. Si las viviendas para alquiler no excedieran de 70 metros cuadrados útiles, dicha subvención se elevará al 25 por 100, salvo en el supuesto establecido en el artículo 19.2.»

una vivienda digna y adecuada a todos aquellos que hayan sido o vayan a ser objeto de lanzamiento de su vivienda habitual, por no poder hacer frente al pago del alquiler o de las cuotas del préstamo hipotecario, mediante la disposición de un fondo de viviendas de las entidades de crédito y otras entidades o particulares tenedores de viviendas».

Como ocurría con el Plan de vivienda 2013-2016, la protección pública a la vivienda en el Plan de vivienda 2018-2021 convive con otra serie de programas[(24)], que, aunque no dejan de tener importancia, no deben impedir enfatizar la prioridad de las políticas de arrendamiento, manteniéndose el programa de ayuda al alquiler de vivienda y el programa de fomento del parque de vivienda en alquiler[(25)] (*vid.* 2 del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo).

En la misma senda, se puede encuadrar el Plan de vivienda 2022-2025, último de los planes estales de vivienda y todavía vigente, articulado normativamente a través del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero. El vigente Plan estatal de vivienda prevé los siguientes programas de ayudas:

1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos.
2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda.
3. Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables.
4. Programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida.
5. Programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico.
6. Programa de incremento del parque público de viviendas.
7. Programa de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad.
8. Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares.

(24) El artículo 2 del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, relaciona los siguientes programas: 1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos; 2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda; 3. Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual; 4. Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler; 5. Programa de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas; 6. Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas.

(25) En la exposición de motivos del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, se enfatiza el fomento de esta línea de ayudas afirmándose que «se da un nuevo impulso al fomento del parque de viviendas en régimen de alquiler o en régimen de cesión en uso, mediante un programa que incentiva económicamente su promoción pública o privada, exigiendo un compromiso de permanencia mínima en esos regímenes de 25 años, al tiempo que fija rentas y precios máximos modulados en función de los niveles de ingreso tope que se establecen para el inquilino o cesionario potencial. Con ello, se posibilita un incremento de la oferta de viviendas en estos regímenes de tenencia que moderará los precios de alquiler para las personas con menos recursos».

9. Programa de puesta a disposición de viviendas de la SAREB y de entidades públicas para su alquiler como vivienda asequible o social.

10. Programa de fomento de la puesta a disposición de las comunidades autónomas y ayuntamientos de viviendas para su alquiler como vivienda asequible o social.

Además, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, establece el régimen jurídico del denominado «Bono Alquiler Joven» que consiste en una ayuda económica para menores de 35 años destinada fundamentalmente al pago de la renta arrendaticia (*vid.* artículo 1 del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero).

2. BIBLIOGRAFÍA

Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, *100 años de historia de la intervención en la vivienda y la ciudad*, Carlos Sabricio Ed., Madrid, 2008.

Beltrán de Felipe, M., *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial,* Lex Nova, 2000.

Botía Valverde, A., «Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propie-dad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes». Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002, *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 45, 2003.

García Álvarez, G., Las reservas de suelo para viviendas de protección pública, en «Construyendo el derecho a la vivienda», López Ramón, Coord, Marcial Pons, 2010.

García-Bernardo Landeta, A., *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, EUNSA, Pamplona, 1970.

Gómez Jiménez, M. L., *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*, Montecorvo, Madrid, 2006.

Guillén Navarro, N. A., «El plan de vivienda 2013-2016: el renacer de la vivienda de alquiler en España», CyTET, núm. 182, 2014, pp. 591 ss.

Iglesias González, F., *Administración pública y vivienda*, Ed. Montecorvo, 2000.

– «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles», Documentación administrativa, núm. 271-272 (2005), pp. 515 ss.

— «Régimen jurídico de la protección pública a la rehabilitación», Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. XV (2013), pp. 147 ss.

— «Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal», en Reflexiones sobre la vivienda en España, Fernando García-Moreno Dir., Aranzadi, 2013, pp. 15 ss.

Jiménez de Cisneros Cid, F. J., «La cooperación para la formulación y ejecución de planes de vivienda», Documentación Administrativa, núm. 240, 1994, pp. 229 ss.

Muñoz Castillo, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Ed. Colex, 2000.

Porto Rey, E., «Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 185, 2001.

Quadra-Salcero Janini, T. de la, Mercado nacional único y Constitución, CEPC, 2008.

Rodríguez-Chaves Mimbrero, B., La colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda. ¿Se puede hablar de avances?, en «Estudios sobre el Derecho a la vivienda», RDU Editores, 2024, pp. 351 ss.

Rodríguez de Santiago, J. M., ¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?, en «Estudios sobre el Derecho a la vivienda», RDU Editores, 2024, págs. 197 ss.

Tejedor Bielsa, J., *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, 2012.

Van-Halen Rodríguez, J., *La política de la vivienda en España: una aproximación histórica*, Tesis doctoral (disponible en Teseo), 2016.

Vaquer Caballería, M., *Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja*, REALA, 7, 2017.

B. La coexistencia de planes estatales y autonómicos de protección pública a la vivienda y efectos[1]

Felipe Iglesias González
Profesor de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: *Se estudia la coexistencia entre los planes estatales y autonómicos de vivienda y sus efectos jurídicos.*

Palabras clave: *planes de vivienda, reparto competencias en materia de vivienda.*

Abstract: *The coexistence between state and regional housing plans and their legal effects are studied.*

Keywords: *housing plans, distribution of competences in housing matters.*

---

(1) Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto TED2021-130900B-I00, Regeneración Urbana Climática (Reur -clima), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, cuyos Investigadores Principales son Juan Antonio Chinchilla Peinado y Felipe Iglesias González.

Debe tenerse en cuenta, desde el primer momento, que todos los Planes estatales de vivienda tienen un alcance limitado tanto desde el punto de vista material como territorial.

Desde un punto material, los Planes estatales de vivienda se limitan a establecer programas de ayudas vinculados y financiados por los presupuestos del Estado y que, con base en la jurisprudencia constitucional, precisan ser territorializados. Y, desde el punto de vista territorial, como consecuencia de la perspectiva material, los Planes estatales de vivienda únicamente resultan aplicables a las Comunidades Autónomas que reciben fondos del Estado para financiar sus políticas de vivienda (esto es, todas las Comunidades Autónomas de régimen financiero común, excluidas País Vasco y Navarra, que cuentan, como es sabido, con regímenes de financiación especiales).

De esta forma, la normativa estatal vinculada a los Planes estatales de vivienda regula las actuaciones que resultan protegidas, los posibles beneficiarios de las ayudas, el tipo y cuantía de las ayudas, el régimen jurídico de las viviendas protegidas… Y son las Comunidades Autónomas las que gestionan, aplicando la normativa estatal (y en su caso, la normativa autonómica que la desarrolle o adapte a sus peculiaridades), las ayudas previstas en la normativa estatal a través de los consecutivos Planes estatales de vivienda.

De forma paralela a la normativa estatal vinculada a los Planes estatal de vivienda, las Comunidades Autónomas, con base en su competencia exclusiva en materia de vivienda, pueden establecer planes y normas propias de protección a la vivienda, pero los fondos públicos que (en su caso) se dediquen a financiar estos programas no pueden provenir de presupuestos estatales (salvo que se acuerde expresamente), sino de fondos autonómicos. De esta forma, las Comunidades Autónomas de régimen financiero común (esto es, todas salvo País Vasco y Navarra) para establecer programas de vivienda diferentes del estatal (por ejemplo, con plazos de duración del régimen legal inferiores al estándar estatal de 30 años desde la calificación definitiva) solo pueden hacerlo con fondos económicos autonómicos; pero debe quedar claro que, mediante este camino, las Comunidades Autónomas pueden establecer programas propios y diferenciados de los estatales, a través de Planes autonómicos de vivienda.

Esta dicotomía entre Planes estatales de vivienda y Planes autonómicos de vivienda tiene un efecto primario sobre el régimen jurídico aplicable a cada una de las viviendas protegidas, puesto que habrá que estar al régimen al que la promoción o adquisición de la vivienda se haya sujetado.

Pero, además, esta coincidencia espacial y temporal de Planes estatales y autonómicos de vivienda, con su respectivo y, en ocasiones, divergente régimen jurídico, tiene un efecto colateral en la propia definición de

las modalidades de viviendas objeto de protección. Desde el Plan estatal de Vivienda 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, los Planes estatales de vivienda no hacen referencia expresa a las Viviendas de Protección oficial como objeto de protección porque prefiere realizar una definición global de protección de aquellas «viviendas protegidas» de nueva construcción, entre las que debe integrarse, sin duda alguna, a la categoría «viviendas de protección oficial» (*vid.* artículo 2.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre).

Esta amplia definición de «vivienda protegida», que contrasta abiertamente con anteriores definiciones legales de actuaciones protegibles (*vid.* artículo 1.1 del RD 2190/1995, de 28 de diciembre), tiene como objeto permitir que la protección pública alcance a regímenes de protección regulados por la normativa autonómica, distintos del estricto concepto de VPO.

De esta forma, se permite que las Comunidades Autónomas creen modalidades protectivas propias integradas en la financiación estatal, distintas de las VPO.

Un buen ejemplo de la constitución de nuevas modalidades de protección pública a la vivienda con fondos propios autonómicos (al margen por lo tanto de los programas estatales de vivienda) lo constituye la categoría «vivienda con protección pública» creada por la Comunidad de Madrid mediante la Ley 6/1997, de 8 de enero. Se define, en la Comunidad de Madrid, como Vivienda con Protección Pública la que, con una superficie construida máxima de 150 metros cuadrados, cumpla las condiciones de destino, uso, precio y calidad establecidas reglamentariamente y sea calificada como tal por la Comunidad de Madrid (Ley de la Comunidad Madrid 6/1997 artículo 2). Como se puede comprobar, esta definición se encuentra muy lejos tanto de la categoría Vivienda de Protección Oficial como de las viviendas calificadas por las Comunidades Autónomas que se insertan en los programas de protección cuatrienal establecidos por el Estado.

Asimismo, tampoco aparece en la nomenclatura de la definición de actuaciones protegibles el concepto de «vivienda de precio tasado» cuya denominación proviene de anteriores normas protectivas (*vid.* RD 2190/1995, artículo 23).

Por lo tanto, nos encontramos con diversas categorías jurídicas que definen la protección pública a promoción y adquisición de viviendas promovida por la Administración estatal que convergen en un mismo programa, que permite afirmar la existencia de claros elementos comunes, a pesar de las diferentes características que definen su propia tipología. Todas estas categorías o modalidades de viviendas se pueden agrupar bajo la denominación genérica de Viviendas Protegidas.

Advertida esta coexistencia entre Planes estatales y autonómicos de vivienda, cabe reseñar que no todas las Comunidades Autónomas han continuado la estela estatal y algunas Comunidades Autónomas han venido aprobando consecutivamente Planes autonómicos de vivienda, pero otras Comunidades Autónomas aprobaron Planes autonómicos de vivienda en una primera etapa, pero no han continuado esta labor y han centrado su esfuerzo en la elaboración de reglamentos sobre las viviendas protegidas.

Un buen ejemplo de la aprobación consecutiva de Planes autonómicos de vivienda se encuentra en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha aprobado los siguientes Planes autonómicos de vivienda:

– Decreto 120/1992, de 7 de julio, por el que se regula el régimen de financiación cualificada de las actuaciones protegibles en materia de suelo del Plan Andaluz de Vivienda 1992-1995 y el procedimiento para la declaración de las mismas por la Junta de Andalucía.

– Decreto 51/1996, de 6 de febrero, por el que se regulan las actuaciones contenidas en el II Plan Andaluz de Vivienda y Suelo para 1996-1999.

– Decreto 166/1999, de 27 de julio 51/1996, de 6 de febrero, por el que se regulan las actuaciones contenidas en III Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 1999-2002.

– Decreto 149/2003, de 10 de junio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y regula las actuaciones contempladas en el mismo.

– Decreto 395/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012.

– Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020.

– Decreto núm. 91/2020, de 30 de junio, por el que se regula el Plan Vive en Andalucía, de vivienda, rehabilitación y regeneración urbana de Andalucía 2020-2030.

Un ejemplo de las Comunidades Autónomas que comenzaron emulando la sistemática estatal de planificación del fomento de la vivienda pero que no continuó por esa senda se encuentra en la Comunidad de Madrid, que ha aprobado los siguientes Planes autonómicos de vivienda:

– Decreto 43/1997, de 13 de marzo, por el que se aprueba el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas y rehabilitación con protección pública de Plan de Vivienda de la Comunidad 1997-2000.

– Decreto 108/2004, de 8 de julio, por el que se aprueba el Plan de Vivienda Protegida denominado Plan de Vivienda Joven.

– Decreto 88/2009, de 15 de octubre, por el que se regulan las ayudas económicas a la rehabilitación de edificios residenciales y recuperación de entornos urbanos en la Comunidad de Madrid («Plan de Rehabilitación 2009-2012»).

Como se puede comprobar, se trata de una planificación no continuada en el tiempo y desigual desde el punto de vista temático, puesto que algunos de los planes tienen un contenido especializado, dedicándose (por ejemplo) únicamente a la rehabilitación o al acceso a la vivienda de los jóvenes.

Como se puede comprobar, salvo excepciones, no existe una sistemática autonómica de Planes de vivienda comparable a la línea evolutiva de los Planes estatales de vivienda. Las Comunidades Autónomas se han volcado en el establecimiento del régimen jurídico de la vivienda protegida, regulando las distintas modalidades de vivienda protegida, el procedimiento de calificación de estas viviendas, el procedimiento de otorgamiento de ayudas… desplazando expresa o tácitamente la regulación estatal recogida en el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, que, como hemos anticipado, debe considerarse normativa supletoria. Como ejemplos de estos reglamentos de vivienda protegida autonómicos baste la referencia del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid o el Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por seguir los ejemplos que hemos visto relativos a los planes autonómicos de vivienda.

C. Efectos de la Ley estatal de vivienda sobre los planes de protección pública a la vivienda

Felipe Iglesias González
Profesor de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: *Se estudia los efectos de la Ley estatal de vivienda sobre la planificación en materia de vivienda, tanto estatal como autonómica.*

Palabras clave: *planes de vivienda, reparto competencias en materia de vivienda, Ley estatal de vivienda.*

Abstract: *The effects of the State Housing Act on housing planning, both at state and autonomous community level, are studied.*

Keywords: *housing plans, distribution of competences in housing matters, State Housing Act.*

Sumario: 1. Efectos de la Ley estatal de vivienda sobre los planes de protección pública a la vivienda. 2. Bibliografía.

1. EFECTOS DE LA LEY ESTATAL DE VIVIENDA SOBRE LOS PLANES DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA VIVIENDA [1]

Una de las novedades que aporta la LDV es la relativa a la regulación, con rango de Ley, de la planificación en materia de vivienda, hasta este momento ausente de cobertura legal alguna, puesto que ni tan siquiera el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, hacía referencia a los Planes estatales de vivienda [2].

Hemos enfatizado en anteriores trabajos la necesidad de una Ley estatal de vivienda, por lo que no insistiremos más al respecto [3], bastando con poner en evidencia el relevante paso que significa que el Estado no se limite en materia de vivienda a regular el destino de los fondos presupuestarios estatales destinados a la vivienda, sino que, con una perspectiva más amplia, establezca para todo el territorio estatal las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho al acceso a una vivienda digna y adecuada en cumplimiento de los artículos 149.1.1 y 47 de nuestra constitución. Se trata en última instancia del triunfo, bastante tardío, de los planteamientos del Magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 152/1988, de 20 de julio [4].

Es cierto que la regulación en la LDV de los planes estatales de vivienda es extremadamente indicativa, a veces ampulosa e incluso redundante,

---

(1) Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto TED2021-130900B-I00, Regeneración Urbana Climática (Reur -clima), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU·/PRTR, cuyos Investigadores Principales son Juan Antonio Chinchilla Peinado y Felipe Iglesias González.

(2) En cambio, se puede encontrar una referencia genérica a la programación en materia de vivienda en el artículo 8 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, titulado, precisamente, «programación», que establecía que «el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a través de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda, elaborará los planes generales y los programas anuales de viviendas de protección oficial atendiendo a las necesidades y consideraciones socioeconómicas de las diversas áreas geográficas. En la elaboración de dicha programación participarán los Entes públicos territoriales en el ámbito de su competencia».

(3) Por ejemplo, en Iglesias González, F., La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles, Documentación administrativa, núm. 271-272 –2005–, p. 535 afirmábamos: «Esta nueva perspectiva en la política de vivienda estatal debería articularse, en nuestra opinión, a través de una Ley de vivienda, que permitiría resaltar el ejercicio de las competencias del Estado para garantizar las condiciones básicas para acceder a una vivienda digna y adecuada. No deja de ser sorprendente que desde 1956 exista en nuestro país una Ley sobre el régimen del suelo, mientras que el régimen jurídico de las viviendas carezca de regulación con rango de Ley. Buena parte de las Comunidades Autónomas ya han aprobado sus propias Leyes de vivienda; creemos que el Estado debería dar este paso». En similar sentido, nos manifestamos en Iglesias González, F., Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal», en Reflexiones sobre la vivienda en España, Fernando García-Moreno Dir., Aranzadi, 2013, pp. 58 ss., en concreto en el apartado que se titula «corolario: La necesidad de una Ley estatal de vivienda».

(4) *Vid.* un comentario de este voto particular en De la Quadra-Salcero Janini, T., *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, 2008, p. 109.

pero resulta inevitable a la vista del alcance de los títulos competenciales estatales[5]. Baste a nuestros efectos, con referenciar el artículo 23.2 LDV que establece que la planificación y programación de la Administración General del Estado, en el marco de la consecución de los fines establecidos en esta ley, favorecerá e impulsará de forma prioritaria:

a) La rehabilitación y la mejora de las viviendas existentes, así como la promoción de vivienda encaminada a la formación de parques públicos de vivienda.
b) La existencia de modalidades de vivienda que se adapten a las necesidades sociales.
c) La adecuada dotación de programas de ayuda específicamente dirigidos a las personas y hogares con mayores dificultades para acceder a una vivienda, con especial atención a las personas jóvenes y hogares sujetos a mayor vulnerabilidad, así como las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo.

De forma más concreta y con referencia específica a los planes estatales en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana y rural, el artículo 24.1 LDV prevé que estos estarán formados por programas que promoverán y apoyarán de manera prioritaria las siguientes actuaciones:

a) Las que fomenten la ocupación racional y eficiente del patrimonio residencial.
b) La conservación, el mantenimiento, la rehabilitación y la mejora de las viviendas que estén destinadas o vayan a destinarse a residencia habitual, así como la regeneración y renovación de su entorno construido, favoreciendo enfoques integrales que garanticen la accesibilidad universal.
c) Las actuaciones necesarias para la creación, ampliación y gestión de los parques públicos de vivienda, tanto derivadas de la nueva construcción como de la rehabilitación, orientados prioritariamente a atender la necesidad de vivienda de las personas, familias y unidades de convivencia en situación de mayor vulnerabilidad social y económica.
d) La construcción y rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

(5) Sobre la regulación de la LDV en relación con los planes de vivienda pueden consultarse Rodríguez de Santiago, J. M., ¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?, en «Estudios sobre el Derecho a la vivienda», RDU Editores, 2024, pp. 197 ss. y Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.: La colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda. ¿Se puede hablar de avances?, en «Estudios sobre el Derecho a la vivienda», RDU Editores, 2024, pp. 351 ss.

e) La promoción de nuevas modalidades de vivienda y de desarrollo urbano y rural que se adapten a las necesidades sociales, así como las actuaciones destinadas a favorecer el acceso de la ciudadanía a una vivienda sometida a algún régimen de protección pública, incluyendo instrumentos financieros que promuevan mecanismos público-privados.

f) Actuaciones encaminadas a favorecer el acceso a la vivienda por parte de jóvenes, así como a garantizar una vivienda digna y adecuada para personas en situación de mayor vulnerabilidad social, chabolismo, infravivienda o en emergencia habitacional.

Debe quedar claro que esta regulación de la LDV únicamente resulta jurídicamente aplicable a los Planes estatales de vivienda, habida cuenta que la norma únicamente se refiere a ellos, ninguna referencia hay al respecto en estos preceptos a los Planes autonómicos de vivienda. Todo lo anterior sin perjuicio de la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, afirmando expresamente el artículo 12.2 LDV que «el Estado, en aplicación del principio de cooperación, podrá colaborar, de acuerdo con su propia planificación, en la financiación de los planes que se aprueben por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana».

De esta forma, sin perjuicio de los correspondientes procedimientos de cooperación y colaboración, los Planes estatales y autonómicos de vivienda podrán seguir caminos paralelos, convergentes o no en ocasiones.

2. BIBLIOGRAFÍA

Iglesias González, F., *La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles*, Documentación administrativa, núm. 271-272 (2005), pp. 515 ss.

Quadra-Salcero Janini, T. de la, *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, 2008.

— «Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal», en *Reflexiones sobre la vivienda en España*, Fernando García-Moreno Dir., Aranzadi, 2013, pp. 15 ss.

Rodríguez-Chaves Mimbrero, B., «La colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda. ¿Se puede hablar de avances?», en *Estudios sobre el Derecho a la vivienda*, RDU Editores, 2024, pp. 3511 ss.

Rodríguez De Santiago, J. M., «¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?», en *Estudios sobre el Derecho a la vivienda*, RDU Editores, 2024, pp. 197 ss.

XVI

VIVIENDA PROTEGIDA Y ACCESO A LA VIVIENDA

A. Vivienda protegida. Transición de la vivienda en propiedad a la vivienda en alquiler y otras formas de tenencia*

Felipe Iglesias González
Profesor titular de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: *Se estudian las especialidades de las viviendas protegidas en arrendamiento con especial atención a su régimen de transmisión.*

Palabras clave: *viviendas protegidas, viviendas de protección oficial, VPO, arrendamiento.*

Abstract: *This paper focuses on the special features of rented subsidised housing, with particular attention to the transfer of this type of housing.*

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto TED2021-130900B-I00, Regeneración Urbana Climática (Reur -clima), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, cuyos Investigadores Principales son Juan Antonio Chinchilla Peinado y Felipe Iglesias González.

Keywords: *subsidised housing, subsidised housing, VPO, rental.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Limitaciones básicas de las viviendas protegidas. 3. Delimitación de las fuentes normativas aplicables. 4. Especialidades de las viviendas protegidas en arrendamiento. 4.1 Duración del régimen legal. 4.2 Revisión de las rentas. 4.3 Coste de los servicios. 4.4 Nulidad de los supuestos de sobreprecio. 5. Especialidades de las viviendas protegidas de promoción pública. 6. Régimen de transmisión de las promociones de viviendas protegidas en arrendamiento. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro mercado inmobiliario resulta un lugar común la queja sobre el escaso porcentaje de viviendas en arrendamiento existente en nuestro país, en comparación con los relevantes parques de viviendas (normalmente, en mano pública) existentes en otros países europeos.

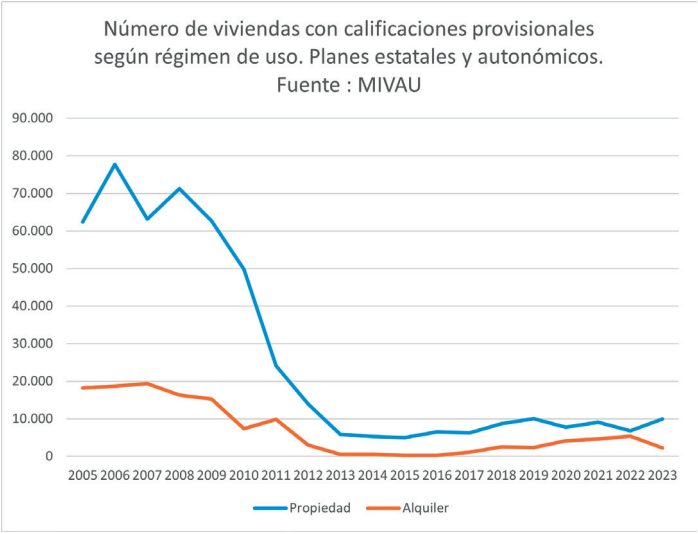
Para evitar esta situación, algunas Administraciones públicas autonómicas y municipales se lanzaron a promover viviendas protegidas en régimen de arrendamiento, aprovechando las relevantes ayudas públicas (estatales y autonómicas) que fomentaban esta modalidad de viviendas protegidas y la existencia de relevantes bolsas de suelos que el planeamiento destinaba necesariamente a la construcción de viviendas protegidas.

Podría parecer que el momento clave de la transición de la vivienda protegida en propiedad a la vivienda protegida en arrendamiento se produce con ocasión del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, dado que reniega (probablemente, por razones presupuestarias) de las políticas de ayudas económicas para el fomento de la promoción y adquisición de viviendas en propiedad, para poner «énfasis en el fomento del alquiler» en palabras de la propia exposición de motivos de este Plan Estatal. Y esta línea evolutiva de fomento enfático de la vivienda protegida en arrendamiento se mantiene en la actualidad con el Plan estatal de vivienda vigente para el periodo 2022-2025 (Real Decreto 42/2022, de 18 de enero).

Sin embargo, en opinión de quien escribe estas líneas, se trata de una apreciación incorrecta. El énfasis de los tres últimos planes estatales de vivienda (Planes estatales 2013-2016; 2018-2021 y 2022-2025) en el fomento del acceso de los ciudadanos al alquiler se ha basado en la apuesta primaria por ayudas económicas directas al arrendamiento, en la termino-

logía actual «Bono Alquiler Joven». Es cierto que, formalmente, existe un programa de incremento del parque público de vivienda, pero, como su propio nombre indica, únicamente contempla ayudas económicas para la promoción de viviendas protegidas en arrendamiento por parte de entidades en mano pública. No osará criticar estas ayudas quien escribe estas líneas, pero obviamente se quedan cortas al no contemplar al promotor privado, líder natural e histórico de la construcción de viviendas protegidas en propiedad y, también, en arrendamiento.

Las estadísticas oficiales lo evidencian. El mayor contingente de viviendas protegidas en arrendamiento se ha construido cuando han existido ayudas económicas públicas para la promoción de estas viviendas, como muestra el siguiente gráfico:



El desglose de datos es el siguiente:

Año	Propiedad	Alquiler
2005	62.434	18.226
2006	77.674	18.648
2007	63.186	19.368
2008	71.272	16.309
2009	62.655	15.280
2010	49.799	7.397
2011	24.081	9.851
2012	13.959	3.019

Año	Propiedad	Alquiler
2013	5.864	499
2014	5.325	486
2015	5.000	261
2016	6.524	224
2017	6.187	1.053
2018	8.738	2.479
2019	9.989	2.300
2020	7.750	4.149
2021	9.125	4.581
2022	6.797	5.393
2023	9.913	2.281

Más allá del evidente contraste en los datos de la serie (la diferencia entre los años 2005 y 2023 es espectacular, por mucho que 2005 fuera el final de un ciclo inmobiliario probablemente irrepetible), la suma de viviendas protegida promovidas en arrendamiento no es en absoluto despreciable, suman en casi 20 años más de 130.000 viviendas protegidas en arrendamiento.

No puede dejar de tenerse en cuenta el énfasis que ha realizado la LDV en el fomento de las viviendas protegidas en arrendamiento, en una medida que ha pasado bastante desapercibida. El artículo 15.1.d) de la LDV establece que debe destinarse a arrendamiento al menos el 50 % de las reservas de suelo destinado a la construcción de viviendas protegidas, que, además, ha aumentado con base en lo previsto en la disposición final cuarta de la LDV[1].

2. LIMITACIONES BÁSICAS DE LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS

Como se ha analizado en el Capítulo XV de este Tratado, uno de los signos caracterizadores de nuestro sistema de protección pública a la vivienda reside en la coexistencia de diversos planes de protección que no solo resultan relevantes a los efectos de determinar las ayudas económicas posibles, sino también para fijar las obligaciones jurídicas a las que deben sujetarse tanto promotor, como adquirentes o arrendatarios de las vivien-

(1) En las actuaciones de nueva urbanización, se pasa de un 30 % a un 40 % y en las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización de un 10 % a un 20 %.

das. La existencia de eventuales ayudas económicas (directas o indirectas) para la promoción de viviendas ya sea para su enajenación como para su arrendamiento, así como las relativas a adquisición o su arrendamiento lleva aparejada la configuración de una serie de obligaciones que, en ocasiones, suponen una seria restricción a la disposición de las viviendas protegidas, que son asumidas voluntariamente por el promotor que decide construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. De esta forma, para poder conocer tanto las ayudas económicas como, fundamentalmente, las limitaciones asociadas a las viviendas protegidas resulta imprescindible tener en cuenta el plan de viviendas que amparó jurídicamente la promoción de que se trate.

Los programas de protección pública a la vivienda pueden tener un origen estatal, autonómico e incluso municipal y suelen tener un periodo limitado de aplicación, aunque también es frecuente que no se deroguen expresamente. Por lo tanto, para conocer el conjunto de limitaciones que afectan una promoción de viviendas protegidas será necesario conocer el plan de viviendas bajo el que se construyó la promoción, aunque, por el tiempo transcurrido, el plan pueda considerarse en desuso o incluso haya sido expresamente derogado. A los efectos de concreción de las obligaciones de las viviendas protegidas continúa desplegando evidentes efectos.

En ocasiones, resulta difícil distinguir los planes estatales de vivienda de los autonómicos, pero la clave para distinguirlos reside en comprender el reparto de competencias existente en materia de vivienda. El punto de partida reside en que todas las Comunidades Autónomas han asumido, con carácter exclusivo, las competencias en materia de vivienda. Pero ello no impide que el Estado sea titular de otras competencias que, de una manera directa o indirecta, inciden en la vivienda, por ejemplo, la relativa a planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) que, ampara, por ejemplo, que el Estado apruebe Planes Estatales de vivienda y que aporte presupuestos económicos (que distribuye entre las Comunidades Autónomas) para financiar las actuaciones protegidas en estos planes. Las Comunidades Autónomas gestionan estos planes de vivienda estatales, pueden adaptarlos a sus necesidades sociales o territoriales, pero no puede modificar el régimen jurídico previsto por el Estado, que resulta, a estos efectos inderogable. Sin embargo, las Comunidades Autónomas, además de gestionar planes estatales, podrán establecer planes propios que, siempre que se encuentren financiados con fondos económicos autonómicos propios (de contemplarse), podrán liberarse de los límites previstos en la normativa estatal.

Este esquema jurídico permite entender, por ejemplo, que la normativa estatal haya establecido en algunos de sus planes una duración del régimen legal de las viviendas protegidas no inferior a los 30 años, mientras

que hay planes autonómicos que reducen esta duración a 7 años; es evidente que estos planes autonómicos se encuentran desligados de los planes estatales y no tienen por qué respetar los citados 30 años.

El control público (autonómico desde que las Comunidades Autónomas asumieron la competencia en materia de vivienda) sobre la construcción y el destino de las ayudas para las viviendas protegidas reside en dos documentos públicos: i) la calificación provisional y ii) la calificación definitiva. Resulta habitual que mediante el procedimiento de calificación provisional, la Comunidad Autónoma compruebe que la promoción es viable jurídica, técnica y económicamente; el otorgamiento de la calificación provisional al promotor le permite acudir a alguna de las entidades de crédito que haya suscrito un convenio con la Administración pública y obtener un préstamo convenido (a veces denominado subsidiado), que tiene un tipo de interés menor que el de mercado (sin que haya ayuda directa pública al respecto). Una vez concedido el préstamo convenido, el promotor construirá el edificio y, como mecanismo de control público final, habrá de obtener la calificación definitiva que, en esencia, contrasta que se han destinado las cantidades dispuesta a la construcción efectiva de las viviendas y que estas se han construido conforme a la normativa técnica que resulte aplicable (varía para cada Comunidad Autónoma).

De esta forma, la calificación definitiva se constituye como el documento clave para determinar la normativa aplicable a cada promoción de viviendas (lo razonable es que en el propio documento, que no deja de ser un acto administrativo, se haga constar la normativa a la que se acoge la promoción de viviendas) y suele convertirse en la referencia temporal para el cálculo de ciertas limitaciones legales, como vamos a comprobar de inmediato.

Las limitaciones asociadas a las viviendas protegidas pueden resumirse en la siguiente tipología básica (aunque, obviamente, hay que tener en cuenta la normativa que resulte específicamente aplicable):

a) Limitación del precio de venta y renta durante el tiempo que dure el régimen legal de protección pública (el estándar es 30 años desde la calificación definitiva, pero puede variar como hemos adelantado, plazo matizado como veremos en el ámbito del arrendamiento). Es bastante habitual que la reciente normativa no permite reducir este plazo de duración legal, que se suele denominar descalificación.

b) Prohibición temporal de disposición de la vivienda (el plazo habitual fijado en la normativa aplicable es de 10 años).

c) Sujeción de las viviendas a un derecho de tanteo y retracto de alguna Administración pública (normalmente autonómica).

Es muy habitual que se planteen dudas relativas al alcance real de la protección pública y de sus limitaciones, siendo frecuente la pregunta de si los locales ubicados en un edificio construido bajo cualquiera de las modalidades de viviendas protegidas tienen que someterse a las limitaciones inherentes al régimen de protección. La primera intuición puede ser negativa, puesto que, en principio, pudiera parecer que un local comercial no es una vivienda, sin embargo, resulta habitual lo contrario, puesto que es bastante normal que la protección pública otorgadas a las viviendas se extienda a los locales comerciales (y a otros elementos inmuebles) [(2)]; de esta forma, habrá que comprobar específicamente en la calificación definitiva si, concretamente, los locales comerciales se encuentran entre los elementos inmuebles sujetos a limitaciones, por razón de haber obtenido ayudas económicas, de forma específica o global.

3. DELIMITACIÓN DE LAS FUENTES NORMATIVAS APLICABLES

La primera cuestión jurídica que cabe plantearse en cuanto a las viviendas protegidas (VPO en la nomenclatura de la disposición adicional primera de la LAU) [(3)] consiste en dilucidar las fuentes normativas aplicables a estos arrendamientos.

Para entender esta problemática, es preciso partir de la ordenación de fuentes normativas que establecía la LAU de 1964, cuyo artículo 1.3 establecía que «el arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de

(2) Por ejemplo, así se ha prevé en el artículo 2 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, (que ha sido la referencia de numerosa normativa autonómica) que establece: «La protección oficial, en las condiciones que para cada caso se establecen a continuación, se extenderá también: A) A los locales de negocio situados en los inmuebles destinados a vivienda, siempre que su superficie útil no exceda del 30 por 100 de la superficie útil total. Estos locales de negocio habrán de situarse en plantas completas y distintas de las que se destinen a viviendas […]».

(3) Ha de tenerse en cuenta que el concepto Vivienda de Protección Oficial (VPO) ha quedado superado por el más general de «vivienda protegida» que integra a todas las modalidades de vivienda que cuentan con algún tipo de protección pública. El momento clave de esta evolución se produce en el Real Decreto 1186/1998, de 12 junio, por el que se articula el Plan estatal de vivienda 1998-2001, cuyo artículo 15 establece dos modalidades de viviendas sujetas a protección pública, que son: a) Viviendas calificadas de protección oficial al amparo del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, y normas de desarrollo, excepto las de promoción pública; y b) Otras viviendas con protección pública calificadas o declaradas como protegidas a los efectos de este Real Decreto, según la normativa propia de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla, siempre que su superficie útil no exceda de 90 metros cuadrados. Esta evolución se consolida definitivamente en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero (Plan estatal de vivienda 2002-2005) que generaliza el concepto vivienda protegida y reduce a la mínima expresión el concepto de VPO. *Vid.* esta evolución en Tinaut Elorza, J. J., «La política de fomento del alquiler en los planes estatales de vivienda de los noventa», CyTET, núm. 125 (2000), p. 508.

leyes especiales protectoras se regirá por las normas particulares de éstas y, en lo no previsto en ellas, por las de la presente Ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares […]». Era claro, de esta manera, que para determinar el derecho aplicable a las viviendas de protección oficial destinadas al arrendamiento había que tener en cuenta, en primer lugar, la normativa específica en esta materia y, supletoriamente, acudir al régimen establecido por la LAU.

Cabe afirmar que la vigente LAU ha producido una inversión en las fuentes normativas aplicables al arrendamiento de las viviendas protegidas. El artículo 5 de la vigente LAU, que contiene las modalidades arrendaticias que quedan excluidas de la aplicación de la LAU, no incluye los arrendamientos de las viviendas protegidas tal y como ocurría en la derogada LAU. La no exclusión de estos arrendamientos de la aplicación directa de la LAU denota un claro interés en homogeneizar el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos urbanos, sin que sea relevante, a estos efectos, que la vivienda arrendada haya sido construida bajo alguna modalidad protegida.

Téngase en cuenta, a estos efectos, el carácter general de la definición de aplicación de la vigente LAU contenida en su artículo 1.º que establece que ésta será aplicable a «los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda». De esta manera, el contenido de la vigente LAU va a ser directamente aplicable a los arrendamientos de vivienda protegida(4), superando esta norma el carácter supletorio que tenía en el sistema normativo articulado por la LAU de 1964, correspondiendo esta función a la normativa especial de las viviendas protegidas.

Por su parte, la disposición adicional primera de la vigente LAU contiene una serie de normas que, por una parte, pretenden adecuar el contenido de la propia LAU al especial carácter de las viviendas protegidas en arrendamiento (v.g.: precio máximo de venta y renta, disposición adicional primer, segundo apartado de la LAU) y, por otra, modificar alguno de los criterios normativos contenidos en la legislación especial de las viviendas protegidas (V.g.: plazo de duración del régimen legal de las viviendas protegidas que se califiquen en arrendamiento). Asimismo, esta disposición adicional contiene, en su apartado octavo, una excepción a la inversión

(4) En este sentido se manifiesta buena parte de la doctrina, *vid.* Caballero Lozano, J. M.ª, Disposición adicional primera. Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento, en «Ley de Arrendamientos Urbanos», Eugenio Llamas Coord., La Ley, 2007, p. 1230; Rebolledo Varela, A. L., «Disposición Adicional Primera», en «LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 548 y Reglero Campos, F., «Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento», en Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, dirigidos por Rodrigo Bercovitz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 857.

normativa operada por la vigente LAU relativa a las viviendas de promoción pública, a las que les serán aplicables, en primer lugar, sus propias normas particulares, siendo aplicable la LAU solo con carácter supletorio, manteniéndose, por consiguiente, el sistema normativo anterior.

Las normas especiales reguladoras de las viviendas protegidas en arrendamiento seguirán siendo aplicables, integrando su régimen jurídico con el único límite de aquellas normas que contradigan el régimen jurídico recogido en la vigente LAU, en virtud de esta inversión de la aplicación de las fuentes normativas en el ámbito de las viviendas protegidas de promoción privada. Cierto es que ninguna norma de la LAU establece, con carácter general, ninguna remisión expresa al régimen normativo especial de las viviendas protegidas para aquellas cuestiones no reguladas específicamente en la propia LAU, pero, dado su carácter de legislación especial, la legislación particular de las viviendas protegidas ha de considerarse plenamente aplicable salvo que, al contradecir el régimen general arrendaticio establecido en la LAU, deba ser considerada como abrogada en virtud de la derogación expresa indeterminada contenida en la disposición derogatoria única de la vigente LAU.

Únicamente hay, en nuestra opinión, dos preceptos de la legislación especial de las viviendas protegidas que suponen una antinomia con respecto a la vigente LAU. Son los relativos a la prohibición del subarriendo (art. 125 del Decreto 2114/1968, de 24 julio, por el que se aprueba el reglamento de las viviendas de protección oficial, en adelante el «RVPO») versus artículo 8 LAU y al régimen de las mejoras (art. 122.3.º y 123 RVPO versus artículo 19 LAU). El resultado de esta nueva inversión normativa podrá ser criticable dado que se derogan, dos criterios jurídicos bastante asentados en el ámbito de la protección pública a la vivienda. Pero este ha sido, en nuestra opinión, el régimen jurídico querido por el legislador al unificar el régimen jurídico de los arrendamientos de las viviendas libre y el de las sujetas a protección pública y someterlos a la LAU, con las excepciones contenidas en su disposición adicional primera para las viviendas protegidas.

En el mismo sentido y como apoyo jurídico de esta interpretación, hemos de avanzar que ninguno de los dos preceptos de la normativa especial que han de considerarse derogados pueden ser amparados ni por su propio carácter especial ni por su carácter imperativo. En efecto, no debe considerarse aplicable el aforismo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, dado que hay una manifestación expresa, aun genérica, de derogación de cuantas normas contradigan la LAU, norma que, en nuestra opinión, debe resultar aplicable en el supuesto de contradicción normativa dada su prevalencia con base en los criterios cronológico (*lex posterior derogat priori*) y jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) en orden a mantener la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Tampoco el criterio del carácter imperativo de la normativa especial nos permite llegar a otra solución[5], dado que este carácter es también referible, en cierta medida, a los artículos 8 y 19 de la vigente LAU[6].

Ha de tenerse en cuenta, por lo tanto, que los contratos de arrendamiento de vivienda protegida están sujetos, en primer lugar, a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, con las especialidades recogidas en su disposición adicional primera y, en segundo lugar, a la normativa específica que regula especialmente a estas viviendas con las salvedades anteriormente expuestas[7]. En cualquier caso, únicamente vamos a hacer referencia a tres grupos de normas relativas a los arrendamientos de vivienda protegida: las contenidas en la disposición adicional primera de la LAU, las recogidas en la normativa especial y las contenidas en la normativa general locativa cuando establezca criterios normativos diferentes a los estipulados por la normativa especial. Por lo tanto, no analizaremos el resto de normas aplicables contenidas en la LAU (V.g.: Plazo de duración del arrendamiento).

4. ESPECIALIDADES DE LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS EN ARRENDAMIENTO

Es usual que la normativa reguladora de las viviendas protegidas establezca dos modalidades básicas del destino de las viviendas protegidas: i)

---

(5) *Vid.* Barja Pereiro, J., «Las viviendas de protección oficial en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en «Jornada sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos», Cámaras de la Propiedad Urbana de Castilla y León, Valladolid, 1994, p. 89, que estima que debe prevalecer el artículo 122.3.º RVPO frente al artículo 19.1 LAU por ser una norma de cumplimiento obligatorio, a pesar de que previamente afirma que al mismo tiempo que la LAU deben «[…] observarse las normas peculiares que para estas viviendas se establecen en la legislación especial VPO *en todo aquello que no la contradiga* […]»(la cursiva es nuestra).

(6) A tenor de lo establecido en el 7 artículo 6.º de la vigente LAU son nulas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del Título II, en el que están integrados los preceptos 8 y 19. El pacto consistente en aplicar los artículos 122.3.º, 124 y 125 del RVPO en perjuicio de lo dispuesto en los preceptos 8 y 19 LAU perjudicaría claramente a los arrendatarios por lo que habría que predicar su nulidad. Esta mecánica está cercana en sus efectos a la imperatividad que establece el artículo 4.1 LAU para sus Títulos I, IV y V. Hasta tal punto es así que algún autor afirma que el Título II de la LAU contiene normas unilateralmente imperativas (*Vid.* Reglero Campos, F., cit., p. 121).

(7) En similar sentido se manifiesta Rodriguez Tapia (Comentario a la disposición adicional primera, en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos», Carlos Lasarte Coord., Tecnos, 1996, p. 1034) que, en relación con la determinación del plazo de duración de los contratos concluye que «no existe norma al respecto, lo que remite, con lógica aplastante […] hacia el mínimo legal de duración establecido en la propia LAU». En similar sentido, *vid.* Caballero Lozano, J. M.ª, Disposición adicional primera. Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento, en «Ley de Arrendamientos Urbanos», Eugenio Llamas Coord., La Ley, 2007, p. 1236.

venta y ii) arrendamiento. De esta forma, el promotor de las viviendas protegidas (normalmente, promociones completas) puede destinarlas bien a su enajenación, bien a su arrendamiento, y tal destino primario deberá hacerse constar en la calificación definitiva. Dado que la normativa aplicable suele establecer que las viviendas protegidas deben destinarse a domicilio habitual y permanente del adquirente[8], puede concluirse que solo cabe el arrendamiento de viviendas protegidas cuando el destino de las viviendas haya sido el de su arrendamiento.

La regulación básica del arrendamiento de las viviendas protegidas se recoge en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos y, por lo tanto, a estos efectos se tratará de un contrato de arrendamiento más, por ejemplo a efectos de determinación del plazo de duración del contrato, salvo que exista normativa específica autonómica al respecto.

Además, la disposición adicional primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, establece una serie de criterios específicos para las «viviendas de protección oficial en arrendamiento». En principio, podría parecer que esta normativa es de obligado cumplimiento, sea cual sea la normativa (estatal o autonómica) que resulte aplicable a la promoción de las viviendas, habida cuenta las competencias exclusivas estatales en materia de arrendamiento (art. 149.1.8.º CE); pero el propio apartado 7 de la disposición adicional primera de la LAU establece que su contenido «será de aplicación general en defecto de legislación específica de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia».

Por lo tanto, para determinar el régimen jurídico de las viviendas protegidas en arrendamiento habrá de estar en primer lugar a la normativa específica autonómica y, solo si la normativa autonómica no establece nada al respecto, entrará en carga la normativa estatal. De esta forma, la normativa estatal cumple un papel supletorio que puede resultar coherente desde la perspectiva del reparto competencial en materia de viviendas (recuérdese que todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas en materia de vivienda), pero que, sinceramente, se compagina mal con la competencia exclusiva del Estado en materia de arrendamientos. Parece claro, en todo caso, que el Estado no ha querido imponer un modelo contractual al arrendamiento de viviendas protegidas a las Comunidades Autónomas, sino que, más bien, ha dejado libertad absoluta. Frente a la jurisprudencia constitucional que anula preceptos sencillamente por ser considerados normativamente como supletorios (valga como referencia la STC 61/1997, de 20 de marzo), es cierto que es

(8) Así se establece, por ejemplo, en el artículo 3 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, que establece que «las viviendas de protección oficial habrán de dedicarse a domicilio habitual y permanente sin que, bajo ningún concepto, puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso».

muy frecuente el formato supletorio en la normativa estatal que afecta a materias en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusiva, recordando acertadamente Velasco Caballero[9] que esta doctrina constitucional no impide por sí toda suerte de normas supletorias del Estado, aunque no puede dejar de tenerse en cuenta que la STC 79/2024, de 21 de mayo, ha anulado el artículo 16 de la LDV que regulaba la vivienda protegida aduciendo, precisamente, su carácter supletorio.

En cualquier caso, como comprobaremos, es habitual que la normativa autonómica siga como modelo esta regulación estatal. Los parámetros supletorios que establece la disposición adicional primera de la LAU son los siguientes:

4.1 **Duración del régimen legal**

La normativa estatal prescinde de un plazo único de duración del régimen legal (como hemos visto, comúnmente de 30 años), vinculando la duración de este régimen legal al «período establecido en la normativa aplicable para la amortización del préstamo cualificado» que suele ser bien 10 años, bien 25. En el supuesto de que no exista préstamo, se establece que la duración legal alcanza los 25 años[10].

El tenor literal es bastante concluyente y establece que el plazo de duración legal viene determinado por el «período establecido en la normativa aplicable» para la amortización, y no por la duración real del período de amortización, de forma que, puede defenderse, que una amortización anticipada del préstamo no debe reducir la duración del régimen legal de estas viviendas.

En cambio, no está claro desde cuando se computa la duración del régimen legal. Para el supuesto en el que no hay préstamo es claro, puesto que se dice expresamente que «desde la calificación definitiva», pero nada dice la norma para los supuestos en los que hay préstamo. Nos parece razonable mantener el mismo criterio y computarlo desde el momento del otorgamiento de la calificación definitiva, que es lo que establecen algunas normas autonómicas, cubriendo la laguna de la normativa estatal.

---

(9) Velasco Caballero, F., «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el derecho a la vivienda», Revista de Derecho Público: Teoría y Método, núm. 8 (2023), p. 86.

(10) Aunque es obvio, no está de más recordar que una cosa es la duración de la vivienda al régimen legal de la protección pública y de su vinculación al régimen de arrendamiento (que coinciden temporalmente) y cuestión distinta es la duración del propio contrato de arrendamiento. En idénticos términos, *vid.* Rodríguez Tapia, J. M., Comentario a la disposición adicional primera, en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos», Carlos Lasarte Coord., Tecnos, 1996, p. 1034.

Alguna Comunidad Autónoma ha continuado este esquema jurídico para determinar el plazo para determinar la duración del régimen legal de las viviendas en arrendamiento (*vid.*, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Aragón[11] o la Comunidad Autónoma de Canarias)[12], pero cabe tener en cuenta que muchas Comunidades Autónomas no distinguen, para la determinación de la duración del régimen legal, entre viviendas destinadas a venta o a arrendamiento, estableciendo un plazo homogéneo de 30 años, como ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha[13] o incluso una calificación permanente en la Comunidad Valenciana[14]. Esta homogeneización de la duración del régimen legal de las viviendas destinadas a arrendamiento trae causa del tajante régimen que, a estos efectos, se ha producido a partir del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que establece el régimen jurídico del Plan estatal 2005-2008 cuyo artículo 5 establece:

> «*Las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas en este Real Decreto tendrán un régimen de protección, sin posibilidad de descalificación voluntaria, que se extenderá a toda la vida útil de la vivienda, considerando como tal un período de 30 años, contado desde su calificación definitiva, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer un plazo superior. Las viviendas protegidas de precio concertado se regularán conforme a lo que determine la normativa autonómica que les sea de aplicación*».

Si con anterioridad al Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, la normativa reguladora de planes estatales anteriores limitaba a 10 o 25 años desde la calificación definitiva, en virtud de la duración del préstamo de que se

(11) La Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida de Aragón, establece, en su artículo 13.2.d que las viviendas calificadas para arrendamiento podrán descalificarse «una vez transcurrido el plazo de amortización del préstamo subsidiado para la promoción de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento».

(12) *Vid.* artículo 7.1 del Decreto 1/2023, de 19 de enero, por el que se establecen las medidas de acceso a la propiedad de viviendas protegidas y se regula el procedimiento para su calificación, que prevé que «las viviendas protegidas de promoción privada calificadas en régimen de arrendamiento, una vez transcurrido el plazo de diez o veinticinco años, según proceda, podrán transmitirse a las personas arrendatarias o a terceros, con la previa autorización del Instituto Canario de la Vivienda. Para la autorización deberá acreditarse la amortización del préstamo cualificado, en su caso».

(13) *Vid.* artículo 8.1. C del Decreto 173/2009, de 10 de noviembre.

(14) *Vid.* artículo 4.1 del Decreto 68/2023, de 12 de mayo, por el que se Aprueba el Reglamento de vivienda de protección pública y régimen jurídico de patrimonio público de vivienda y suelo de la Generalitat, que establece que «las viviendas y sus anejos que hayan obtenido la calificación definitiva por parte de la Conselleria competente en materia de vivienda mantendrán la citada calificación de manera permanente. Deberá hacerse constar de dicha forma expresamente en el acto administrativo que otorgue la Calificación Definitiva, y se reflejará en la escritura de Declaración de Obra Nueva, a los efectos de su constancia en el registro de la propiedad».

tratase, resulta evidente que esta norma estatal conlleva un aumento de la duración del régimen legal de las viviendas destinadas a arrendamiento. Esta extensión de la duración del régimen legal de las viviendas destinadas a arrendamiento se ve dulcificada (en los supuestos en los que el préstamo sea de 10 años) por la posibilidad de enajenar estas viviendas a partir del año 10 desde la calificación definitiva[15]; resulta evidente que la norma busca un equilibrio entre duración del régimen legal y su vinculación al arrendamiento, la vivienda continúa estando protegida hasta los 30 años, pero a partir del año décimo desaparece la vinculación al régimen de arrendamiento.

Esta extensión de la duración legal del régimen de protección de las viviendas destinadas a arrendamiento tuvo continuidad en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, que regulaba el Plan Estatal 2009-2012 (arts. 6.1 y 25), sin que estas previsiones se hayan mantenido a partir del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, dado que no tan solo prevé un programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler (arts. 14 y siguientes), aunque mantiene las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos regulados en los Planes Estatales de Vivienda anteriores (art. 9).

Finalmente, otras normas autonómicas han reducido ostensiblemente el plazo de duración del régimen legal de algunas viviendas destinadas al arrendamiento. Un buen ejemplo se encuentra en la Comunidad de Madrid en la que tanto las Viviendas con Protección Pública para venta o uso propio como las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento tienen una duración de régimen legal de quince años[16], plazo que coincide con la normativa andaluza que establece para las Viviendas de régimen especial y alojamientos protegidos una duración de 15 años, pero que se reduce a 10 años para las Viviendas protegidas de régimen general e incluso a 7 años para las viviendas protegidas de precio limitado[17]. Ahora bien,

(15) A estos efectos, el artículo 33.2 del RD 801/2005 prevé que «las viviendas protegidas a 10 años, una vez transcurrido este plazo, continuarán siendo protegidas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del presente Real Decreto, salvo las de renta concertada. El arrendador podrá mantenerlas en régimen de alquiler u ofrecerlas en venta, a compradores que cumplan las condiciones para poder acceder a las viviendas usadas definidas en este Real Decreto. El precio máximo de venta por metro cuadrado de superficie útil será de entre 1,5 y dos veces el precio máximo legal de referencia establecido en el artículo 32 de este Real Decreto, correspondiente al momento de su calificación provisional, una vez actualizado mediante la aplicación de la variación porcentual del Índice de Precios de Consumo, Índice General, registrada desde la fecha de la calificación provisional hasta la de la venta».

(16) *Vid.* artículo 10 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se establece el reglamento de Viviendas con Protección Pública de Madrid.

(17) *Vid.* artículo 10 del Decreto 91/2020, de 30 de junio, por el que se regula el Plan Vive en Andalucía, de vivienda, rehabilitación y regeneración urbana de Andalucía 2020-2030.

resulta claro que si para la promoción de estas modalidades de viviendas autonómicas se han recibido ayudas estatales (ya se trate de préstamos convenidos, de su subsidiación o subvenciones), resultará aplicable la duración del régimen legal previsto en la normativa estatal y no el previsto en la normativa autonómica, habida cuenta el carácter atractivo de la normativa estatal.

Sea como fuere, nos parece obvio que la normativa autonómica se encuentra habilitada (con base en lo previsto en el apartado 7 de la disposición adicional primera de la LAU) a establecer plazos distintos a los previstos en la LAU. Pero esta conclusión no es trasladable a las normas de naturaleza estatal. Resulta claro, en nuestra opinión, que una norma con rango de Ley con un contenido específico relativo al arrendamiento de viviendas protegidas no puede ser contradicho por otra normativa estatal, resultando absolutamente increíble que tanto el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, como el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, ambos posteriores a 1994 (fecha de aprobación de la vigente LAU) establecieran plazos de duración del régimen legal de las viviendas en arrendamiento superiores a los contemplados en la disposición adicional primera de la LAU, siendo claro para quien escribe estas líneas que ha de aplicarse esta última normativa en detrimento de las normativa reguladora de los planes estatales de vivienda.

Más allá de lo anterior, cabe llamar la atención sobre la duración del régimen legal de las viviendas protegidas, actualmente en debate. No puede desconsiderarse que buena parte de las viviendas protegidas que se han construido (muchas de ellas con ayudas económicas públicas) que constan en la tabla con la que comenzamos el presente capítulo ya no son viviendas protegidas o están a punto de dejar de serlo y se han convertido en libres. Con anterioridad al RDL 31/1978, de 31 de octubre, la duración del régimen legal era de 50 años[18], reduciéndose a 30 años en el mencionado RDL, oscilando la normativa autonómica entre la calificación permanente

(18) Debe tenerse que, en estos supuestos, aunque se mantenga el régimen de protección, los precios de venta y renta están liberalizados con base en lo previsto en el Real Decreto 727/1993, de 14 mayo, que, en su artículo primero que «el precio de venta en segunda y posteriores transmisiones de las viviendas de protección oficial de promoción privada acogidas a regímenes anteriores al Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, será el que libremente acuerden las partes. A estos efectos, también se considerarán segundas transmisiones, las primeras que se realicen a partir de la vigencia de este Real Decreto, cuando las viviendas se destinaron con anterioridad a arrendamiento o estuvieran ocupadas por quienes las promovieron». Debe tenerse en cuenta que, en las viviendas protegidas, el precio de arrendamiento se calcula con base en el precio de venta. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a pesar de que este Real Decreto se refiera exclusivamente a las VPO de promoción privada, afecta también a las viviendas protegidas promovidas por las Administraciones públicas, puesto que el régimen de promoción pública únicamente existe jurídicamente desde el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre (en idéntico sentido se manifiesta el Informe de la Dirección General para la Vivienda, el Urbanismo y la Arquitectura de 20 de junio de 1994).

en la legislación catalana y los 10/15 años desde la calificación definitiva en la legislaciones madrileña o andaluza. La LDV intentó, en su artículo 16 establecer como régimen general la duración permanente de la calificación como vivienda protegida, pero fue anulado por la STC 79/2024, de 21 de mayo, sin perjuicio del mantenimiento de esta calificación urbanística y las limitaciones a su alteración previstas en el artículo 15.1c) LDV que no ha sido anulado por el TC[19].

4.2 **Revisión de las rentas**

La revisión de las rentas regulada en el apartado tercero de la disposición adicional primera ha sido modificada por la disposición final 1.2 de Ley 2/2015, de 30 de marzo, constituyendo el único cambio que hasta el momento se ha producido en esta disposición adicional.

Con base es esta nueva regulación, no se aplicará revisión de rentas de las viviendas de protección oficial salvo pacto explícito entre las partes. En caso de pacto expreso entre las partes sobre algún mecanismo de revisión de valores monetarios que no detalle el índice o metodología de referencia, la renta se revisará para cada anualidad por referencia a la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad. Resulta evidente el contraste de esta previsión normativa del apartado tercero de la disposición adicional primera de la LAU con las previsiones vigentes del artículo 18 de la LAU y la disposición adicional undécima, relativa al Índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda, añadida por la disposición final 1.5 de la LDV.

4.3 **Coste de los servicios**

El arrendador podrá percibir el coste real de los servicios de que disfrute el arrendatario y satisfaga el arrendador. La normativa autonómica mantiene esta previsión normativa de forma regular, estableciéndolo, por ejemplo, de forma expresa la normativa madrileña[20], que como contrapartida establece que «el arrendador deberá asumir la administración, explotación y mantenimiento del inmueble hasta que concluya el período de

(19) Hemos analizado esta cuestión con detalle en el Capítulo XV del presente Tratado.

(20) Así, el artículo 13.4 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, establece que «el arrendador podrá percibir, además de la renta inicial o revisada que corresponda, el coste real de los servicios de que disfrute el inquilino y se satisfagan por el arrendador, así como las demás repercusiones autorizadas por la legislación aplicable».

vinculación al régimen de protección» (art. 13.5 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, de la Comunidad de Madrid).

4.4 **Nulidad de los supuestos de sobreprecio**

Establece la disposición adicional primera de la LAU que se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas y estipulaciones que establezcan rentas superiores a las máximas autorizadas en la normativa aplicable, sin perjuicio de que, además, pueda iniciarse un procedimiento sancionador al respecto. Esta previsión legal parece pretender corregir la línea jurisprudencial que, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 1992 (RJ 1992/6882), afirmaba que la previsión contractual de sobreprecios no afectaba a la validez (ni total ni parcial del contrato) y, en efecto, la Sentencia del TS de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009/3027) enfatiza este cambio normativo para justificar la nulidad parcial del contrato que prevea el sobreprecio, de forma de se produce una vuelta a jurisprudencia originaria al respecto[21].

La normativa sancionadora autonómica no recoge esta previsión, probablemente por considerarla de contenido puramente civil (en principio, competencia estatal), centrándose la normativa autonómica en caracterizar la realización de un sobreprecio como infracción, atribuyéndole el mayor rango contemplado (bien como muy grave o grave, según proceda)[22].

Asimismo, es absolutamente frecuente que la normativa autonómica contemple que la comisión de un sobreprecio conlleva, como medida accesoria a la sanción que quepa imponer por la comisión de la infracción, la necesidad de devolver las cantidades indebidamente cobradas[23].

---

(21) Un completo análisis de la evolución jurisprudencial al respecto se puede encontrar en De La Iglesia Prados, E., «La ineficacia del sobreprecio de la renta en los arrendamientos de vivienda protegida», Revista de Derecho patrimonial, núm. 24 (2010), pp. 225 ss. *Vid.* también López Fernández, L. M., «La venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial en España: una ecuación irresoluble», en Estudios de derecho de contratos: En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno, 2018, pp. 225 ss.

(22) Un buen ejemplo lo encontramos en la Ley 9/2003, de 26 de marzo, que establece el régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, contemplando como infracción muy grave «Percibir, por cualquier concepto, en la construcción, compraventa, adjudicación o arrendamiento de las viviendas protegidas, cualquier cantidad no permitida por la normativa aplicable, incluidas las cantidades que pudieran derivarse de ampliación de equipamiento o de sustitución o mejora de calidades» (art. 8.a). Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de vivienda y suelo de Andalucía que establece como infracción muy grave «la percepción de cualquier sobreprecio, prima o cantidad distinta a la que corresponda satisfacer a la persona que compre o arriende una vivienda protegida en concepto de precio máximo de venta o de alquiler» (art. 20.i).

(23) Por ejemplo, *vid.* artículo 11.1.c de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de la Comunidad de Madrid.

5. ESPECIALIDADES DE LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS DE PROMOCIÓN PÚBLICA

En línea de principio, cabe afirmar que las viviendas protegidas promovidas por las Administraciones públicas no tienen, salvo las excepciones que de inmediato analizaremos, un especial régimen jurídico con respecto a las construidas por promotores privados. Puede llevar a engaño al respecto, el apartado 6.º de la disposición adicional primera de la LAU que establece que las reglas que hemos reseñado en el apartado anterior no resultan aplicables a las «viviendas de promoción pública reguladas por el Real Decreto-Ley 31/1978»; pero debe notarse que este apartado no se está refiriendo al conjunto de las viviendas de promoción pública, sino tan solo a las reguladas por una norma concreta, el RDL 31/1978, por lo que resulta evidente que esta limitación (tenga la justificación que tenga) no se puede extender a viviendas de promoción públicas sujetas a otros regímenes jurídicos, especialmente las viviendas de promoción pública construidas al amparo de normativa autonómica. Por lo tanto, las consideraciones que se han hecho en el apartado anterior deben considerarse plenamente aplicables a las promociones de viviendas protegidas realizadas por promotores públicos. En el fondo, las normas reguladoras de los sucesivos planes estatales (y autonómicos) de viviendas han establecido reglas comunes aplicables tanto a promotores públicos, como a promotores privados, difuminándose las diferencias al respecto.

En esta línea, el apartado 8 de la propia disposición adicional primera de la LAU establece que:

> «*El arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se regirá por las normas particulares de éstas respecto del plazo de duración del contrato, las variaciones de la renta, los límites de repercusión de cantidades por reparación de daños y mejoras, y lo previsto respecto del derecho de cesión y subrogación en el arrendamiento, y en lo no regulado por ellas por las de la presente Ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares. La excepción no alcanzará a las cuestiones de competencia y procedimiento en las que se estará por entero a lo dispuesto en la presente Ley*».

De esta forma, se establece también para las viviendas protegidas de promoción pública la primacía de la normativa específica reguladora (normalmente, autonómica) y el carácter supletorio de la LAU.

Debe tenerse en cuenta que bastantes normas autonómicas han regulado el régimen jurídico de las viviendas protegidas de promoción pública,

centrándose en la definición de los destinatarios de estas viviendas y en las modalidades de su adjudicación[24], pudiéndose afirmar que en bastantes Comunidades Autónomas se ha terminado por imponer la elección de los beneficiarios a través del sorteo. Aunque debe matizarse que la regulación de las modalidades de adjudicación no es exclusiva de las viviendas de titularidad pública, sino que en alguna Comunidad Autónoma se ha regulado el procedimiento de enajenación o arrendamiento de las viviendas protegidas de promoción privada (más allá, obvio es, de la necesidad de que los beneficiarios cumplan determinados requisitos materiales y económicos) normalmente a través de la creación de Registros de Solicitantes de Vivienda.

6. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE LAS PROMOCIONES DE VIVIENDAS PROTEGIDAS EN ARRENDAMIENTO

El Real Decreto 1/2002 de 11 de enero, por el que se articula el Plan estatal de vivienda 2002-2005, estableció un régimen específico para la enajenación de promociones de viviendas protegidas en arrendamiento, afirmándose en su artículo 20.3:

> «*Las viviendas protegidas para alquiler podrán ser enajenadas por sus promotores, individualizadamente o por promociones completas, según proceda de acuerdo con la normativa aplicable, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización, y en las condiciones fijadas por parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las Ciudades de Ceuta y Melilla, a nuevos titulares, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación, por parte de los adquirentes, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos en este Real Decreto, subrogándose en sus derechos y obligaciones y pudiendo subrogarse, total o parcialmente, en la financiación cualificada que hubieran obtenido los promotores*».

Este régimen jurídico se trasladó a algunas normas autonómicas[25] e inspiró el régimen del siguiente Plan estatal de vivienda, el relativo al

(24) Baste al efecto la referencia al Decreto 52/2016, de 31 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Parque de Viviendas de Emergencia Social y se regula el proceso de adjudicación de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid.

(25) Así, el artículo 54 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias, en la redacción dada por la Ley 1/2006 de 7 de febrero, establece: «1. Sin perjuicio de que el régimen

periodo 2005-2008, articulado jurídicamente a través del Real Decreto 801/2005 de 1 de julio, cuyo artículo 33.5 establece:

> «*Los titulares de las viviendas protegidas para alquiler podrán enajenarlas a nuevos titulares, siempre que se trate de sociedades que incluyan en su objeto social el arrendamiento de viviendas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria. La enajenación será por promociones completas, según proceda de acuerdo con la normativa aplicable, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, sin sujeción a los precios legales máximos de referencia establecidos en el artículo 32.1 de este Real Decreto, previa autorización, y en las condiciones fijadas por parte del órgano competente de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla.*
>
> *Los titulares promotores podrán:*
>
> *a) Retener la gestión de las promociones enajenadas, con la obligación, en todo caso, por parte de los compradores, de atenerse a las condiciones, compromisos, plazos y rentas máximas establecidos en este Real Decreto, subrogándose en sus derechos y obligaciones y pudiendo subrogarse, total o parcialmente, en la financiación cualificada que hubieran obtenido los promotores.*
>
> *b) Ceder la gestión de las mismas a organismos públicos, entidades sin ánimo de lucro, o a sociedades que incluyan en su objeto social el arrendamiento de viviendas, con la obligación, por parte de los gestores, de atenerse a las condiciones, compromisos, plazos y rentas máximas establecidos en este Real Decreto*».

Nótese que la regulación es bastante pareja, pero por el camino se pierde la necesidad de previa autorización. Igualmente, este régimen jurídico está en la base en alguna regulación equivalente y, por ejemplo, el Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, establece

---

de protección se extienda a lo que establezcan las legislaciones estatal y autonómica, las viviendas protegidas de promoción privada en régimen de arrendamiento podrán ser transmitidas a los arrendatarios o a terceros que cumplan los requisitos establecidos en la presente Ley, una vez transcurrido el plazo de cinco años en régimen de arrendamiento y amortizado, en su caso, el préstamo hipotecario correspondiente, en los términos en que se disponga reglamentariamente. 2. Las viviendas protegidas para alquiler podrán ser enajenadas por sus promotores, individualizadamente o por promociones completas, según proceda de acuerdo con la normativa aplicable, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización y en las condiciones fijadas por el Instituto Canario de la Vivienda, a nuevos titulares que las sigan destinando a arrendamiento, que se subrogarán en los derechos y obligaciones de los anteriores promotores, y que se pueden subrogar, asimismo, en la financiación cualificada que hubieran obtenido aquéllos».

en su artículo 18 el siguiente régimen de transmisión, recuperando la necesidad de previa autorización:

> «*Las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, podrán ser enajenadas por sus titulares por promociones completas, de manera parcial, incluso individualmente, y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones*».

Curiosamente (o no) este régimen de las transmisiones de promociones de viviendas protegidas en arrendamiento ha sido superado por la Ley 9/2017, de 3 de julio, por la que se establece el mecanismo de naturaleza no tributaria compensatorio de la repercusión obligatoria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a los arrendatarios de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, cuyo artículo 5 establece:

> «*Artículo 5. Enajenación de promociones y garantías al inquilino.*
>
> *1. Las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores por promociones completas.*
>
> *2. Cuando se trate de promociones mixtas, podrán ser enajenadas la totalidad de las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento o arrendamiento con derecho de opción de compra que integran la promoción.*
>
> *3. La enajenación prevista en el apartado anterior podrá efectuarse con libertad en el establecimiento del precio, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, con derecho de adquisición preferente para personas jurídicas de reconocida dedicación a la gestión de vivienda protegida con fines sociales, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones.*
>
> *4. En las enajenaciones reguladas en este precepto, el adquirente o nuevo titular quedará obligado a atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidas en el contrato, subrogándose en todos*

los derechos y obligaciones. En cualquier caso, dichas enajenaciones no podrán ir en perjuicio de terceros.

5. Se exceptúa de lo dispuesto en los apartados anteriores la vivienda con protección pública cuya titularidad corresponda a la Comunidad de Madrid, que no podrá ser objeto de transmisión a terceros distintos de los inquilinos o sus causahabientes».

La novedad de esta regulación reside en el establecimiento de un posible derecho de adquisición preferente «para personas jurídicas de reconocida dedicación a la gestión de vivienda protegida con fines sociales». Nótese que no está estableciendo que la transmisión únicamente se pueda realizar a personas con reconocida dedicación a la gestión de vivienda con fines sociales, sino que puede realizarse la transmisión a cualquier nuevo adquirente, persona física o jurídica, con experiencia en gestión de vivienda protegida con fines sociales o sin ella. A las «personas jurídicas de reconocida dedicación a la gestión de vivienda protegida con fines sociales» se les otorga un derecho de adquisición preferente, pero ¿cómo se articula este derecho? ¿se trata de un derecho de tanteo y retracto? ¿existe un plazo en el que debe comunicarse el posible ejercicio del derecho de adquisición preferente? ¿qué personas jurídicas cumplen estos requisitos de gestión con fines sociales? ¿existe algún registro al respecto? Demasiadas preguntas sin una respuesta clara, que permite concluir que este derecho de adquisición preferente no tiene recorrido alguno.

Todo lo anterior se refiere a la enajenación de promociones de viviendas protegidas en arrendamiento de promoción privada. Cuando estas promociones formen parte de los parques públicos de vivienda, definidos en el artículo 27 LDV, se limita fuertemente el régimen de disposición. Así, el artículo 28.1.d LDV establece que para la gestión de los parques públicos de vivienda y el cumplimiento de sus finalidades, las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y sus entes adscritos o dependientes, de conformidad con lo dispuesto en su legislación y normativa de aplicación, y sin perjuicio de los criterios específicos que esta establezca, podrán:

«*d) Enajenar los bienes patrimoniales integrantes de los parques públicos de vivienda, mediante los procedimientos admitidos por la legislación aplicable, únicamente a otras Administraciones Públicas, sus entes instrumentales o a personas jurídicas sin ánimo de lucro, dedicadas a la gestión de vivienda con fines sociales, y mediante la obligación por parte del nuevo o nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones».*

Esto es, las promociones de viviendas que se integren en parques públicos de vivienda y tengan la consideración de bienes patrimoniales únicamente podrán enajenarse a otras Administraciones públicas (o sus entes instrumentales) o a personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la gestión de vivienda con fines sociales; de esta forma, se excluye claramente a personas jurídicas con ánimo de lucro. La diferencia de régimen jurídico es notable.

En todo caso, deben reseñarse dos claves. En primer lugar, y como enfatiza el propio tenor de artículo, este régimen limitativo de transmisión se refiere a las promociones que tengan la naturaleza de patrimoniales, dado que las que tengan naturaleza demanial no podrán enajenarse, en aplicación del carácter inalienable ínsito de estos bienes. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que no todas las promociones de viviendas en arrendamiento construidas por las Administraciones o sus entes instrumentales se sujetarán a este restrictivo régimen jurídico, siendo clave a estos efectos el alcance autonómico de estos parques públicos de vivienda, a la vista de la nulidad del último párrafo del artículo 27.1 LDV por parte de la STC 79/2024, de 21 de mayo. Nótese, finalmente y a estos efectos, por si el lector no había reparado en ello, que los parques públicos de vivienda regulados en los artículos 27 y ss. LDV no se refieren únicamente a los de titularidad estatal, sino que afecta también a los autonómicos y municipales.

7. BIBLIOGRAFÍA

Barja Pereiro, J., «Las viviendas de protección oficial en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Jornada sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cámaras de la Propiedad Urbana de Castilla y León, Valladolid, 1994, pp. 79 ss.

Caballero Lozano, J. M.ª, «Disposición adicional primera. Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento», en *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Eugenio Llamas Coord., *La Ley*, 2007, pp. 1227 ss.

Iglesia Prados, E. de la, «La ineficacia del sobreprecio de la renta en los arrendamientos de vivienda protegida», *Revista de Derecho patrimonial,* núm. 24 (2010), pp. 225 ss.

López Fernández, L. M., «La venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial en España: una ecuación irresoluble», en Estudios de derecho de contratos: En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno, 2018, pp. 225 ss.

Rebolledo Varela, A. L., «Disposición Adicional Primera», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 548 ss.

Reglero Campos, F., «Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento», en Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, dirigidos por Rodrigo Bercovitz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 857 ss.

Reglero Campos, F., y Costas Rodal, L., «Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bercovitz Rodríguez-Cano Coord., Aranzadi, 2020.

Tinaut Elorza, J. J., *La política de fomento del alquiler en los planes estatales de vivienda de los noventa*, CyTET, núm. 125 (2000), pp. 505 ss.

Velasco Caballero, F., «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el derecho a la vivienda», Revista de Derecho Público: Teoría y Método, núm. 8 (2023), p. 61 ss.

B. Evolución del régimen jurídico general de la vivienda protegida*

Nicolás Alejandro Guillén Navarro
Profesor Ayudante Doctor (acreditado TU) de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza
nicolasg@unizar.es

Resumen: *La finalidad social de las viviendas con protección y las particularidades de las ayudas financieras para su promoción, ya sea para venta o alquiler, asocia una serie de limitaciones que caracterizan su régimen jurídico desde la regulación de habitaciones higiénicas y baratas hasta las tipologías actuales. Especial atención merece la regulación de la VPO y, más en concreto, de los diferentes planes de vivienda estatales que han tenido la promoción de viviendas en venta o alquiler como eje principal. En este estudio se analizarán los elementos esenciales que configuran el régimen jurídico general de las actuaciones protegidas, su duración y los procesos de calificación y descalificación. Para ello se ha utilizado un análisis progresivo para dar cuenta de su evolución e importancia como ele-*

* Trabajo realizado en el marco del grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (*Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio*), proyecto S22_23R (*BOA* núm. 80, de 28 de abril de 2023).

mento estructurante de las políticas de vivienda llevadas a cabo durante décadas en España.

Palabras clave: *VPO, calificación, descalificación, Plan de vivienda, domicilio habitual.*

Abstract: *The social purpose of protected housing and the special particularities regarding financial aid for its promotion, whether for sale or rent, associates a series of limitations that constitute the so-called legal regime of the same. The existence of this regime is identified from the regulation of hygienic and cheap rooms and has been transferred to the successive regulations approved to date. Special attention deserves the vision of this introduced by the regulation of the VPO and, more specifically, the different state housing plans that have had the promotion of homes for sale or rent as their main axis. This study will examine the essential elements that make up the general legal regime, its duration and the qualification and disqualification processes through which this regime is assigned to protected actions. For this purpose, a historical analysis has been used to account for its evolution and importance as a structuring element of the housing policies carried out for decades in Spain.*

Keywords: *State Subsidised Housing, home under government protection, VPO housing qualification, VPO housing disqualification, Housing Plan, permanent address.*

Sumario: 1. Visión general de la incidencia del régimen de protección. 2. Destino, uso, conservación y aprovechamiento. Limitaciones a la facultad de disponer. Derechos de tanteo y retracto. 3. Duración del régimen de protección. 4. Calificación 5. Descalificación. 6. Bibliografía.

1. VISIÓN GENERAL DE LA INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

Un elemento esencial de las actuaciones protegidas en materia de vivienda es su régimen jurídico. Puede decirse que éste estructura su configuración con el fin principal de reforzar la acción pública sobre la vivienda para garantizar su función social y, por otro lado, la obtención de los beneficios económicos recogidos por la normativa de aplicación. Con ello, este régimen engloba toda una serie de particularidades objetivas y

subjetivas a lo que se suma lo relativo al uso, conservación y aprovechamiento de estas viviendas. Además, la vinculación de estos estos aspectos parten de un procedimiento administrativo denominado calificación con la que se otorga la consideración de actuación protegida con acceso a las ayudas económicas recogidas por la normativa de aplicación (1).

Como tal, la definición de lo que debe entenderse como régimen de protección no está presente en las normativas sobre vivienda, si bien se puede asociar a la existencia de toda una serie de acotaciones legales en las condiciones esenciales de este tipo de viviendas y que, por ejemplo, el RDL 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, conecta con el uso, conservación y aprovechamiento; limitaciones que se mantienen durante un periodo de tiempo, véase duración del régimen legal de protección. De todos modos, estos tres elementos se enlazan con un conjunto de aspectos objetivos y subjetivos como son los elementos susceptibles de protección, destino, limitaciones de precio y renta o condiciones técnicas; además, de lo relativo a promotores, adquirentes e inquilinos, Administraciones implicadas o entidades de crédito, aspectos estos últimos subjetivos.

En sí, el régimen legal se estructura básicamente a través de la definición de la actuación protegida. Acogiendo la definición clásica de VPO recogida en el RD 3148/1978, de 10 de noviembre, se extraen diferentes elementos básicos como que la vivienda ha de estar destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil máxima (en este caso era de noventa metros cuadrados), cumpla los requisitos establecidos en la normativa y ser calificada como tal. Más allá de asociar el régimen jurídico o legal únicamente a la vivienda, en las diferentes normativas se puede observar la expansión a otros elementos conectados con ellas. En este sentido, la protección oficial, bajo condicionantes, se ha extendido también a locales de negocio situados en los inmuebles destinados a vivienda, garajes, trasteros o edificaciones complementarias y equipamiento primario con fines religiosos, culturales, comerciales, sanitarios, asistenciales, deportivos, administrativos, políticos, recreativos y, en general, todas aquellas obras destinadas a equipamiento social (véase, RD 3148/1978, de 10 de noviembre). No obstante, si se acude al Plan de vivienda 2009-2012, último Plan con apuesta por la vivienda con protección en venta, se comprueba la referencia a garajes, trasteros e incluso anejos destinados a almacenamiento de útiles necesarios para el desarrollo de actividades productivas en el medio rural, no siendo objeto de ayudas financieras la

(1) En este sentido, Tejedor Bielsa (2010: pp. 327-342), distingue entre aspectos objetivos (elementos susceptibles de protección, destino, limitación de precio y renta, condiciones técnicas); y aspectos subjetivos (promotor, adquirente o inquilino, administración y entidades de crédito).

promoción de locales comerciales y derivándose lo relativo a equipamientos a diferentes programas de actuaciones incluidos en el referido Plan (por ejemplo, el Programa de Áreas de Renovación Urbana).

Otros aspectos relevantes cuando nos referimos al régimen de protección, además de las diferentes limitaciones referidas a destino y ocupación de las viviendas o las vinculadas a la facultad de disponer que se analizarán en el siguiente apartado, son las relativas a los beneficiarios de las actuaciones con protección y los modos de cesión. En este sentido, los Planes de vivienda estatales han girado en torno al establecimiento de medidas encaminadas a materializar el tan polémico derecho a una vivienda digna y adecuada que se recoge en el artículo 47 CE. En este sentido, ya no se habla de conseguir un perfil adecuado de medidas, sino también de delimitar los beneficiarios de las mismas. Sin profundizar en esta cuestión, los diferentes Planes han establecido diferentes condiciones generales de los demandantes de vivienda y financiación, articulados básicamente a través del establecimiento de unos ingresos familiares máximos de los adquirentes e inquilinos, en número de veces el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM), dependiendo de los tipos de viviendas con protección para venta, alquiler y alquiler con opción de compra y ya más recientemente la existencia de una necesidad de alojamiento o la inscripción en el registro de demandantes de vivienda. A ello se suma la apuesta por la inclusión de diferentes colectivos considerados beneficiarios con derecho a protección preferente. Por otra parte, la promoción de viviendas incluidas en los distintos Planes y normativa de vivienda se ha asociado a un conjunto de formas de cesión. En este sentido, la promoción de viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación se vincula a diferentes modelos, véase la venta, el uso propio o el arrendamiento, incluidas, en este último supuesto, las promovidas en régimen de derecho de superficie o de concesión administrativa, así como la promoción de alojamientos protegidos para grupos especialmente vulnerables y otros grupos específicos (Plan 2009-2012); no obstante, en la evolución de las políticas de vivienda también nos encontramos otras figuras como el acceso diferido a la propiedad, el régimen de amortización, la cesión gratuita en propiedad o en uso y el precario, modos de cesión que desaparecieron con los sucesivos Planes de vivienda.

Como he señalado, la configuración de la vivienda con protección parte de unos elementos básicos como son sus beneficiarios, modo de cesión y clasificación. Respecto a este último elemento, en el conjunto de los Planes de vivienda, a partir del Plan 1988-1992, las viviendas para venta se han calificado o declarado en función de los ingresos de los solicitantes en dos regímenes como son el general y especial, añadiéndose posteriormente el régimen de precio concertado (regímenes que han ido apareciendo

en los diferentes Planes a excepción, por ejemplo, del 2002-2005). Como digo, estos son los relativos a vivienda para venta, ya que las viviendas para arrendamiento han llevado otra calificación, en concreto la declaración de renta básica y de renta concertada (Plan 2005-2008) para pasar al régimen especial, general y concertado en el Plan 2009-2012. Esta visión clásica se rompe con la reconfiguración de las políticas de vivienda recogidas en el Plan 2013-2016, introduciéndose otros regímenes atendiendo a programas como el Programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler, que, asociándose también a los ingresos de los beneficiarios, distinguía entre vivienda de alquiler en rotación y vivienda de alquiler protegido.

Por otra parte, otros de los elementos asociados al régimen de protección son las especiales particularidades referidas a la superficie y precios máximos de venta, condiciones generales para acceder a las ayudas financieras a la vivienda. En este sentido, las diferentes normativas han asociado el modelo de vivienda con régimen de protección a una superficie útil máxima, que, por ejemplo, en el RD 3148/1978, de 10 de noviembre, era de noventa metros cuadrados y que se ha acogido en los posteriores planes de vivienda como superficie útil máxima de referencia a efectos de la financiación, ampliándose para el caso de personas con discapacidad, con movilidad reducida permanente o para el caso de familias numerosas (ciento veinte metros cuadrados). De igual manera se ha llegado a establecer una superficie útil mínima, en concreto, el Plan 2009-2012 fijaba la de 30 metros cuadrados, para un máximo de dos personas, ampliable 15 metros cuadrados por cada persona adicional que conviva en ellas.

En los Planes de vivienda también se han establecido precios máximos de venta, adjudicación o renta de las viviendas, siendo de aplicación este sistema de precios máximos mientras dure el régimen legal de protección cuando nos encontramos ante segundas y posteriores transmisiones. La fijación de los precios máximos cuenta con distintas particularidades según el Plan, si bien se toma como eje principal el metro cuadrado útil. No obstante, el Plan 2009-2012 introdujo el denominado módulo básico estatal (MBE), definido como la cuantía en euros por metro cuadrado de superficie útil, que sirve como referencia para la determinación de los precios máximos de venta, adjudicación y renta de las viviendas objeto de las ayudas previstas en el Plan, así como de los presupuestos protegidos máximos de las actuaciones de rehabilitación de viviendas y edificios, y en áreas de rehabilitación integral y renovación urbana.

Para finalizar, otro aspecto fundamental del régimen de protección es su inscripción registral. En este sentido, todas las limitaciones vinculadas al régimen de protección y asociadas al destino y ocupación de las

viviendas; limitaciones a la facultad de disponer; derechos de tanteo y retracto; duración del régimen de protección de las viviendas y alojamientos protegidos y limitación del precio de las viviendas usadas, se deben hacer constar expresamente en los títulos por los que se lleve a cabo la compraventa, la adjudicación o la obra nueva, en el supuesto de la promoción individual para uso propio. Así, cuando dichos actos se formalicen mediante escritura pública u otro documento público, se debe acompañar copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda. De igual manera, se acompañará la copia referida a la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario, en su caso. En ambos casos, dichas limitaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad, por medio de nota marginal.

2. DESTINO, USO, CONSERVACIÓN Y APROVECHAMIENTO. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPONER. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

El régimen de protección contempla un elemento esencial en torno al uso y destino de las viviendas con este régimen. En este sentido, su función social, centrada en colectivos con una necesidad de alojamiento, vincula el hecho de que este tipo de viviendas tengan que destinarse a residencia habitual y permanente de su propietario o, en su caso, del inquilino o persona que haya de disfrutarlas bajo otros regímenes. Este hecho se ha recogido en las diferentes normas sobre vivienda. Así, acudiendo al RDL 31/1978, de 31 de octubre, a la hora de definir la vivienda de protección oficial lo hacía asentando cuatro elementos esenciales, como era su superficie, precios y calidad, y el hecho de ser dedicadas a domicilio habitual y permanente, elementos que, como ya se ha señalado, estructuran el régimen de protección. La delimitación más clara del alcance de esta limitación puede encontrarse RD 3148/1978, de 10 de noviembre, en donde se desarrolla este hecho al introducirse más variables como el hecho de que bajo ningún concepto, puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso. Así, esta norma entiende «por domicilio permanente el que constituya la residencia del titular, bien sea propietario o arrendatario, y sin que pierda tal carácter por el hecho de que éste, su cónyuge o los parientes, de uno u otro, basta el tercer grado, que convivan con el titular, ejerzan en la vivienda una profesión o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación», visión que ya se recogía en el artículo 107 del D 2114/1968, de 24 de julio. Incluso se introduce un aspecto temporal al entender que «existe habitualidad en la ocupación de la vivienda cuando

no permanezca desocupada más de tres meses seguidos al año, salvo que medie justa causa». Tal es la importancia del destino de la vivienda sometida a régimen legal de protección que el artículo 56 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, considera falta muy grave el desvirtuar el destino de domicilio habitual y permanente o dedicar la vivienda a usos no autorizados, cualquiera que sea el título de su ocupación[2].

Esta visión se ha trasladado a los diferentes Planes de vivienda, configurándose como uno de los requisitos indispensables para el disfrute de financiación, préstamos cualificados o ayudas económicas directas. Aún más, se ha ido delimitando el plazo para ocupar la vivienda y, por ende, destinarse a residencia habitual y permanente del propietario o, en su caso, inquilino. En este sentido, hay una frase que se va repitiendo y es la de que estas viviendas «sean ocupadas dentro de los plazos establecidos en la legislación vigente». No obstante, por ejemplo, el RD 1932/1991, de 20 de diciembre (Plan 1992-1995), incluyó un plazo, que en todo caso debía respetarse para que la vivienda fuera ocupada, en concreto de tres meses siguientes a su entrega, salvo prórroga justificada por razones de tipo laboral o familiar, que debía ser autorizada por la Administración competente; plazo que también se recogió en el Plan 1996-1999, pero que desaparecía en el Plan 1998-2001. Por otra parte, conviene hacer una puntualización y es que esta obligación de destino de la vivienda a residencia habitual y permanente alcanza cualquier tipo de cesión que se haga de la vivienda, es decir, ya sean viviendas promovidas o rehabilitadas para uso propio y las adquiridas, sea para uso propio o para su cesión en régimen de arrendamiento (véase redacción del Plan 2002-2005 y Plan Estatal 2005-2008).

Es innegable que el destino es un elemento que se estructura como un pilar fundamental y que, por ejemplo, la redacción RD 801/2005, de 1 de julio (Plan Estatal 2005-2008), lo detallaba de manera clara en su artículo 1 al delimitar su objeto y ámbito de aplicación: «favorecer el acceso de los ciudadanos a una vivienda asequible que constituya su residencia habitual y permanente». Este hecho no solo lo debemos vincular al otorgamiento de la una vivienda de protección en propiedad, sino también a los diferentes tipos de cesión existentes en las normativas de vivienda. No obstante, la apuesta de los últimos Planes de vivienda por otras medidas alejadas de la figura de vivienda con protección en régimen de venta también conlleva la asociación de la obligación de destino para el acceso a las diferentes medidas articuladas para favorecer el acceso a una alojamiento digno y adecuado de los ciudadanos. En concreto, la apuesta por

(2) Hay que advertirse que el TS ha ido elaborando distinta jurisprudencia que analiza casos sobre los cuales se modula la obligación de destino de la vivienda a residencia y habitual y permanente, atendiendo, por ejemplo, a distintas situaciones personales. Véase, Guillén Navarro (2008).

la vivienda en alquiler y las ayudas para el alquiler ha hecho que se haya matizado algunos aspectos del uso. Por ejemplo, el RD 233/2013, de 5 de abril (Plan Estatal 2013-2016), en lo referido al programa de ayuda al alquiler de vivienda, asocia el que la vivienda arrendada o a arrendar, constituya o vaya a constituir la residencia habitual y permanente del arrendatario, debiéndose acreditar, en el caso de ser titular del contrato de arrendamiento de vivienda, mediante certificado de empadronamiento que acredite, a fecha de la solicitud, las personas que tienen su domicilio habitual en la vivienda objeto del contrato de arrendamiento o en el caso de personas que deseen acceder a un arrendamiento de vivienda, el citado certificado de empadronamiento deberá aportarse en el plazo de 30 días desde la resolución de la concesión de la ayuda, que quedará condicionada a su aportación. No obstante, también se estructura como algo esencial cuando se habla de otros programas como el de fomento del parque público de vivienda de alquiler; en el programa de fomento de la rehabilitación edificatoria, en donde se exige que el 70 % de las viviendas constituyan el domicilio habitual de sus propietarios o arrendatarios; o en el Programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas, en donde se exige que al menos un 60 % de la edificabilidad sobre rasante existente dentro del ámbito de actuación o de la resultante según el planeamiento vigente, deba tener como destino el uso residencial de vivienda habitual. La vinculación con diferentes programas todavía se hace más patente en el Plan 2018-2021 (Programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas; programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas; Programa de ayuda a los jóvenes; y en el posteriormente incorporado Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual). Precisamente el destino a uso residencial y permanente se enfatiza no solo a la hora de delimitar la unidad de convivencia, véase conjunto de personas que habitan y disfrutan de una vivienda de forma habitual y permanente y con vocación de estabilidad, con independencia de la relación existente entre todas ellas, sino también por la delimitación de los beneficiarios en cuanto a los ingresos de las personas que tengan su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada o la no concesión de ayuda al alquiler de vivienda si no existe una necesidad de vivienda por el solicitante o alguno de los que tengan su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto del contrato de arrendamiento (Plan 2018-2021).

En el Plan 2022-2025 se mantiene el ideario del anterior Plan, vinculando el destino a residencia habitual y permanente de los beneficiarios de los distintos programas, véase bono alquiler joven y la delimitación hecha

de la condición de vivienda habitual y permanente y su acreditación mediante certificado o volante de empadronamiento; además de la importancia de que la vivienda deberá constituir el domicilio habitual y permanente de la persona beneficiaria durante todo el periodo por el que se conceda la ayuda. (art. 7), obligaciones que también concurren en el programa de ayuda al alquiler de vivienda (art. 27), en el programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida (art. 44); o en el programa de ayuda a las personas jóvenes para contribuir al reto demográfico, ya sea destinado para el pago de la renta del alquiler o precio de cesión en uso de la vivienda o habitación habitual y permanente o para la adquisición de vivienda habitual y permanente localizada en un municipio o núcleo de población de pequeño tamaño (art. 52).

Otros elementos importantes del régimen de protección son las limitaciones a la facultad de disponer cuando hablamos de viviendas con protección adjudicadas en propiedad. En este sentido, si bien los Planes de vivienda 1981-1983; 1984-1987; 1988-1992 no contemplaban ninguna limitación especial a la capacidad de disposición, es a partir del Plan 1992-1995 cuando se establece una limitación a la facultad de disposición de un plazo de 5 años. Esto suponía que las viviendas no podían ser objeto de transmisión intervivos por ningún título durante el plazo de cinco años desde la formalización del préstamo cualificado, sin cancelar el préstamo y recabar autorización de venta de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, previo reintegro de los subsidios y subvenciones recibidos, con los intereses legales desde el momento de su percepción. Esta situación se ha ido repitiendo en los sucesivos Planes, si bien a partir del Plan 2002-2005 se elevó a 10 años, plazo que se ha mantenido en los siguientes. En algunos casos, véase como ejemplo Plan 2005-2008, se introdujeron algunas matizaciones a estas limitaciones como el poder dejar sin efecto la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurran otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. También se decía que la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podía dejarse sin efecto en el caso de familias numerosas que necesitasen adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros; personas mayores de 65 años, que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente; personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo que

deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas o aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones. En todos estos supuestos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, solo se requerirá la previa cancelación del préstamo.

Por otra parte, hay que señalar que estas limitaciones se hacen constar en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de nota marginal. Asimismo, en el caso de segundas o posteriores transmisiones de las viviendas sujetas a regímenes de protección pública, el precio máximo de venta, por metro cuadrado de superficie útil, no puede superar el establecido, asimismo por metro cuadrado de superficie útil, para las viviendas calificadas o declaradas protegidas en la misma fecha en que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial, aplicándose este sistema de precios máximos de venta mientras dure el régimen legal de protección (véase Plan 2002-2005). Por último, estas limitaciones también se expanden en la trasmisión «inter vivos» a la figura del adquirente, ya que la venta y adjudicación de las viviendas, durante la duración del régimen de protección, solo podrá efectuarse a demandantes inscritos en los registros públicos previstos al efecto por las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla y que reúnan los requisitos económicos pertinentes.

Como digo, la venta y adjudicación de las viviendas solo podrá efectuarse a demandantes inscritos en los registros públicos previstos al efecto por las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla. Esta situación se expande durante toda la duración del régimen legal de protección. No obstante, también hay que tener en cuenta el hecho de que las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla puedan establecer derechos de tanteo y de retracto sobre las viviendas calificadas o declaradas protegidas, con destino a su venta a favor de, se decía en el Plan 2005-2008, de dichas Administraciones, otras de carácter territorial establecidas en las propias Comunidades Autónomas u otras entidades públicas designadas por éstas; las agencias o sociedades públicas de alquiler legalmente creadas; los demandantes de dichos tipos de viviendas inscritos en los correspondientes registros públicos (concreción que desaparece en los siguiente planes al referirse únicamente a la existencia de derechos de tanteo y de retracto).

3. DURACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

Otro elemento fundamental en lo referido al régimen legal de protección es su duración. Las especiales particularidades de las viviendas con protección como consecuencia de su destino y financiación conllevan una serie de limitaciones en cuanto al uso, conservación y aprovechamiento de estas viviendas, limitaciones que se prolongan por un periodo temporal que ha ido variando a lo largo de las distintas tipologías de viviendas, planes y programas aprobados durante las últimas décadas. Es importante señalar que, para identificar la duración asociada al tipo de vivienda correspondiente, habrá que acudir a la normativa de aplicación (tabla 1). Otro aspecto que hay que tener en cuenta es el relativo a partir de qué momento se ha de computar estos periodos. Si bien como se comprueba de la tabla incluida a continuación, los periodos de tiempo han ido cambiando, la consideración del otorgamiento de la calificación definitiva es el punto clave de consideración a excepción de las ya vetustas habitaciones higiénicas y baratas cuya normativa consideraba la duración de 20 años del régimen legal, eso sí, referido a la exención de contribución, impuesto o arbitrio a partir de la licencia de obras.

Tabla 1. Evolución de la duración del régimen legal de protección

Denominación	Normativa	Duración	A contar desde
Habitaciones higiénicas y baratas.	Ley de 8 junio de 1911. Reglamento de 11 abril de 1912. Reglamento de 14 de mayo de 1921.	20 años (exención de contribución, impuesto o arbitrio).	Petición/ licencia de obras.
Casas baratas.	Ley de 10 diciembre de 1921. Reglamento de 8 de julio de 1922. RDL 10 de julio de 1924.	20 años.	Calificación definitiva.
Casas económicas.	RDL de 29 de julio de 1925.	15 años.	Calificación definitiva.
Casas para funcionarios.	RDL 15 de agosto de 1927.	30 años.	Calificación definitiva.
Viviendas Ley Salmón.	Ley 25 de junio de 1935.	20 años.	Calificación definitiva.

Denominación	Normativa	Duración	A contar desde
Viviendas protegidas.	Ley 19 de abril de 1939. Reglamento 8 de septiembre de 1939.	20 años. Anticipio, 40 años máximo.	Calificación definitiva.
Viviendas de la clase media.	Ley de 25 de noviembre de 1944. Ley de 7 de marzo de 1947. Reglamento de 7 de marzo de 1945.	20 años.	Calificación definitiva.
Viviendas bonificables.	DL de 19 de noviembre de 1948. DL de 27 de noviembre de 1953. TR 10 de julio de 1954.	20 años.	Calificación definitiva.
Viviendas de tipo social.	DL 14 de mayo de 1954. DL de 10 de agosto de 1955. DL de 3 de abril de 1956.	20 años. Financiación con anticipio maximo. 50 años.	Calificación definitiva.
Viviendas renta mínima y viviendas renta limitada.	DL de 29 de mayo de 1954. DL de 10 de agosto de 1955.	20 años. Financiación con anticipio max. 50 años.	Calificación definitiva.
Viviendas de renta limitada.	Ley de 15 de julio de 1954. Reglamento de 24 de junio de 1955.	20 años. Financian anticipio.	Calificación definitiva.
Viviendas subvencionadas.	Ley de 13 de noviembre de 1957.	20 años. Financiación anticipio.	Calificación definitiva.
Viviendas de régimen unificado VPO.	D 2131/1963, de 24 de julio. Reglamento 24 de julio de 1968. Orden de 20 de mayo de 1969.	50 años.	Calificación definitiva.
Viviendas sociales.	RDL 12/1976, de 20 de julio. D 2278/1976, de 12 de noviembre.	50 años.	Calificación definitiva.
VPO.	RDL 31/1978, de 31 de octubre. RD 3148/1978, de 10 de noviembre.	30 años.	Calificación definitiva.

Denominación	Normativa	Duración	A contar desde
VPO del Plan de vivienda 1981-1983.	RD 2455/1980, de 7 de noviembre.	30 años.	Calificación definitiva.
VPO del Plan de vivienda 1984-1987.	RD 3280/1983, de 14 de diciembre.	30 años.	Calificación definitiva.
VPO del Plan de vivienda 1988-1992.	RD 1494/1987, de 4 de diciembre.	30 años.	Calificación definitiva.
VPO del Plan de vivienda 1992-1995.	RD 1932/1991, de 20 de diciembre.	30 años.	Calificación definitiva.
VPO del Plan de vivienda 1996-1999.	RD 2190/1995, de 28 de diciembre.	30 años.	Calificación definitiva.
VPO del Plan de vivienda 1998-2001.	RD 1186/1998, de 12 de junio.	30 años.	Calificación definitiva.
VP del Plan de vivienda 2002-2005.	RD 1/2002, de 11 de enero.	30 años.	Calificación definitiva.
VP del Plan de vivienda 2005-2008.	RD 801/2005, de 1 de julio.	Vida útil (30 años). Posible plazo superior en CCAA.	Calificación definitiva.
VP del Plan de vivienda 2009-2012.	RD 2066/2008, de 12 de diciembre.	Asociado al tipo de suelo donde se han promovido (30 años)[3]. Ayuda para la adquisición protegida de las viviendas usadas (15 años).	Calificación definitiva.
Plan de vivienda 2013-2016.	RD 233/2013, de 5 de abril.	Régimen alquiler en rotación y protegido (50 años).	Calificación definitiva.
Plan de vivienda 2018-2021.	RD 106/2018, de 9 de marzo.	Parque de viviendas en régimen de alquiler o en régimen de cesión en uso (25 años)[4].	Calificación definitiva.
Plan de vivienda 2022-2025.	RD 42/2022, de 18 de enero.	Programas de fomento alquiler (20 años).	Calificación definitiva.

Fuente: Elaboración propia[5]

(3) En concreto, el artículo 6 del RD 2066/2008, de 12 de diciembre establece que la duración será de carácter permanente «mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida, o en suelo dotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a 30 años. De 30 años, al menos, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en otros suelos».

(4) Para el Programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad se establece en el artículo 66 que para «Podrán obtener financiación con cargo a las ayudas de este programa las promociones de viviendas de nueva construcción o de viviendas procedentes de la rehabilitación de edificios que se vayan a ceder en uso o destinar al arrendamiento, en ambos supuestos, por un plazo de al menos cuarenta años».

(5) Se actualiza la tabla que realiza Moral Zaragoza (2007). Se da cuenta que la duración del régimen legal de protección se desvirtúa a partir del Plan de vivienda 2013-2016, con la supresión de

4. CALIFICACIÓN

Para que una construcción tenga la consideración de actuación protegida con acceso a las ayudas económicas recogidas por la normativa de aplicación, su promotor debe iniciar un procedimiento ante la Administración para que ésta pueda constatar que la construcción reúne los requisitos legales establecidos. Con ello, acogiendo la definición de Muñoz Castillo (2000, p. 223), la calificación puede ser definida como el acto administrativo en virtud del cual una promoción, adquisición, urbanización de suelo o rehabilitación se reconoce como actuación protegible con acceso a la financiación cualificada establecida por los Planes estatales de vivienda y por las normas autonómicas complementarias, con sometimiento a los regímenes sancionadores específicos.

Es preciso señalar que cuando hablamos de calificación hay que distinguir entre la calificación provisional y la calificación definitiva. Así, la calificación provisional se asocia al acto administrativo potestativo en el que se fijan las bases económicas, jurídicas y técnicas de la construcción a realizar, además de los beneficios inherentes a la misma. Como tal, la calificación provisional se conecta directamente con la calificación definitiva y es que la calificación provisional se condiciona a que una vez terminadas las obras se obtenga la calificación definitiva, momento en que quedará plenamente consolidado el régimen legal de las viviendas. Por otra parte, la doctrina asocia tres aspectos fundamentales a la calificación provisional como son su consideración de requisito esencial para construir las viviendas sometidas a un régimen de protección; el hecho de que a través de ella el promotor pueda obtener la financiación ofrecida por el Plan de vivienda correspondiente; y, sobre todo, el poder ofertar la venta de la vivienda con protección. En este sentido, la concesión de la calificación provisional conlleva el otorgamiento de la cédula de calificación provisional, documento necesario para tramitar y obtener la financiación cualificada, la formalización de la escritura de obra nueva y la comercialización de las viviendas, previa autorización administrativa y garantías correspondientes. Dicha calificación provisional debe solicitarse por los promotores de las viviendas, adjuntando una serie de documentación, la cual se asocia esencialmente a la recogida en el artículo 16 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el RDL 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda, y que se puede sintetizar en el proyecto básico de edificación y el compromiso de cumplir con las exigencias establecidas para la promoción de las viviendas sometidas a protección

---

la vivienda con protección en venta como eje principal la sustitución progresiva por la apuesta por programas de ayudas económicas que giran en torno a la figura del alquiler.

pública; además de otra serie de documentos como los relativos a los que acrediten la personalidad del solicitante y, en su caso, la representación que ostente; certificado expedido por el Ayuntamiento, en el que consigne la calificación urbanística de los terrenos o licencia municipal de obras si la tuviere, así como certificado de la dotación de servicios urbanísticos de que el terreno disponga y de los que sean exigibles por la reglamentación urbanística aplicable; certificado del Registro de la Propiedad de la titularidad del dominio de los terrenos y de la libertad de cargas o gravámenes que puedan representar un obstáculo económico, jurídico o técnico para el desarrollo del proyecto(6); compromiso de cesión de los terrenos que sean necesarios para la construcción de las edificaciones complementarias que fueran exigibles por el planeamiento urbanístico, si lo hubiere, y, en su caso, por la Ley del Suelo, y habida cuenta del número de viviendas proyectadas o construidas por el promotor, salvo que acredite documentalmente estar exento de dicha obligación.

Respecto a la calificación provisional, hay un aspecto interesante a tener en cuenta y es la discusión acerca de si los actos de calificación provisional tienen el carácter de acto de trámite, como parece desprenderse de la redacción del artículo 16 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre. En este sentido, podemos aludir a Villar Ezcurra (1981: 408-411), que daba cuenta de la gran problemática acerca de este aspecto, llegando a la conclusión que la redacción dada por el artículo 16 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, debía entenderse en el sentido de que la calificación provisional «será acto de trámite, en tanto en cuanto la resolución de la Administración sea favorable, pero la resolución denegatoria deberá ser considerada, en todo caso, como acto definitivo, ya que así lo es respecto al particular afectado» . A la luz de esta interpretación, y respecto a la eventual interposición de recurso, Villar Ezcurra entiende que la denegación, en este caso de la solicitud, podía ser susceptible de recurso (hacía mención al recurso de alzada ante el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), abriéndose posteriormente el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa ante una posible desestimación del recurso en vía administrativa(7). Por último, dicha norma establecía el plazo de un mes para su resolución, entendiéndose la existencia de silencio positivo en el caso de que no hubiera recaído resolución expresa. Otorgada la calificación provisional, se extiende el oportuno certificado de calificación

(6) En el caso de que los solicitantes no sean los propietarios de los terrenos acompañarán además la promesa de venta otorgada a su favor o el título que les faculte para construir sobre los mismos.

(7) Véase también, respecto a la consideración de la calificación provisional como acto definitivo o de trámite, consideración importante a efectos de recurso administrativo, Iglesias González (2000: pp. 207); Villar Ezcurra (1981: p. 411); Guillén Navarro (2012: pp. 261-262).

provisional, pudiendo dirigirse el interesado, desde esa fecha, a las Entidades de crédito públicas o privadas en solicitud de concesión de la financiación cualificada.

En cuanto a la calificación definitiva, debemos partir del hecho de que concedida la cédula de calificación provisional se abre el plazo de ejecución de las obras, vinculándose un plazo máximo para ello. Una vez finalizadas las obras, el promotor puede solicitar la calificación definitiva, la cual, es el acto administrativo, previa inspección por la Administración de las obras ejecutadas, que confirma en plenitud la asignación del régimen específico de protección, a partir del cual procederá dar al uso las viviendas construidas, rehabilitadas o las obras de urbanización terminadas. A partir de su otorgamiento comienza el cómputo del plazo de duración del régimen de protección pública y con ello el sometimiento al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y sancionador establecido por la normativa en materia de vivienda que le es aplicable, de ahí su importancia. Con ello puede decirse que la calificación definitiva es el acto administrativo por el que una actuación protegida en materia de vivienda queda incorporada, con efectos plenamente consolidados al régimen de protección pública, y faculta para dar al uso las viviendas.

Por lo que respecta a la solicitud de la calificación definitiva, ésta debe ser acompañada de una serie de documentación como la licencia municipal de obras; el proyecto de ejecución final, visado por el Colegio Oficial de Arquitectos, en donde se recoja con exactitud la totalidad de las obras realizadas; justificación de haberse practicado, en el Registro de la Propiedad, la inscripción de la escritura declarativa de la obra nueva comenzada; certificado del Arquitecto-Director, acreditando que las obras en edificación están terminadas, que las de urbanización y de servicios están en condiciones de utilización, y que todas ellas están recogidas en el proyecto de ejecución final y cumplen con las normas de diseño y calidad establecidas para las viviendas de protección oficial; el que acredite que el edificio está asegurado del riesgo de incendio; los contratos de compraventa, en su caso, suscrito y visados, por la Administración, en los que expresamente se fije el precio de venta que en virtud del compromiso contraído corresponde a cada vivienda; relación de los adquirentes que hayan entregado cantidades a cuenta, junto con los justificantes de las cantidades entregadas y fecha de las entregas realizadas hasta la solicitud de la calificación definitiva así como de la autorización preceptiva para su percepción de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 del D 2114/1968, de 24 de julio (art. 17 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre).

El otorgamiento de la calificación definitiva lleva consigo toda una serie de consecuencias. En concreto, como aspectos más relevantes se

encontraría en de la consolidación plena de la financiación específica que corresponda según el Plan o normativa de aplicación, así como la posibilidad de iniciar los procedimientos de pago de las ayudas públicas correspondientes; la confirmación o reconocimiento de los beneficios fiscales de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Tributaria o en normas autonómicas de aplicación; el comienzo del cómputo del plazo de duración del régimen de protección pública; el sometimiento al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y sancionador establecido por la normativa autonómica o estatal en materia de vivienda que le es aplicable; el hecho de que se posibilite la formalización de la escritura de compraventa, así como la puesta en uso y la ocupación de las viviendas, en los plazos y condiciones establecidos legalmente; la circunstancia de que la cédula de calificación definitiva equivalga a la licencia de primera ocupación, en los supuestos de primera transmisión o cesión de uso de las viviendas. Cabe señalarse que la calificación definitiva, una vez se haya concedido, puede modificarse o anularse, conforme a lo establecido para la revisión de actos en la normativa de régimen jurídico de las administraciones públicas o a través, en su caso, de los correspondientes recursos antes la jurisdicción contencioso administrativa, hecho extraído de la redacción del art 20 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, quedando a salvo la realización de obras de modificación, mejora o reforma de las viviendas a que la calificación definitiva se refiera, en las condiciones establecidas en el artículo ciento dieciocho del Decreto 2114/1968, de veinticuatro de julio, en cuyo supuesto la modificación se llevará a cabo por resolución de la Administración competente previa inspección. Asimismo, las resoluciones administrativas o jurisdiccionales, en virtud de las cuales se modifiquen extremos contenidos en la cédula de calificación definitiva, darán lugar a la rectificación de la misma, mediante diligencia extendida en la propia cédula. Para finalizar, la resolución de calificación definitiva será título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota marginal, la condición de vivienda protegida, con indicación expresa de la fecha de calificación definitiva y del plazo de duración del régimen legal de protección.

En la actualidad, los procesos de calificación utilizados por la normativa autonómica recogen esencialmente la configuración, requisitos y documentación regulada por la legislación de viviendas de protección oficial (véase RD 3148/1978, de 10 de noviembre), con lo que se comprueba que el sistema de calificación, lejos de la evolución de las políticas de vivienda con el surgimiento de diferentes tipologías de viviendas con protección, se mantiene igual en esencial. Este hecho se demuestra por la circunstancia de que el procedimiento de calificación se ha mantenido en líneas generales uniforme desde la legislación de casas baratas a través

de una estructura bifásica: calificación provisional y calificación definitiva, entrando en juego diferentes Administraciones, teniendo en cuenta la evolución competencial.

5. DESCALIFICACIÓN

Otro elemento también esencial en lo relativo al régimen legal de protección es la denominada descalificación, figura que se puede encontrar recogida en la evolución histórica de la normativa sobre actuaciones protegidas. En este sentido, la descalificación supone una causa de extinción del régimen legal de protección que puede adquirir una doble faceta, ya sea voluntaria, si es a petición del propietario y concedida con carácter discrecional por la Administración correspondiente, o bien forzosa, cuando se produce mediante sanción administrativa. En sí, la descalificación conlleva la desvinculación de todos los deberes y obligaciones a las que está sometida la vivienda dada la finalidad social asociada a la misma, pudiéndose solicitar en el caso de la descalificación voluntaria a partir del plazo señalado en la normativa de aplicación para el tipo de vivienda ante el cual nos encontremos con la obligación de devolución de las ayudas públicas recibidas. Un aspecto controvertido es la concesión discrecional de la descalificación por parte de la Administración. Acudiendo a la visión histórica más reciente de esta figura, de la redacción del artículo 147 del D 2114/1968, de 24 de julio, se desprende que el otorgamiento de la descalificación por parte de la Administración reviste un carácter discrecional, hecho que sin duda generaba incertidumbre y, a su vez, como expone el Tribunal Supremo un «control de los hechos determinantes de la potestad administrativa para descalificar o no las viviendas previamente protegidas» [STS de 24 de marzo de 2003 (RJ 3429) en su FJ cuarto]. Sin duda alguna, dentro de los aspectos o principios que deben decidir la descalificación «se erigen como indispensables el cumplimiento de los fines al servicio del bien común y el respeto al ordenamiento jurídico», pero es que además estos principios deben ser completados con el de no perjuicio para terceros, regulado en el artículo 147 del D 2114/1968, o el de causa jurídica más adecuada al fin público, sin que en ningún caso pueda concederse la descalificación para eludir una posible responsabilidad por infracción de la legislación de VPO por actos cometidos antes de solicitar la descalificación.

Si bien el D 2114/1968, de 24 de julio, regulaba esta figura, si se acude al artículo 47 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, se deja clara la desaparición de esta figura tal y como estaba considerada al determinarse

que «calificada definitivamente una vivienda de protección oficial de promoción pública, en ningún caso podrá ser objeto de descalificación». No obstante, en el tránsito a los primeros Planes de vivienda, la figura de la descalificación no aparece referida de manera directa. Con ello, siguiendo a Iglesias González (2010: pp. 356-359) en los Planes de vivienda 1981-1983; 1984-1987; 1988-1992; 1992-1995 y 1996-1999, ha de entenderse que no se establece ningún límite temporal para el ejercicio de la descalificación, aunque con carácter general solo se podrá otorgar si no conlleva perjuicios para terceros, siguiendo con ello la redacción del anteriormente mencionado artículo 147 del D 2114/1968, de 24 de julio. Esta situación cambia en el Plan de vivienda 1998-2001, en donde el artículo 12.4 del RD 1186/1998, de 12 de junio, con la redacción dada por el RD 115/2001, de 9 de febrero, de modificación del anterior, señalaba la exclusión de la descalificación voluntaria a petición de los propietarios hasta transcurridos quince años contados desde la calificación definitiva, periodo que también se mantuvo en el Plan 2002-2005 (art. 10 del RD 1/2002, de 11 de enero). No obstante, de nuevo se produce una variación, esta vez en el Plan 2005-2008, en donde el artículo 5 del RD 801/2005, de 1 de julio, contenía la prohibición expresa de la descalificación voluntaria durante toda la vida útil de la vivienda, exclusión que recoge también en el Plan 2009-2012 (art. 6 del RD 2066/2008, de 12 de diciembre).

Con el Plan de vivienda 2013-2016 se introduce un aspecto interesante en lo referido a la descalificación. Aparte de introducir la posibilidad del cambio de calificación de vivienda protegida en venta, a vivienda protegida en alquiler, y viceversa, la disposición adicional cuarta del RD 233/2013, de 5 de abril, introducía el hecho de que excepcionalmente, durante el plazo máximo de tres años, se pudiera descalificar las viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación y destinadas a la venta, siempre que hubieran transcurrido al menos seis meses desde su calificación definitiva, y concurrieran dos condiciones, sin perjuicio de las que pudieran determinar las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla. En concreto, estas condiciones eran, en primer lugar, que las viviendas hubieran sido sometidas al procedimiento de selección de adquirentes o adjudicatarios correspondientes y haber resultado desierto aquél, como mínimo en un 80 % del total de las viviendas; y, en segundo lugar, hallarse situadas en un ámbito territorial específico en el que pueda acreditarse con datos objetivos y de manera fehaciente, que existen suficientes viviendas procedentes de la promoción libre, de similares características, tamaño y precio, terminadas en los últimos dos años, y sin vender. Lógicamente, la resolución de la descalificación, al igual que la recalificación mencionada, debía acordar lo que correspondiera en relación con la devolución, en su caso, de las ayudas estatales percibidas,

véase la totalidad de las ayudas económicas directas percibidas, el importe de las bonificaciones y de las exenciones tributarias y los intereses legales correspondientes a ambas. Para finalizar, ni el Plan 2018-2021, ni el 2022-2025, hacen mención a la figura de la descalificación. Razón esencial es el hecho del destierro en los mismos de la figura de la vivienda con protección en venta, en beneficio de la apuesta por el alquiler como eje esencial de las nuevas políticas de vivienda públicas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Guillén Navarro, N. A., «La vivienda de protección oficial y su problemática a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista de derecho urbanístico y Medio Ambiente,* número 246, diciembre, 2008, pp. 161-206.

— *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Madrid. Marcial Pons, 2012.

Iglesias González, F., *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*. Elcano (Navarra), Aranzadi editorial, 2000.

Moral Zaragoza, A., *La vivienda social de protección oficial. Régimen legal y administrativo. Innovación jurídico-social sobre la regularización a favor de los «ocupas» de VPO*. Sevilla, ediciones Alfar, 2007.

Muñoz Castillo, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Madrid, Editorial Colex, 2000.

Tejedor Bielsa, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en López Ramón, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*. Madrid. Marcial Pons, 2010.

Villar Ezcurra, J. L., *La protección pública a la vivienda*. Editorial Montecorvo, Madrid. 1981.

C. La vivienda social en España

M.ª Asunción Casabona Berberana
acasabona@aragon.es
Doctora en Derecho. Master en Derecho de la Administración Pública
Funcionaria del Cuerpo de Administradores Superiores del Gobierno de Aragón
Secretaria General Técnica del Departamento de Fomento, Vivienda, Logística y Cohesión Territorial del Gobierno de Aragón

Resumen: *En la actualidad, por diversas circunstancias socio económicas, nos encontramos en España en un escenario de graves dificultades de acceso a la vivienda, que obligan a intervenir a la Administración, más allá de la tradicional figura de la vivienda protegida. La consolidación de un parque de vivienda social, de titularidad de la Administración, puede contribuir a la solución del problema, siempre y cuando su diseño teórico se materialice, y llegue a configurarse como una garantía de vivienda para aquellos segmentos de población más desfavorecidos.*

Palabras clave: *Vivienda social, vivienda protegida, suelo público.*

Abstract: *Currently, due to various socio-economic circumstances, we find ourselves in Spain in a scenario of serious difficulties in accessing housing, which forces the Administration to intervene beyond the traditional figure of protected housing. The consolidation of a social housing park, owned by the*

Administration, can contribute to the solution of the problem, provided that its theoretical design materializes, and becomes configured as a guarantee of housing for those segments of the population that are most disadvantaged.

Keywords: *Social housing, protected housing, public land.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de vivienda social. 2.1 Revisión histórica. 2.2 Régimen jurídico de la vivienda social. 3. Situación del mercado de la vivienda. 3.1 Problemas en el sistema de vivienda protegida. 3.2 Problemas socioeconómicos para el acceso a la vivienda. 4. El suelo para vivienda social. 4.1 Reserva de suelo para vivienda protegida. 4.2 Patrimonio Público de Suelo. 4.3 Suelos dotacionales. 5. Construcción de vivienda social en suelo público. 5.1 Fórmulas de colaboración público-privada. 5.2 Gestión pública del parque de vivienda social. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el reconocimiento en el artículo 47 de la Constitución (CE) del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, el derecho a la vivienda se concibe como un derecho social de carácter prestacional, que exige una acción por parte del Estado para su cumplimiento, como el derecho a la educación, a la protección de la salud, al trabajo, o a la seguridad social.

El derecho a la vivienda no está incluido en la categoría de derechos fundamentales, por no estar recogido entre los artículos 14 a 38 CE[(1)], pero, al igual que aquéllos, debe ser debidamente respetado. En el reconocimiento del artículo 47 CE, podemos ver, a su vez, el de dos derechos: un derecho subjetivo de los españoles a una vivienda digna y adecuada, que puede tutelarse a través de mecanismos muy diversos; y un mandato dirigido a los poderes públicos, con carácter objetivo, indicando cuáles son algunas de las acciones más directamente vinculadas con la consecución de esa finalidad de realización efectiva del derecho a la vivienda.[(2)]

(1) El Tribunal Constitucional, en Sentencia 79/2024, de 21 de mayo (FJ 3), señala: «… *hemos afirmado reiteradamente que el artículo 47 CE no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, ni constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, "sino que enuncia, [como consecuencia de su ubicación constitucional] 'un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos' (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias" (STC 32/2019 de 28 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas)*».

(2) García Rubio, F., 2023, p. 9.

El desarrollo de estos derechos está condicionado por la situación social y económica, a partir del *«boom inmobiliario»,* a finales de los años 90 y primeros 2000, cuando la vivienda libre en propiedad se encareció de tal manera que aumentaron considerablemente las dificultades para acceder a ella entre las clases media y baja.

En este contexto, cuando cada vez más ciudadanos tienen graves problemas para acceder a una vivienda libre, por su elevado precio, y por las dificultades de acceso a la financiación, se revela como absolutamente necesaria la intervención de la Administración, para la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada, que, en su consideración de derecho subjetivo, como apunta López Ramón[3], podría llegar a ser objeto de acción judicial para su exigencia:

Las medidas administrativas para facilitar el acceso a la vivienda en España se remontan a los primeros años del siglo xx, y han girado en torno al concepto de vivienda protegida. En este momento, manteniéndose esa figura, la sociedad está demandando una mayor implicación de los poderes públicos, y es en este contexto donde el concepto de vivienda social asume un nuevo protagonismo.

En este trabajo, de los múltiples aspectos que pueden abordarse al tratar un tema tan amplio, nos centraremos en los antecedentes del actual modelo, en la obtención de suelo idóneo para ese fin, y en los títulos jurídicos a constituir para su construcción.

2. CONCEPTO DE VIVIENDA SOCIAL

2.1 **Revisión histórica**

El planteamiento de la vivienda como una necesidad social, que requiere la intervención del Estado no es reciente, y así, podemos ver la *Ley de 12 de junio de 1911, de Casas Baratas,* fruto de los primeros momentos de la revolución industrial, en los que ya se detectó en las principales ciudades la necesidad de dotar de una estructura habitacional a los trabajadores, anticipando medidas que ahora resultan avanzadas, como la previsión de que las Administraciones Públicas cedieran gratuitamente suelo para construir este tipo de viviendas, o importantes beneficios fiscales[4].

(3) Lopez Ramón, F., 2014: p. 62: *«Estamos ante un derecho subjetivo que puede ser calificado de constitucional al haberse garantizado en la Constitución, pero no de fundamental con el significado que a esta última categoría se da en la misma Constitución (arts. 53.2, 81.1 y 168.1); su efecto esencial, propio de todo derecho subjetivo garantizado en el ordenamiento jurídico, consiste en proporcionar al titular una acción judicial para el reconocimiento del mismo derecho frente a quien –Administración o particular– lo desconozca».*

(4) Artículos 2, 10, 12 y 19 Ley 12 junio 1911.

Según se reconoce en la Exposición de Motivos de la *Ley de 19 de abril de 1939, estableciendo un régimen de protección a la vivienda de renta reducida y creando el Instituto Nacional de la Vivienda, encargado de su aplicación,* la Ley de 1911 promovió, en la práctica, que se constituyeran cooperativas de construcción, que tenían como móvil principal la realización de un negocio, olvidando su fin social, lo que provocó que el Estado gastase cuantiosas sumas en construcciones de muy baja calidad.

Para rectificar esa situación, se pretendió dar facilidades para que determinadas entidades, tanto públicas, como privadas, pudieran encontrar el capital preciso para acometer en gran escala la construcción de viviendas, que se calificarán de *«viviendas protegidas»,* introduciendo este concepto, que llega hasta nuestros días, en el ordenamiento jurídico español.

De acuerdo con el artículo Primero de la Ley de 1939, se trataba de establecer un régimen de protección en favor de las entidades y particulares que construyesen *«viviendas higiénicas, de renta reducida»,* que recibirían el nombre de *«viviendas protegidas»* y su uso y aprovechamiento se sujetaría, asimismo, a los preceptos de esa Ley y de su Reglamento.

La Ley de 1939 fue derogada por la *Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954*, que pretendió sistematizar el régimen de ayudas oficiales en materia de vivienda, centrada, como la anterior, en ayudas a promotores.

El fenómeno social de la emigración desde las zonas rurales a las grandes ciudades, donde la necesidad de vivienda era cada vez más acuciante propició que se dictaran nuevas leyes, como la *Ley 84/1961, de 23 de diciembre sobre el Plan Nacional de la Vivienda para el periodo 1961-1976*, a partir de la cual se incrementó el número de viviendas, pero la mayoría de ellas eran libres, y no de promoción oficial, de modo que no se benefició a las familias con bajos ingresos.

El *Decreto 2131/1963, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Viviendas de Protección Oficial*, incluyó las siguientes cuestiones, que han tenido una influencia directa en el mercado actual de la vivienda:

1) El régimen de protección de las viviendas no se extendía más allá de 50 años (art. 2).

2) La primera misión que se atribuye al Instituto Nacional de la Vivienda (INV), en el apartado a) de su artículo 4 *es «fomentar el concurso de la iniciativa privada en la edificación de toda clase de viviendas».*

3) Se reconoce, en el mismo artículo 4, que el INV pueda adquirir y constituir reservas de terreno para su urbanización y parcelación con destino a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, de conformidad con lo dispuesto en *la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana*

de 12 de mayo de 1956 (LS)[5]*,* previendo expresamente que los solares resultantes podrán ser enajenados. Esto es, con independencia de su origen, esos suelos terminarán en manos privadas.

En esta misma línea, el Real Decreto-Ley 12/1976, de 30 de julio, estableció la categoría de *«vivienda social»*[6]*,* manteniéndose en la idea de que la promoción y construcción de viviendas debían quedar al margen de la actividad pública[7], reconociendo que las normas anteriores habían propiciado una desviación del destinatario de la vivienda social, que acabó en manos de personas de rentas medias y altas, y no de las familias con nivel de renta baja, a pesar de los beneficios concedidos por las sucesivas disposiciones.

Pero, a pesar de estos reconocimientos, durante su vigencia se mantuvo la contradictoria situación que denunciaba en su Exposición de Motivos: había un número importante de viviendas acabadas y no vendidas, mientras que familias de rentas bajas y media carecían de la solvencia necesaria para afrontar la compra de vivienda.

En este contexto, se aprueba el *Real Decreto-Ley 31/1978 de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial desarrollado por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre,* vigente hasta la fecha.

El artículo 1 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, define de este modo la vivienda de protección oficial:

> *«Se entenderá por vivienda de protección oficial la que, destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil máxima de noventa metros cuadrados, cumpla los requisitos establecidos en el presente Real Decreto y en las disposiciones que lo desarrollen, y sea calificada como tal por el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, o por otros Entes públicos territoriales a los que se atribuya esta competencia.»*

Se puede señalar como dato positivo de esta norma que proporcionó un concepto claro de vivienda de protección oficial, favoreciendo la

(5) El artículo 72 LS había previsto que se consiguieran reservas de suelo que quedarían de titularidad pública, para intervenir en el mercado del suelo.

(6) Artículo primero RDL 12/1976: *«Se establece la categoría de "vivienda social", que sustituirá a las definidas en la Ley de Viviendas de Protección Oficial de veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres y disposiciones complementarias, como "viviendas del grupo segundo", incluidas las de construcción directa».*

(7) Exposición de Motivos RDL12/1976*«La presente norma parte del principio de que en una situación normal no debe ser el propio Estado constructor de viviendas. Al Estado le incumbe establecer los instrumentos suficientes de fomento y control para estimular a la iniciativa privada hacia el cumplimiento de una función social y para ejercer una acción de apoyo de las clases más necesitadas, debiendo limitarse la construcción directa a supuestos excepcionales a los que no alcance la iniciativa privada…».*

simplificación de los trámites administrativos, y la regulación independiente de la ayuda económica personal. Asimismo, reconoció que podrían ser promotores de viviendas de protección oficial las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas (art. 7), y anticipó las futuras competencias de las Comunidades Autónomas, reconociendo en su artículo 38 que la promoción pública de viviendas podrá efectuarla el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y *«aquellos Entes púbicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.»*

Coincide en el tiempo la aprobación del Real Decreto 3148/1978 con la CE que, en su artículo 47, ya hemos visto que impone a los poderes públicos la obligación de articular las prestaciones administrativas que proporcionen a los ciudadanos las condiciones para hacer efectivo su derecho a una vivienda digna.

A partir de la asunción, por todas las Comunidades Autónomas de competencia exclusiva en materia de vivienda, cada una de ellas ha ido regulando sus propios mecanismos de intervención pública en materia de vivienda, sin que el Estado se haya desvinculado de esta competencia, como resulta de la STC 152/1988, de 20 de julio, en la que se justifica que, dentro de la competencia estatal para la dirección de la actividad económica general *«tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos»* (FJ 2), razonamiento que el Tribunal estima aplicable al sector de la vivienda.

De hecho, a esta Sentencia se refiere el Preámbulo de la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda* (LDV), para considerar que avala el esquema de *«concurrencia competencial»,* que legitima al Estado para regular en materia de vivienda, sin perjuicio de las competencias autonómicas.

2.2 **Régimen jurídico de la vivienda social**

En la referencia histórica del apartado anterior, hemos visto que las facultades de intervención de los poderes públicos en la vivienda, se han concretado a través del concepto de *«vivienda protegida»,* orientada a la propiedad privada bonificada con ayudas públicas.

En el sistema de vivienda español, la vivienda social ha estado tradicionalmente asociada a la propiedad y no a los mercados de alquiler, ya san públicos o privados[8].

(8) Pareja Eastaway, M., y Sánchez Martínez, T., 2016: p. 383.

España, con un escaso 2 %, tiene uno de los parques de vivienda social en alquiler más bajo de la Unión Europea, lo que para autores como Lambea Llop,[9] puede explicarse básicamente por la tendencia de las políticas públicas de las últimas décadas a fomentar el acceso a la propiedad, mediante un fácil acceso a financiación, incentivos fiscales, etc., que ha dificultado la creación de un parque significativo y suficiente de vivienda social de alquiler.

Frente al sistema tradicional de vivienda protegida subvencionada en propiedad, la vivienda social evoluciona hacia un concepto caracterizado por su titularidad pública y por su destino a formas de tenencia temporal, normalmente el alquiler.

A través de la vivienda social, el poder público asume su deber de proporcionar vivienda a quienes no pueden obtenerla en el mercado[10].

Desde el punto de vista normativo, el artículo 3 f) de la LDV[11] configura la vivienda social, como un tipo de vivienda protegida, junto con la vivienda protegida de precio limitado. La definición que se hace en ese artículo de vivienda social es la siguiente:

> *«Vivienda social: la vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También será considerada vivienda social aquella cuyo suelo sea de titularidad pública sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente.*
>
> *La vivienda social podrá desarrollarse sobre terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público. La vivienda social podrá gestionarse de manera directa por las administraciones públicas o entidades dependientes, por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, o a través de fórmulas de colaboración público-privada, que sean compatibles con el carácter de la misma.*
>
> *Podrá tener la consideración de vivienda social de emergencia aquella vivienda social que esté destinada a atender situaciones de emergencia, ofreciendo solución habitacional a corto plazo y de forma temporal, con carácter universal y hasta que se provea de una vivienda alternativa permanente, a personas y familias en situación*

(9) Lambea Llop, N., 2018: pp. 405-406.

(10) López Ramón, F., 2014: p. 70.

(11) Exposición de motivos LDV: *El parque de vivienda social está integrado por el conjunto de viviendas sobre suelo de titularidad pública, destinado al alquiler, cesión u otras formas de tenencia temporal, orientado, de manera prioritaria, a atender las necesidades de los sectores de población con mayores dificultades de acceso a la vivienda.*

de pérdida o imposibilidad para acceder a una vivienda adecuada, independientemente de las condiciones documentales y administrativas de las personas afectadas.»

De esta regulación resulta la clasificación de la vivienda protegida en dos categorías:

1.º Vivienda social, de titularidad pública.
2.º Vivienda protegida de precio limitado, de titularidad pública o privada.

Según su definición, la vivienda social en España está destinada *a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado.* No se precisa en la norma el tipo de dificultades que justificar*ía* el derecho a acceder a una vivienda social. En cualquier caso, es un concepto lo suficientemente amplio para abarcar distintas situaciones, y no lo entendemos referido solo a aquellos sectores de la población especialmente desfavorecidos, sino que también debe incluir a sectores no marginales demandantes de este tipo de vivienda, en línea con la Resolución de 21 de junio de 2021 (apartado 52), del Parlamento Europeo, según la cual:

«… una definición restringida de vivienda social limitándola únicamente a "vivienda para ciudadanos desfavorecidos o grupos socialmente menos favorecidos, que debido a las limitaciones de solvencia no pueden obtener vivienda en las condiciones del mercado" es restrictiva y obstaculiza la capacidad de los Estados miembros a la hora de definir sus SIEG y los servicios de interés general.»

A partir de aquí, analizaremos los motivos que justifican el cambio en el legislador hacía fórmulas que impulsan la titularidad pública de la vivienda para facilitar su acceso a amplios segmentos de población, no necesariamente marginales.

3. SITUACIÓN DEL MERCADO DE LA VIVIENDA

3.1 **Problemas en el sistema de vivienda protegida**

Si se está evidenciando la necesidad de que la Administración intervenga en el mercado mediante la vivienda social, deberemos detenernos en las causas que motivan esa necesidad.

En aplicación de la normativa del siglo XX antes referida, la actividad urbanizadora y constructora en España ha estado tradicionalmente en manos de operadores privados, fomentada a través de incentivos y ayudas fiscales para el acceso a la vivienda en propiedad, y no se ha impedido la descalificación de la vivienda protegida para que entrase en el mercado libre.(12)

Sin perjuicio de otros factores sociales y económicos, la situación actual del mercado de la vivienda está especialmente condicionada porque el sistema legal, durante muchos años, ha favorecido una importante inversión pública en vivienda, que ha terminado en manos privadas. De una manera muy gráfica Férnandez Fernández, G. R, ve en esa circunstancia el «*alien destructor*» del sistema, que ha posibilitado *«el espurio despilfarro de unos ingentes activos sociales que de haber permanecido como públicos, habrían paliado sustancialmente el eterno problema de la vivienda en España que aún subsiste»*(13)

En el mercado libre de la vivienda hay una mayor dificultad de acceso, en buena medida motivada por la brecha que se abre entre los precios al alza de la vivienda y los salarios que, para algunos sectores de población, en particular los más jóvenes, no resultan suficientes para la compra.(14)

En esta situación, la opción más lógica es acudir al arrendamiento. La tendencia a vivir en régimen de alquiler se ha incrementado en los 10 últimos años(15), pero, a pesar del incremento, en ese mercado, tampoco las cosas son mucho más fáciles.

Con carácter general, podemos distinguir dos grandes grupos de propietarios de vivienda en alquiler, bien potentes fondos económicos y grandes

---

(12) En el caso de Aragón, el artículo 13 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, dispone: *«El régimen de protección de las actuaciones de vivienda se extinguirá por alguna de las siguientes causas: a) Por el transcurso del tiempo de duración del régimen legal de protección, que será de treinta años desde su calificación definitiva o, en su caso, el tiempo superior que pudiera establecerse para concretas modalidades de actuación protegida…».*

(13) Fernández Fernández, G. R., 2021: p. 3.

(14) Son numerosos los informes e indicadores económicos que ponen de manifiesto la discordancia entre los salarios y los precios de la vivienda. Según informe de abril de 2024, presentado por el portal inmobiliario Fotocasa e Infojobs, en 2023 en España los sueldos aumentaron 1,6%, mientras que el precio de la vivienda de segunda mano subió un 7,4%, señalando que: *«En 2023 el precio de la vivienda en venta en España cerró con un incremento anual del 7,4% y situó el precio en diciembre en 2.203 euros/m². Esto supone que, teniendo en cuenta el salario bruto medio registrado por InfoJobs, que en 2023 fue de 26.245 euros (2.187 euros brutos mensuales si lo dividimos en 12 pagas); los españoles tienen que dedicar 6,7 años de su salario íntegro (81 meses) al pago de la hipoteca de una vivienda de 80 metros cuadrados.(*https://s36360.pcdn.co/wp-content/uploads/2024/04/NdP-Espana-Analisis-salarios-Precios-compra-vivienda-2023-FC-IJ.pdf. Consultado 21 agosto 2024).

(15) Según la encuesta de Características Esenciales de la Población y Viviendas (ECEPOV) Año 2021. Instituto Nacional de Estadística, el 15,9% de los hogares en España a 1 de julio de 2021 residía en una vivienda de alquiler, porcentaje que supera en 2,4 puntos al del censo de 2011, que fue del 13,5% (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177092&menu=ultiDatos&idp=1254735572981. Consultado 21 agosto 2024).

tenedores que están en condiciones de establecer los precios según su interés[16], bien pequeños propietarios-inversores, entre los que se está extendiendo una situación de inseguridad, por riesgos de ocupación irregular, o por situaciones de insolvencia de los inquilinos, que hace que cada vez sean más los que deciden no alquilar sus viviendas, o exigir a sus inquilinos unas garantías, mediante pagos previos, que retraen el mercado y hacen que haya menos viviendas en alquiler, con el consiguiente aumento de los precios.[17]

3.2 **Problemas socio-económicos para el acceso a la vivienda**

La retracción del mercado determina la escasez de vivienda disponible, a pesar de que hay suficiente vivienda construida.

Lo que podemos denominar *«problema de la vivienda»,* no ocurre solo en España, aunque aquí tenga unas notas más agravadas, sobre todo por la falta de viviendas públicas, sino que es un problema de ámbito europeo, sobre el que se ha pronunciado la Unión Europea.

Resulta especialmente reveladora la *Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos,* en cuya parte expositiva, se hacen afirmaciones que dan cuenta de la gravedad, como que el 9,6 % de la población de la Europa de los Veintisiete vive en hogares que destinan a la vivienda el 40 % o más de su renta disponible equivalente; que la inversión pública en vivienda social ha disminuido en los últimos años; considerando que el gasto en vivienda social (transferencias y capital) de los gobiernos representa únicamente el 0,66 % del PIB europeo, lo cual se sitúa por debajo de los niveles históricos recientes y representa una tendencia a la baja; o que un 10,3 % de los habitantes de la Unión viven abrumados por el gasto en vivienda, lo que lleva a pedir a la Comisión y a los Estados miembros la adopción de medidas en las siguientes líneas:

– Lograr una vivienda adecuada, eficiente desde el punto de vista energético y salubre.

---

(16) Fernández Fernández, G. R., 2020, p. 1 advierte sobre la vivienda en alquiler que *«se encuentra, en su mayor parte, en manos de potentes fondos de inversión y de grandes tenedores»,* lo cual *«ha generado una desaforada burbuja en el mercado del arrendamiento que vuelve a imposibilitar la satisfacción del derecho a la vivienda, lo que exige de manera perentoria la adopción de explícitas medidas e intencionadas políticas públicas paliativas aplicables con carácter inmediato».*

(17) Según datos del Portal Inmobiliario Idealista entre julio de 2023 y julio de 2024, el precio medio de los alquileres se ha incrementado un 10,4 %, pasando de 11,9 €/m^2 a 13,1 €/m^2 (https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/08/01/818888-el-precio-del-alquiler-sube-un-10-4-interanual-en-julio. Consultado 21 agosto 2024).

– Luchar contra el problema de las personas sin hogar y contra la discriminación.

– Conseguir un enfoque integrado en materia de vivienda social, pública y asequible a escala de la Unión.

– Garantizar la seguridad de la tenencia y unos mercados de vivienda inclusivos.

– Invertir en viviendas sociales, públicas, asequibles y eficientes desde el punto de vista energético.

En este escenario, con amplios segmentos de población con graves problemas de acceso a la vivienda, tanto en régimen de propiedad como de alquiler, y tanto libre como protegida, las Administraciones Públicas están obligadas a reaccionar para garantizar la efectividad del derecho constitucional a una vivienda digna.

Cómo punto de partida para analizar las medidas que, en ese sentido, pueden adoptar los poderes públicos, nos centraremos, en cuanto factor determinante, en el régimen jurídico del suelo donde se debe construir el parque de vivienda social.

Es un lugar común que una buena política de vivienda pasa por una buena política de suelo, porque, tal y como señala Vaquer Caballería[18], en la medida en que el urbanismo ordena espacialmente las diversas necesidades sociales y económicas de utilización del suelo, puede sin duda atender también a las necesidades de vivienda asequible y disponer sus técnicas al servicio de la política de vivienda, del mismo modo que lo hace al servicio de la política industrial, comercial, social o educativa, por ejemplo. Al tratar la regulación del suelo en relación con la vivienda social, analizaremos la forma en que las reservas y la atribución de suelo público afectan a la política de vivienda que ejercen las Administraciones.

4. EL SUELO PARA VIVIENDA SOCIAL

4.1 **Reserva de suelo para vivienda protegida**

De acuerdo con el artículo 20.1 b), del *texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre* (TRLSRU) las Administraciones Públicas tienen obligación de reservar suelo para la construcción de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública. La reserva será al menos de los

(18) Vaquer Caballería, M., 2023: p. 11.

terrenos necesarios para realizar el 40 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización, y el 20 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización. (19)

El artículo 15.1 LDV dispone que esta reserva solo podrá modificarse excepcionalmente, y dispone que al menos el 50 % se destinará a vivienda sujeta a algún régimen de protección pública de alquiler.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 TRLSRU, entre los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, se encuentra el de entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, el cual, con carácter general, no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento. (20)

Esta obligación se puede materializar, y, de hecho debería ser lo habitual, con la entrega a la Administración de suelos de reserva para vivienda protegida, de modo que, de actuaciones de transformación urbanística, resultará patrimonio público de suelo afecto a esa finalidad. (21)

---

(19) El Tribunal Constitucional, en Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la reserva de suelo para vivienda protegida en una norma estatal, en relación con el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, que establecía esa reserva en un 30 %, reconociendo la competencia del Estado: «*… es indudable que la reserva mínima de un 30 por ciento del suelo residencial de las actuaciones de urbanización es una línea directriz o criterio global de ordenación, que se basa en la idea de que las viviendas protegidas han de actuar como factor regulador del mercado de la vivienda, persiguiendo la consecución en este ámbito de ciertos objetivos, económicos y sociales; señaladamente, el garantizar el acceso de ciertas capas de la población a una vivienda digna y lograr una moderación o contención de precios, especialmente en los periodos alcistas del ciclo económico, asegurando la existencia de una oferta de viviendas de protección pública que limite y compita con la oferta de vivienda libre. Se trata, por tanto, de una medida normativa que tiene una incidencia clara en la actividad económica. Esta regulación encuentra cobertura, por tanto, en las competencias estatales ex artículo 149.1.13 CE, sin que con ello se produzca invasión alguna de las competencias autonómicas*».

(20) En el caso de Aragón, ese porcentaje es del 10 %, conforme al artículo 127 del *texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón* (TRLUA).

(21) El artículo 15.1 e) LDV establece la obligatoriedad de esa vinculación en el caso de zonas de mercado residencial tensionado: «*el suelo obtenido en cumplimiento del deber regulado por la letra b) del apartado 1 del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, deberá destinarse necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales, y no podrá sustituirse por ningún otro uso público o de interés social ni por otras formas de cumplimiento del deber, salvo que se acredite la necesidad de destinarlo a otros usos de interés social*».

4.2 **Patrimonio Público de Suelo**

En la Ley del Suelo de 1956, ya se prevé la creación de un «Patrimonio Municipal del Suelo», como elemento de refuerzo contra la especulación[22], y, en esta línea siguió el legislador, previendo que este Patrimonio se destine a la construcción de viviendas de protección oficial u otras finalidades de interés social[23]. En la actualidad, los legisladores autonómicos mantienen la constitución de ese patrimonio, y su destino[24].

De acuerdo con lo anterior, desde la referida norma, está previsto que las Administraciones Públicas, inicialmente solo la municipal, y posteriormente también la autonómica, dispongan de suelo para desarrollar una política de vivienda protegida, con el fin, marcado desde su origen, de frenar la especulación.

La razón principal para que no se haya conseguido este objetivo, la encontramos, en su propia configuración, y, de nuevo, cómo hemos visto en el caso de la vivienda protegida, por el hecho de que los terrenos que forman estos patrimonios públicos de suelo, no han sido excluidos del mercado, y es posible su enajenación, tal y como apunta Gonzalez-Varas[25]:

> *«Una característica de dicho patrimonio municipal del suelo, que deriva de la doble calificación de los bienes que integran el patrimonio municipal del suelo, como patrimonio separado y como bienes patrimoniales, es que tales bienes son enajenables, como corresponde a su finalidad de intervenir en el mercado del suelo, sin que sea precisa la previa desafectación de los mismos a un servicio o uso público, ya que*

(22) Exposición de Motivos de la LS, se señala que: «*… la formación e incremento del "Patrimonio municipal de suelo"… podrá significar un considerable refuerzo centra la especulación.»,* y en su artículo 72.2 se dispone que este Patrimonio: «*tendrá por finalidad prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones, y se adscribirá a la gestión urbanística para la inmediata preparación y enajenación de solares edificables y reserva de terrenos de futura utilización».*

(23) Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 25 de julio. sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo: «*… los terrenos integrados en estos patrimonios quedan vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial u otras finalidades de interés* social, pues no sería justo ni coherente con el contenido del artículo 47 de la Constitución que las Entidades locales utilizasen los terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas. contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas».

(24) En el caso de Aragón, el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón (TRLUA), dispone, en su artículo 105.1: «*Los patrimonios públicos de suelo deberán gestionarse con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística y posibilitar iniciativas de interés público o social que comporten la generación de empleo y actividad económica en el marco establecido por esta Ley y por la normativa básica estatal».*

(25) González-Varas Ibañez, S., 2023: p. 6.

la enajenación se hace precisamente por razón de su propio fin y no para apartarse del mismo».

Sin perjuicio de que los ingresos de esas ventas sean finalistas, para su destino a fines propios del patrimonio público de suelo, esto no evita que los suelos, inicialmente patrimonio público, puedan llegar, mediante su enajenación, al mercado privado.(26) En cualquier caso, las parcelas que, integradas en ese patrimonio, formen parte de la reserva de vivienda protegida, estarán sometidas a las restricciones sobre su uso que resultan del artículo 15 LDV.

4.3 **Suelos dotacionales**

El patrimonio público de suelo no es el único del que disponen las Administraciones Públicas como idóneo para la vivienda social. Además de los que pueda adquirir por cualquier título jurídico, debemos referirnos, en particular a los llamados suelos dotacionales, destinados a usos y servicios públicos, obtenidos por cesión obligatoria y gratuita(27).

Se trata de suelos planificados urbanísticamente para albergar servicios públicos educativos, sanitarios, asistenciales, etc., bolsas de suelo demanial, inalienables, dispuestas para unas instalaciones públicas que, con más frecuencia de la deseada, se han manifestado innecesarios, generando un excedente de suelo público, que no se ha construido, bien por una defectuosa planificación, bien por falta de inversión de las Administraciones correspondientes. Se trataría de una gran cantidad de suelo público que, hasta ahora se mantendría sorprendente y totalmente desaprovechado(28)

La LDV introduce una importante y relevante novedad, que es hacer compatible esos usos dotacionales con la construcción de viviendas. En concreto, según su artículo 15.1 a), con la finalidad de ampliar la oferta de vivienda social o dotacional, los instrumentos de ordenación territorial y urbanística podrán establecer como uso compatible de los suelos dotacionales, el destinado a la construcción de viviendas dotacionales públicas,

---

(26) Siguiendo con el caso de Aragón, el artículo 105 TRLUA reconoce que los patrimonios públicos de suelo, además de a vivienda protegida, se podrán destinar a otras finalidades que no están vinculadas con la vivienda, como la protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, u otras finalidades genéricas de interés social, cómo obras de urbanización; obtención y ejecución de dotaciones locales; construcción o rehabilitación de equipamientos públicos; actuaciones de iniciativa pública de rehabilitación urbana y dación en pago de indemnizaciones o de justiprecios por actuaciones urbanísticas.

(27) Artículo 189 TRLUA: «*Los terrenos destinados por el planeamiento al establecimiento de dotaciones locales fuera del suelo urbano consolidado se obtendrán mediante cesión obligatoria y gratuita derivada de la gestión sistemática de las unidades de ejecución continuas o discontinuas en que se incluyan*».

(28) Fernández Fernández, G. R., 2020: p. 5.

que se configuran como un tipo de vivienda social definido por el suelo en el que se ubican.[29]

En definitiva, de la política de suelo resulta que la Administración, y, en particular la Administración Local, en su condición de Administración actuante en los procedimientos urbanísticos, deviene propietaria:

a) de parcelas destinadas a usos dotacionales que pueden resultar compatibles con vivienda social dotacional.
b) de parcelas integradas en el patrimonio público de suelo, en las que se debería materializar la reserva de vivienda protegida.

Una vez que se dispone del suelo, el paso siguiente es el de la construcción en esas parcelas públicas de vivienda social, para lo cual la Administración puede acudir a fórmulas de colaboración público-privada, o promover directamente la construcción.

5. CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA SOCIAL EN SUELO PÚBLICO

5.1 **Fórmulas de colaboración público-privada**

Las fórmulas de colaboración público-privada implican la constitución de derechos sobre el patrimonio público:

a) derechos de concesión, si los suelos tienen naturaleza demanial. Este será el caso de los suelos dotacionales, previstos para la instalación en ellos de servicios públicos.
b) derechos de superficie, si los suelos tienen naturaleza patrimonial. Este será el caso de los patrimonios públicos de suelo, previstos para intervenir en el mercado del suelo.

La constitución de derechos de concesión, está regulada en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas, tiene como presupuesto

(29) En Aragón, el Decreto 128/2024, de 17 de julio, ha aprobado la Directriz Especial de Viviendas Dotacionales Públicas, que tiene por objeto *«regular las condiciones mediante las que suelos de titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón, y de las administraciones locales de su ámbito territorial, así como de sus respectivos organismos públicos, entidades de derecho público vinculados o dependientes y sociedades instrumentales, que actualmente estén calificados para su destino a usos de equipamientos, puedan ser puestos a disposición de programas de promoción de vivienda pública dotacional, mediante la declaración de la correspondiente compatibilidad de usos».*

necesario la naturaleza demanial del bien sobre el que se constituye, y se trata de un derecho de carácter temporal, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

A este respecto, puede debatirse sobre si la convocatoria por parte de las Administraciones Públicas de un procedimiento de pública concurrencia para la construcción y posterior explotación de viviendas sociales en suelo público es un contrato de concesión de servicios, de los regulados en la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (LCSP), o, por el contrario, si se trata de una concesión regulada por la normativa patrimonial.

La opción que parece más defendible es esta última, considerando que la construcción de viviendas no puede considerarse la ejecución de una obra pública, sino que el objeto del contrato es facilitar el acceso a una vivienda, en el ámbito de la actividad de fomento y promoción que corresponde a la Administración, de tal manera que, a través de la vía de la concesión, lo que se haría es valorizar el patrimonio público, mediante un contrato regulado por la normativa patrimonial, excluido de la LCSP de acuerdo con su artículo 9.1 (30).

En el caso de que el suelo donde se vayan a construir las viviendas tuviera la condición de dominio privado, la opción para la construcción de viviendas a través de un sujeto privado, será la constitución de un derecho real de superficie, que supone la separación de la titularidad del suelo, que se mantendrá público y lo construido, que pertenecerá en pleno dominio al superficiario durante el tiempo de duración del derecho de superficie.

Tanto en la concesión, como en el derecho de superficie, el concesionario y el superficiario son titulares de un derecho real sobre la construido en suelo público, que los hace propietarios de lo construido, mientras duren

(30) En este sentido, podemos ver la Sentencia 306/2022, de 15 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que, en relación con la calificación de la actividad que constituye la instalación de un mercado navideño en la vía pública, planteando si se trata de una actividad de gestión de patrimonio o, un contrato de servicios, concluye (FD Cuarto)que: *«En el presente supuesto no estamos ante un servicio público, una actividad prestacional por parte de la Administración, sin perjuicio, como decíamos, del interés público que pueda tener la organización de un evento o atracción de estas características.*

Así pues, el Ayuntamiento autoriza el uso privativo de un bien demanial para el ejercicio privado de una concreta actividad que autoriza en términos identificables a causa de las condiciones de ejercicio que fija, al igual que hace en otro tipo de actividades, como puede ser el caso de licencias de veladores. El interés público que justifica la intervención administrativa, no es la gestión de un servicio público, sino la gestión del patrimonio demanial y el ejercicio y autorización de una actividad regulada o que ha de regular.»

estos derechos[31]. A su extinción, la Administración adquirirá la propiedad de lo construido, en ambos casos.

El artículo 3 LDV, califica expresamente de vivienda social *«aquella cuyo suelo sea de titularidad pública sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente».* Esto implica que, sin perjuicio de que la propiedad de las viviendas sea privada durante el tiempo de duración de esos derechos, la LDV establece límites a las facultades de disposición de los propietarios, pues, solo se podrán disponer de ellas mediante fórmulas de tenencia temporal, normalmente arrendamientos.

5.2 **Gestión pública del parque de vivienda social**

Además de a través de la colaboración público-privada, nos podemos situar también en el escenario de que la Administración haya construido en suelo de su titularidad, por cualquier título jurídico, y sea propietaria de las viviendas que está en condiciones de gestionar como vivienda social.

Debemos tener presentes los problemas que supone para cualquier Administración gestionar un parque público de vivienda social, con incidencias diarias sobre conservación, mantenimiento, pago de impuestos, cobro de alquileres, ocupaciones irregulares, etc… Por ello, lo habitual es que se creen entes instrumentales, sociedades mercantiles u organismos públicos a los que se encomienda esta tarea.

Está generalizado entre las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos la constitución de entes de este tipo. Como ejemplo podemos ver el caso «Suelo y Vivienda de Aragón, S. L. U», creada mediante Decreto 295/2001, de 6 de noviembre, cuyos estatutos sociales incluyen el siguiente objeto:

> *«Servir como instrumento para la ejecución de las políticas establecidas por el Gobierno de Aragón para hacer efectivo el derecho a la Vivienda reconocido por el artículo 47 de la Constitución y 27 del Estatuto de Autonomía de Aragón, colaborando con las Administraciones*

(31) Artículo 97 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas: *«El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario».*

Artículo 53.1 Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: *«El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas».*

Públicas Aragonesas en la ejecución de acciones destinadas a la provisión de vivienda, en régimen de propiedad o alquiler, a las familias, ciudadanos o colectivos que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad, todo ello de acuerdo con lo que en cada momento se establezcan por las normas estatales o de la Comunidad Autónoma de Aragón que resulten de aplicación.»

Este tipo de entes están específicamente creados por las Administraciones Públicas para gestionar prioritariamente vivienda social, por lo que el correcto desempeño de sus funciones va a resultar clave en la efectividad de las políticas que se van a desarrollar en los próximos años.

Por último, dentro de las formas de gestión directa, en cuanto está integrada también como parte de las Administraciones Públicas, por indicación de EUROSTAT[32], podemos referirnos también a la «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria» (SAREB). Esta sociedad, por su volumen de activos, tanto de suelo como de vivienda, puede favorecer la puesta en el mercado de viviendas, que alivien la situación actual, y, de hecho, en la modificación de sus estatutos, mediante Decreto-ley 1/2022, se ha incluido entre sus objetivos el de la utilidad social[33].

En definitiva, una aportación más para que, tanto los agentes sociales, como las Administraciones Públicas sean capaces de garantizar que, ante situaciones de necesidad, los ciudadanos con mayores dificultades para acceder a una residencia, van a tener acceso a una en la que materializar su derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Fernández, G. R., «Viviendas dotacionales: un nuevo modelo de alojamiento residencial en alquiler social», *Revista Práctica Urbanística*, núm. 164, 2020, pp. 1-10.

(32) Así resulta del Real Decreto Ley 1/2022, de 18 de enero.

(33) Los efectos de la inclusión de la utilidad social en el objetivo de SAREB se reflejan en su informe de actividades de 2023: *«El ejercicio 2023 ha estado marcado por la consolidación del negocio social. Al cierre del ejercicio 2023, un 99 % de la totalidad de las viviendas ocupadas y que son propiedad de Sareb, en las cuales se han identificado indicios de vulnerabilidad, se encuentran con un contrato de alquiler social o con un plan de actuación definido. En términos de volumen de actividad, durante el ejercicio 2023 la Compañía ha logrado firmar 3.685 nuevos contratos de alquiler social e incorporar a 3.021 familias (9.221 personas) como parte del Programa de Acompañamiento de Sareb. A 31 de diciembre de 2023, 2.525 personas están adheridas al Programa de Inserción Laboral, habiendo logrado con éxito la formalización de 93 contratos de trabajo. Con esta actividad, a 31 de diciembre de 2023 había un total de 5.292 contratos de alquiler social firmados, a los que hay que añadir otros 1.023 contratos ya aprobados, pendientes de formalizar».*

Fernández Fernández, G. R.,«¡¡Vivienda pública en alquiler, ya¡¡», *Revista Práctica Urbanística,* núm. 173, 2021, pp. 1-11.

García Rubio, F., «La Ley por el derecho a la vivienda. Buenas intenciones y mala plasmación de un desarrollo del derecho constitucional a la vivienda olvidando otros derechos», *Revista* de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente núm. 365, 2023, pp. 97-174.

González-Varas Ibañez, S., «Patrimonios municipales de suelo y vivienda protegida», *Revista de Urbanismo,* Lefevbre, 2023, núm. 115.

Lambea Llop, N., «La gestión de la vivienda en alquiler social desde una perspectiva comparada», en «Reformando las tenencias de la vivienda: un hogar para tod@s», 2018, pp. 405-426.

López Ramón, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constituciona,.* núm. 102. 2014, Pinas 49-91.

Pareja Eastaway, M., y Sánchez Martínez, T., «El alquiler privado como vivienda social en España», en *Revista. «Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales»,* núm. 189, 2016 pp. 383-397, disponible en https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/149218/1/662611.pdf.

Vaquer Caballería, M., «El derecho a la vivienda como función social de la propiedad y su relación con la libertad de empresa: vivienda social, uso turístico y zonas de mercado residencial tensionado», *Revista Práctica Urbanística,* núm. 1, 2023, pp. 1-24.

XVII

POLÍTICA DE VIVIENDA Y URBANISMO

A. Planeamiento urbanístico y vivienda

Marcos Vaquer Caballería
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: *Existe una conexión íntima entre suelo y vivienda, que el urbanismo debería ordenar al servicio del interés general. Sin embargo, en España ha habido desencuentros históricos entre ambos. En este estudio, se expone brevemente la evolución del marco legal sobre suelo y vivienda y se describen algunos de los problemas técnicos que ha planteado la ordenación urbanística de los usos del suelo residencial por el planeamiento.*

Palabras clave: *Urbanismo, vivienda, vivienda protegida, vivienda dotacional.*

Abstract: *There is an intimate connection between land and housing, which urban planning should manage at the service of the general interest. However, in Spain there have been historical disagreements between the two. In this study, the evolution of the legal framework on land and housing is briefly explained and some of the technical problems that have arisen in the urban planning of residential land are described.*

Keywords: *Urban planning, housing, social housing.*

Sumario: 1. Suelo, vivienda y ciudad. Su composición mediante el urbanismo. 2. El desencuentro histórico entre urbanismo y vivienda y los esfuerzos legislativos recientes para su resintonización. En particular, la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y la Ley por el Derecho a la Vivienda. 3. Algunos problemas de la planificación urbanística del suelo residencial. 3.1 La vivienda en el suelo rústico o no urbanizable. 3.2 La calificación de suelo para vivienda protegida. 3.3 La calificación de suelo para vivienda dotacional. 3.4 La zonificación de la llamada «vivienda turística». 3.5 La recalificación de suelo para usos residenciales. Bibliografía.

1. SUELO, VIVIENDA Y CIUDAD. SU COMPOSICIÓN MEDIANTE EL URBANISMO

El suelo, la vivienda y la ciudad son tres bienes íntimamente relacionados. Esta relación esencial puede expresarse axiomáticamente así: sin suelo no hay vivienda, sin vivienda no hay ciudad.

El suelo es un recurso natural, escaso y no renovable. Un recurso esencial, además, para el ser humano, que lo transforma para utilizarlo como hábitat mediante la urbanización y/o la edificación.

La vivienda es uno de los diversos usos de la edificación –y por ende, del suelo sobre el que se levanta– pero no uno cualquiera, sino acaso el más relevante, porque es el que asienta a la población, determinando o, al menos, condicionando las restantes ocupaciones del suelo para atender a las necesidades (ocupacionales, de movilidad, educativas, deportivas, de ocio…) de dicha población.

Como hábitat o medio de las personas, la vivienda es un territorio privativo inserto en territorios más amplios. Forma parte del medio urbano o rural en el que no solo se sitúa, sino del que también se provee (movilidad viaria, suministro de agua, luz, telecomunicaciones y otros servicios básicos, etc.) y al que está esencialmente vinculado. Por eso el derecho a la vivienda figura en el bloque ambiental de la Constitución (arts. 45, 46 y 47 CE), que aborda conjuntamente en el mismo precepto el derecho a la vivienda y la regulación del uso del suelo [1]. Y por la misma razón el *derecho a la vivienda* suele ser reforzado últimamente con la afirmación de un

(1) A su vez, el artículo 148.1.3.ª CE trata a la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda como una misma materia competencial. La misma comunión entre suelo y vivienda se observa en los artículos 149.5 del Estatuto de Cataluña y 56.3 del de Andalucía, por ejemplo, que incluyen en la competencia de urbanismo (no en la de vivienda) «la política de suelo *y vivienda*» o «la regulación de los patrimonios públicos de suelo *y vivienda*» (las cursivas son mías). En Portugal, el artículo 65 de la Constitución reúne asimismo a la vivienda y el urbanismo.

derecho a la ciudad[2]. Pues como advirtió Ildefonso Cerdá de forma tan elegante como sencilla: la urbe es «un conjunto de habitaciones enlazadas por una economía viaria», donde la casa es «la urbe elemental»[3].

La ciudad es la forma de asentamiento humano más intensiva y compleja[4]. Estas características de la urbe o aglomeración urbana demandan la urbanización del suelo, pero no cualquier urbanización conforma una ciudad, como hábitat y espacio de convivencia y de interacción de la ciudadanía. Y como la población se concentra cada vez más en las ciudades, en ellas suelen concentrarse asimismo la necesidad, la escasez y la carestía de la vivienda.

El urbanismo debería ser la ecuación que combina las tres variables citadas –suelo, vivienda, ciudad– al servicio del interés general. Porque el urbanismo es la política pública que se ocupa de la ordenación de los usos del suelo. De esta función genérica se deriva lógicamente otra más específica de gobierno de los procesos de urbanización y edificación –residenciales o no– que incluye a su vez la ordenación de la formación, la dotación y la renovación de las ciudades y los demás núcleos de población.

2. EL DESENCUENTRO HISTÓRICO ENTRE URBANISMO Y VIVIENDA Y LOS ESFUERZOS LEGISLATIVOS RECIENTES PARA SU RESINTONIZACIÓN. EN PARTICULAR, LA LEY DE SUELO Y REHABILITACIÓN URBANA Y LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Bien puede decirse que los problemas de vivienda han ejercido una notable influencia en el nacimiento y el desarrollo del urbanismo, tanto científico como normativo. La primera legislación de ensanche y reforma interior perseguía resolver los problemas de vivienda y salud pública de la creciente población urbana que la industrialización hacinaba en las ciudades (García de Enterría y Parejo, 1981, pp. 43-44, 50-51). Y la generación seminal de leyes urbanísticas aprobadas en Europa tras la segunda guerra

(2) Sobre esta relación, Vaquer, *Asamblea*, pp. 121-154.

(3) Cerdá, 1867, pp. 404-407. Desde entonces, el urbanismo viene reconociendo la centralidad de la vivienda. En las palabras de Jornet (*CyTET*, p. 749), «la vivienda es, sin duda, el ingrediente básico de la ciudad y la razón de ser de la misma». Desde una perspectiva jurídica, sobre las conexiones entre urbanismo y vivienda, pueden verse el trabajo seminal de Bassols, *RDU*; Ponce y Sibina, 2008, pp. 256-257 y 297-298; Ponce, *REAF*, o Vaquer, 2011, pp. 21-23.

(4) No existe una delimitación certera entre los asentamientos urbanos y rurales, pues ambos son núcleos de población. Sobre las teorías de la complejidad como rasgo definitorio de las ciudades, puede verse Portugali *et al*., 2012.

mundial[5] configuró el aparataje técnico para atender las urgencias de la reconstrucción postbélica mediante la urbanización y la creación de nuevas ciudades (*new towns*) (Lefebvre, 1978, p. 34).

España no es ajena a esta influencia, como tampoco lo es a los desencuentros que se han sucedido históricamente entre las políticas urbanísticas y de vivienda. Unas veces, el urbanismo ha ignorado la primacía y singularidad de la vivienda como uso del suelo, ya sea permitiendo desarrollos residenciales carentes de las necesarias infraestructuras y servicios, ya ignorando la diversidad de necesidades de las personas a las que debe atender el uso residencial. Otras veces, por el contrario, han sido las urgencias de la política de vivienda las que le han llevado –como a otras políticas sectoriales– a saltarse la ordenación urbana e ignorar el modelo de ciudad en busca de suelos baratos y promociones rápidas.

Todavía hoy, las relaciones entre planes urbanísticos y planes de vivienda suelen ser problemáticas, por no coincidir ni las competencias para aprobarlos ni tampoco su ámbito espacial y temporal de aplicación, lo que provoca disfunciones tales como, por ejemplo, que los planes urbanísticos determinen aprovechamientos utilizando valores de referencia de la vivienda protegida que ya no están vigentes cuando aquéllos han de ser ejecutados, o la descalificación de viviendas protegidas mientras sigue vigente la calificación para dicho uso del suelo sobre el que están edificadas[6].

Sin embargo, la legislación sobre suelo y urbanismo ha ido tomando consciencia progresivamente de su responsabilidad en materia de vivienda y sofisticando, en consecuencia, las normas destinadas a tal fin. Si repasamos someramente la legislación estatal –pues razones de economía expositiva nos impiden aquí analizar exhaustivamente la autonómica–, descubriremos que ya el artículo 3 de la seminal Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 le atribuía a «la competencia urbanística en orden al régimen del suelo», entre otras funciones, la de «regular el mercado de terrenos como garantía de la subordinación natural de los mismos a los fines de la edificación y de la vivienda económica», función que se articulaba técnicamente en diversas reglas contenidas en sus artículos 152 y siguientes sobre el destino para vivienda de los suelos patrimoniales públicos.

Pero si la Ley de 1956 empleó el término «vivienda» 9 veces, su reforma por la Ley 19/1975, de 2 de mayo, ya lo utilizaba en 35 ocasiones[7],

(5) Me refiero principalmente a la *Legge urbanistica* italiana de 1942, la *Town and Country Planning Act* de 1947 y la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana española de 1956, sobre la que las anteriores ejercieron influencia.

(6) De estos desencuentros y problemas me ocupé *in extenso* en Vaquer, *REALA*, pp. 68-85.

(7) El término aparece 47 veces, pero 12 de ellas para designar al Ministerio de la Vivienda, entonces competente en la materia.

empezando por el preámbulo en el que constataba la insuficiencia de los mecanismos antiespeculativos de la anterior y constataba que la elevación excesiva de los precios del suelo había provocado el encarecimiento de la vivienda. A esta reforma debemos, por ejemplo, las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbanizable de un diez por ciento del aprovechamiento medio para que pudiera destinarse a intervenir en el mercado del suelo y a las políticas de vivienda mediante su incorporación a los patrimonios municipales del suelo (arts. 68.3, 83 y 107). También el primer establecimiento de reservas mínimas de zonas verdes y equipamientos por números de viviendas (art. 10.2) y de densidades máximas de viviendas (art. 60 ter), que evidencia la preocupación del legislador por la calidad del medio urbano residencial.

Lejos de atenuarse tras estas medidas, la preocupación del legislador por el precio de las viviendas se agudizó en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que abre así su preámbulo: «El fuerte incremento del precio del suelo, que excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, y su repercusión en los precios finales de las viviendas y, en general, en los costes de implantación de actividades económicas, es hoy motivo de seria preocupación para los poderes públicos que deben promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo de acuerdo con el interés general e impedir la especulación» (inciso este último que parafrasea el artículo 47 de la Constitución española). Para tal fin, esta nueva reforma aumentó del 10 al 15% las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamiento urbanístico (art. 16), extendiéndolas además a las actuaciones en el suelo urbano, y fijó criterios objetivos y escalonados de valoración del suelo a efectos expropiatorios (arts. 66 ss.), todo ello con la intención de dotar de nuevos recursos a las políticas públicas de suelo y vivienda.

Pero los problemas persistieron y la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones trató de afrontarlos mediante una «enérgica rectificación» consistente en «la reforma del mercado del suelo en el sentido de una mayor liberalización que incremente su oferta» como «parte de la necesaria reforma estructural de la economía española» [8]. La Ley no utilizó ni una sola vez el término vivienda –en el preámbulo, por el que cito, solo se hablaba genéricamente del «encarecimiento del producto

(8) La principal innovación de esta supuesta liberalización descansó sobre una técnica tan poco liberal como es la clasificación urbanística del suelo por el planeamiento, que no derogó sino que trató de determinar legalmente. De nuevo en los términos de su preámbulo: «La presente Ley pretende facilitar el aumento de la oferta de suelo, haciendo posible que todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurran razones para su preservaci6n, pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado».

final»– y propició un alza especulativa e insostenible de los precios del suelo y de la vivienda que estallaría con la crisis inmobiliaria de 2007.

La nueva reacción legislativa llegó con la Ley 8/2007, de Suelo, modificada en 2008 y 2013 hasta llegar al Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, en vigor en la actualidad. Y alcanzó tanto al plano axiológico o principial como al técnico y reglado, como veremos a continuación.

En el primer plano –que es en el que más cobertura competencial encuentra el legislador estatal de suelo conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– la Ley de 2007 trató de corregir el sesgo economicista precedente por una aproximación más sostenible, por tanto más sensible a los valores ambientales y sociales del suelo. Como recordaba su preámbulo, «la Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47», por lo que proponía «una renovación más profunda plenamente inspirada en los valores y principios constitucionales antes aludidos».

Como parte nuclear e inspiradora de esta renovación, la Ley actual proclama en su artículo 3 el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible que, en particular, emplaza a los poderes públicos posibilitar «el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión». Dos aspectos interesa subrayar aquí de esta aproximación.

El primero es que la Ley vincula el derecho a la vivienda con el derecho a la ciudad o el medio ambiente, conexión que vuelve a evidenciarse en la proclamación sucesiva de los derechos de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible (en un medio ambiente y un paisaje adecuados) y a acceder (en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal) a las dotaciones y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, en las letras a) y b) de su artículo 5. El legislador, además, no solo se cuida de integrar la vivienda en la ciudad o el medio en el que se inserte, sino también de establecer su primacía cuando añade que se integrarán en el tejido urbano «cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad

residente, así como la cohesión y la integración social». El uso residencial es el que da sentido a la ciudad y vertebra a los demás.

El segundo aspecto destacable, también reiterado en la letra a) del artículo 5, es que advierte que la vivienda –en su genuino sentido constitucional– es solo la constitutiva del domicilio habitual, habida cuenta de la diversidad de usos alojativos a los que el urbanismo español ha calificado como usos «residenciales» del suelo (me refiero a la «vivienda» vacacional e incluso a la turística). El precepto insiste en su inciso final en esta idea capital: «El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia».

En el plano técnico, la Ley ha desarrollado estos derechos y principios mediante reglas básicas tales como la reserva de suelo residencial para vivienda protegida (art. 20.1.b LSRU), la inclusión de la vivienda entre las dotaciones urbanas públicas cuyo suelo debe ser entregado gratuitamente por el promotor a la Administración (art. 18.1.a LSRU) o su renovada articulación de instituciones de raigambre, como los patrimonios públicos de suelo (arts. 51 y 52 LSRU) y del derecho de superficie (arts. 53 y 54 LSRU).

Por último, ha irrumpido en este marco estatal la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda. Digo irrumpido porque, así como en materia de suelo el Estado nunca ha dejado de legislar –pese a carecer de competencia sectorial o específica–, en materia de vivienda nunca lo había hecho hasta ahora. No es preciso aquí desgranar el contenido de la Ley, del que se ocupa exhaustivamente esta obra, sino solo resaltar que acomete la relación a que se refiere este estudio desde su otro término: la vivienda, desde el que incide asimismo en materia de suelo y urbanismo, tratando de reforzar la coherencia entre las respectivas políticas públicas[9].

En unos casos, lo ha hecho mediante modificaciones puntuales en la Ley de Suelo, dando «otra vuelta de tuerca» a instituciones ya existentes como las mencionadas reserva de suelo para vivienda protegida y carga de cesión del suelo para vivienda dotacional. En otros casos, ha introducido reglas novedosas cuya suerte es más incierta, ya sea porque su eficacia no está respaldada por la experiencia, ya porque su validez no está respaldada por la doctrina competencial ya consolidada del Tribunal Constitucional. Este último es el caso, por ejemplo, del intento de garantizar la calificación permanente de la vivienda protegida promovida sobre suelo asimismo calificado para dicho uso en cumplimiento de la reserva legal del

(9) Para un análisis de las determinaciones de la LDV relativas al suelo y el urbanismo, me permito remitir a Vaquer, *QDL*, pp. 111-115.

artículo 20 LSRU, contenido en el artículo 16 LDV, que ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 79/2024, de 21 de mayo.

De lo expuesto en este apartado se puede inferir un par de conclusiones. La primera es que puede establecerse una cierta correlación temporal entre legislación de suelo y mercado de vivienda: La Ley de 1990 vino precedida de una fuerte escalada de precios, a la que siguió un estancamiento entre 1992 y 1997, en el año 1998 la Ley vino acompañada de un nuevo *boom* hasta el estallido de la burbuja en 2007, año de la promulgación de la nueva Ley, tras la que se han sucedido un periodo de corrección y otro de recuperación de los precios, que vuelven a estar en una senda alcista, aunque más moderada[(10)].

Más difícil es establecer causalidades en esta correlación: ¿han alterado las leyes la evolución del mercado, es ésta la que ha decantado las reformas legales, o quizás ambas afirmaciones son ciertas? No creo que quepa dar una respuesta concluyente porque (1.º) la legislación estatal de suelo es eminentemente básica, y precisa un desarrollo autonómico, mediante la legislación urbanística, y local, mediante la planificación, y (2.º) el suelo es un factor importante en la formación de los precios de la vivienda, pero no es el único: en ella inciden asimismo otros también importantes como la situación del empleo y la renta de los hogares, o las condiciones de accesibilidad a los mercados financieros.

La segunda conclusión es que el legislador del suelo ha desarrollado una preocupación creciente por la vivienda y hoy provee de diversos mecanismos para tratar de garantizar una oferta de suelo suficiente para la demanda de vivienda, en particular de vivienda social o asequible. Pero la eficacia de estos mecanismos no es directa ni inmediata. Nuestro Estado autonómico es un Estado complejo y más lo es nuestro urbanismo, en el que los procesos regulatorios (desde la legislación hasta la ordenación de detalle y desde ésta hasta su ejecución) son prolijos y lentos, con frecuencia desacompasados de las circunstancias del mercado y las necesidades de la sociedad. Por ello la doctrina más autorizada demanda una revisión de la institución del planeamiento urbanístico que reconsidere su naturaleza jurídica, el alcance de su función y su procedimiento, para restaurar su eficacia[(11)].

---

(10) Entre 1987 y 1991, el precio medio de la vivienda experimentó una tasa media anual de crecimiento del 19,5%, que se estancó en un 1% entre 1992 y 1997, mientras que volvió a dispararse a una media del 12,3% entre 1998 y 2002 (Martínez, y Maza, 2003, p. 30). El alza siguió siendo de dos dígitos en 2003 (18,5%), 2004 (17,2%) y 2005 (12,8%), empezó a moderarse en 2006 y 2007 y entre 2008 y 2014 experimentó tasas negativas, pero en 2015 regresó a los incrementos, que han sido del 3,3% en 2022 y del 5,3% en 2023 (MIVAU, 2024, p. 17).

(11) La altísima «mortalidad» de los planes urbanísticos (Santamaría, *PU*) anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa da testimonio de este problema que, sin embargo, la trasciende. Baste aquí apuntarlo porque escapa al objeto específico de este estudio.

3. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO RESIDENCIAL

Para cumplir la función ordenadora de los usos del suelo y la edificación, el planeamiento urbanístico se vale de técnicas tales como la clasificación, la calificación y la zonificación del suelo[12]. Su aplicación al suelo residencial no ha estado exenta de problemas, algunos de los cuales siguen abiertos en la actualidad, por lo que se repasarán someramente a continuación.

3.1 **La vivienda en el suelo rústico o no urbanizable**

De las tres clases de suelo de la tradición urbanística española, la del suelo rústico o no urbanizable cumple una singular función ambiental que provoca que la principal pulsión del legislador en la materia haya sido la de conservar sus valores ecológicos y paisajísticos y evitar en ella la formación de núcleos de población, preservándolo de la urbanización (art. 20.1.a *in fine* LSRU).

En efecto, por regla general el suelo rural preservado de la urbanización debe dedicarse «al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales» (art. 13.1 LSRU) y «en este suelo quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.» (art. 16.2 LRSU).

Ahora bien, la prohibición de la urbanización no implica la prohibición de la edificación en el suelo rústico, edificación que puede estar ordinariamente vinculada a la explotación primaria del suelo (granjas, pabellones de caza, …) y, por tanto, a la utilización racional de los recursos naturales pero que, excepcionalmente, también ser legitimada para usos de interés público o social «que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural» (art. 13.1 LSRU *in fine*).

¿Y la vivienda? Tanto la legislación urbanística como la jurisprudencia han aceptado, o bien que la vivienda vinculada a una explotación agraria

(12) La clasificación es la determinación del planeamiento consistente en diferenciar grandes tipos de suelo (en España, tradicionalmente tres: suelo urbano, suelo urbanizable o apto para urbanizar y suelo no urbanizable o rústico) según su relación con el proceso de urbanización, a los que corresponden regímenes urbanísticos diferenciados. La calificación consiste en detallar o pormenorizar el destino del suelo previamente clasificado. Y mediante la zonificación, el planeamiento diferencia áreas o zonas a las que atribuye una ordenación homogénea. Zoido, *et al.*, 2013, pp. 56, 93-94, 399; García de Enterría, y Parejo, 1981, pp. 52-53.

o ganadera puede ser considerada un uso ordinario del suelo rústico[13], «dado que pueden resultar subsumibles en el sistema propio de las explotaciones agrícolas entendidas en el amplio sentido ya señalado, siempre que exista una relación funcional de la vivienda con la explotación, es decir, cuando aquélla resulta exigida por las características de ésta de suerte que integre un instrumento para su desarrollo» (STS de 15 de febrero de 1991); o bien su autorización como uso excepcional[14] y limitado a la «vivienda familiar» en singular, esto es, única y no múltiple, para limitar su impacto y evitar «la posibilidad objetiva de formación de un nuevo núcleo de población» (STS de 26 de mayo de 1992, rec. núm. 3778/1990).

A nadie se oculta que este régimen es problemático, ya no solo por la mayor o menor laxitud con que la legislación y el planeamiento legitimen el uso residencial aislado del suelo rústico, sino también por el tradicional desfallecimiento de las potestades de disciplina urbanística en la vigilancia, el control y, en su caso, la demolición y sanción de las parcelaciones y viviendas ilícitas en el medio rural.

Cuestión distinta son los «núcleos rurales tradicionales legalmente asentados en el medio rural» a que se refiere el artículo 21.4 LSRU, a los que la legislación sobre suelo y urbanismo acoge y cuida de su desarrollo sostenible.

3.2 **La calificación de suelo para vivienda protegida**

En España, la calificación de la vivienda protegida o de protección pública como un uso específico del suelo empezó siendo planteada por el planeamiento urbanístico y anulada por los Tribunales por falta de cobertura legal[15], hasta que obtuvo dicha cobertura expresa a partir del artículo 35.3 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y hoy resulta pacífica. No solo eso, sino que en la actualidad las leyes urbanísticas españolas imponen al planificador urbano reservas de suelo lucrativo residencial para vivienda protegida [empezando por la regla básica ya citada del artículo 20.1.b) LSRU][16], siguiendo el precedente francés de la ya citada Ley núm. 91-662, de 13 de julio de 1991, *d'orientation pour la ville*,

(13) Por ejemplo, artículo 21.2.b) de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía (en adelante, LISTA).

(14) Es el caso del artículo 23.2.e) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

(15) Pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1985, 1 de junio de 1987, 17 de abril de 1991, 21 de mayo de 1991 y 5 de febrero de 1992.

(16) Siendo mínima la reserva de la Ley estatal, las leyes autonómicas pueden elevarla. En el País Vasco, la reserva alcanza el 75 % de la edificabilidad residencial en el suelo urbanizable y el 40 %

que instituyó por primera vez en aquel país un estándar de vivienda social obligatorio para todos los ayuntamientos de las aglomeraciones de más de 200.000 habitantes (17).

Aunque he afirmado que la jurisprudencia española empezó anulando la calificación urbanística de suelo para vivienda protegida por falta de cobertura legal, lo cierto es que también esgrimió una reticencia dogmática contra ella, por entender que «la habilitación que dimana del artículo 33.2 de la Constitución … para delimitar urbanísticamente el derecho de propiedad en cuanto a su contenido, está referida a los aspectos o contenidos urbanísticos y no se puede extender al establecimiento de un régimen especial de construcción, enajenación o arrendamiento de los edificios; materia ésta que en la legislación sectorial específica es objeto de un tratamiento preciso a través de medidas de fomento y no de técnicas urbanísticas». Es decir, según esta doctrina, ya superada, la diferencia entre vivienda protegida y libre no es urbanística ni encuentra cobertura constitucional para formar parte de la delimitación urbanística del derecho de propiedad.

Pero es que, aunque el urbanismo consista en la ordenación de los usos del suelo, no es ni ha sido nunca una ordenación exclusivamente física o morfológica, ajena a los aspectos sociológicos, económicos o culturales de la ocupación de este recurso. Bien al contrario, el urbanismo es la expresión espacial o territorial de las diversas políticas socio-económicas que requieren utilizar el suelo (18). Cuando configura el régimen jurídico del suelo y delimita el contenido de su propiedad, puede y debe atender a las diversas funciones sociales que puede cumplir. Es normal, por ejemplo, que las leyes o los planes establezcan estándares diferenciados para equipamientos educativos (desagregados según niveles de enseñanza), deportivos y sociales, sin que tampoco éstos tengan por qué ser física o morfológicamente diferentes entre sí, sino que atienden a necesidades sociales entre sí diversas, como también lo hace la reserva

---

de su incremento en el suelo urbano no consolidado (arts. 16 y 80 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en adelante LSUPV).

(17) En la actualidad, en Francia los artículos L111-24 del *Code de l'Urbanisme* y L302-9-1-2 del *Code de la Construction et de l'Habitation*, exigen, en toda operación de construcción de inmuebles colectivos de más de 12 viviendas u 800 m^2 de superficie, que al menos el 30 % sean alojamientos sociales, y el artículo L151-15 del primero habilita, además, al reglamento a delimitar, en las zonas urbanas o urbanizables, sectores en los que un porcentaje del programa de vivienda esté afectado a categorías de alojamiento con objetivos de *mixité sociale*.

(18) El propio Tribunal Supremo español parece compartir este parecer cuando, por ejemplo, ha sancionado por razones de integración social la conformidad a Derecho de la denegación de una autorización urbanística de utilización del suelo no urbanizable para uso residencial en ejecución de un plan de erradicación del chabolismo, pues rechaza que pueda ser de interés público «la necesidad de emplazar en el medio rural a un colectivo del que se pretende su integración en el medio urbano» (STS de 11 de diciembre de 2003, F. J. 4.º).

de un porcentaje mínimo de la dotación de aparcamientos para usuarios minusválidos. En la medida en que el urbanismo ordena espacialmente las diversas necesidades sociales y económicas de utilización del suelo, puede sin duda atender también a las necesidades de vivienda asequible y disponer sus técnicas al servicio de la política de vivienda, del mismo modo que lo hace al servicio de la política industrial, comercial, social o educativa, por ejemplo.

3.3 **La calificación de suelo para vivienda dotacional**

Un debate muy similar al descrito en el epígrafe anterior se suscitó más recientemente a propósito de la llamada vivienda dotacional, esto es, de los alojamientos o las viviendas sociales no edificadas sobre suelos con aprovechamiento lucrativo, sino sobre suelos dotacionales públicos. En este caso, las reticencias provenían de la premisa lógica según la cual la vivienda es un uso lucrativo del suelo. También ella ya superada: el alojamiento temporal de las personas más vulnerables es un servicio social y puede y debe ser asumido como una dotación más de las ciudades. Mal se comprende que los centros en los que se las acoge y atiende de día puedan ocupar suelo dotacional, pero donde pernocten no.

La superación de estos prejuicios ha permitido que hoy nuestro ordenamiento urbanístico haya recorrido con la vivienda dotacional un camino similar al que transitó primero con la vivienda protegida, y ya contemple desde la posibilidad de calificar suelo dotacional para vivienda o alojamiento, de la que se sigue el deber de cederlo de forma obligatoria y gratuita como carga de la actuación urbanizadora [art. 18.1. a) LSRU][19], hasta la fijación de reservas mínimas en alguna comunidad autónoma[20].

---

(19) El artículo 36.2.c)2.º de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCAM), por ejemplo, incluye la red de viviendas públicas o de integración social entre las redes públicas cuyo suelo debe ser cedido a título gratuito en el suelo urbanizable sectorizado y en el urbano no consolidado. Y el artículo 61.2.f) de la LISTA habilita al planeamiento a adscribir suelos incluidos en las actuaciones de nueva urbanización «a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler…, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda».

(20) La LSUPV habilita en su artículo 17 al planeamiento urbanístico municipal para calificar suelo dotacional público con destino a alojamientos dotaciones en los ámbitos de uso predominantemente residencial, y en su artículo 81 manda hacerlo en determinada proporción mínima al planeamiento de los municipios de 20.000 o más habitantes. Esta calificación de suelo dotacional para alojamiento dotacional es íntegramente objeto de cesión a la administración autonómica y al ayuntamiento y se diferencia claramente de la calificación para vivienda protegida en virtud de su correspondiente reserva (arts. 16 y 82) que será, en su caso, objeto de la cesión del 15 % de edificabilidad ponderada (art. 27, es decir, edificabilidad para usos de carácter lucrativo: artículo 35.3 y 4), hasta el límite de dicha cesión.

3.4 **La zonificación de la llamada «vivienda turística»**

La tercera batalla sobre el alcance funcional de las potestades urbanísticas para ordenar la vivienda se libra actualmente a propósito de la llamada «vivienda turística» o «de uso turístico». Por ser la más reciente de las tres y porque no se le va a dar más desarrollo en este capítulo (mientras que al tratamiento urbanístico de la vivienda protegida y la dotacional se le dedican sendas contribuciones a continuación), me detendré algo más en su exposición.

Este debate se ha abierto en Europa a propósito de la posibilidad de limitar o prohibir el uso turístico de las viviendas en determinadas zonas urbanas –como París o Barcelona– en las que su alta concentración provoca escasez y carestía de la vivienda y desplazamiento de la población local. Y también esta cuestión ha quedado ya zanjada por la legislación y la jurisprudencia.

La oportunidad y aun la necesidad de diferenciar la «vivienda» de uso turístico como uso del suelo es aún más clara que en el caso de la vivienda protegida. Al fin y al cabo, tanto la vivienda protegida como la libre son usos de primera residencia, por lo que la necesidad de calificar suelo para la primera obedece principalmente a razones de accesibilidad a la vivienda y cohesión social. Pero en el caso de la vivienda de uso turístico, no solo concurren las razones anteriores sino que además demanda equipamientos y servicios diferentes (la vivienda de uso turístico no precisa los mismos equipamientos educativos, sociales ni deportivos, por ejemplo, que la primera residencia)[21], por lo que su previsión y cuantificación es necesaria para una adecuada ordenación de los usos del suelo.

La limitación o prohibición del alojamiento turístico puede acometerse al menos desde dos perspectivas y en ejercicio de dos competencias distintas: como actividad económica de prestación de servicios, desde la competencia sectorial del turismo, o como uso diferenciado del suelo, desde la transversal del urbanismo[22]. La primera –que no es objeto de este trabajo– topó prontamente con una jurisprudencia que la entendió contraria a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como *Directiva Bolkestein*, por considerarla desproporcionada[23]. La

(21) Esta diferencia y su relevancia urbanística han sido advertidas por la STSJ Andalucía de 29 de junio de 2015, confirmada por la STS núm. 2318/2016, de 27 de octubre (véase su antecedente de hecho 3.º *in fine*).

(22) Sobre estas diversas aproximaciones normativas, puede verse Guillén, 2022, pp. 581 ss.

(23) Por ejemplo, SSTS núm. 1741 y 1766/2018, de 10 de diciembre y 27 de noviembre respectivamente, y 25, 26 y 1401/2019, las dos primeras de 15 de enero y la tercera de 21 de octubre. Lo que sí aceptó el Alto Tribunal es que se impusieran ciertos requisitos no limitativos al servicio, como placa identificativa, ciertas condiciones de habitabilidad o atención telefónica, para proteger a los usuarios y consumidores (SSTS 1237 y 1401/2019, de 24 de septiembre y 21 de octubre, respectivamente,

segunda está corriendo mejor suerte, pero no por entenderla exenta de la Directiva sino pese a también estar sujeta a ella.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre 2020 (as. ac. C 724/18 y C 727/18, *Cali Apartments*) se discutía la aplicación de la Directiva *Bolkestein* a una normativa nacional que sujetaba el arrendamiento de inmuebles amueblados a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo, a un régimen de autorización previa en determinados municipios y encomendaba a dichos municipios la determinación de las condiciones de concesión de las autorizaciones.

Se trataba del artículo L 631-7 del *Code de la Construction et de l'Habitation* francés, que (1.º) sujeta a autorización previa el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda en los municipios de más de 200.000 habitantes, (2.º) califica como cambio de uso su arrendamiento en las condiciones descritas y (3.º) permite al alcalde supeditar dicha autorización a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble con otro uso. Esta previsión fue desarrollada por Reglamento aprobado por la Junta Municipal de París en su sesión de 15, 16 y 17 de diciembre de 2008, que exige que «en las áreas sometidas a compensación cualificada» los inmuebles ofrecidos como compensación tengan el doble de superficie que los que son objeto de cambio de uso, a no ser que se conviertan en viviendas sociales.

Como se ve, el asunto versaba sobre la capacidad de los municipios para ordenar urbanísticamente los diversos usos de vivienda y es, por tanto, especialmente pertinente a los efectos de este trabajo[24]. Pues bien, el Tribunal europeo fija una interesante doctrina que, en lo que aquí interesa, se resume en dos puntos:

a) Que «una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento … a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un cont*rol a poster*iori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

---

y 625/2020, de 1 de junio). Sobre esta jurisprudencia, puede verse más ampliamente Aguirre, *REALA*, pp. 26-27.

(24) En relación con servicios no residenciales, la STJUE de 30 de enero de 2018 (as. ac. C-360/15 y 31/16) ya había tenido ocasión de declarar que la Directiva Bolkestein no se opone a que un plan urbanístico municipal los prohíba en determinadas zonas geográficas.

b) Que la Directiva europea tampoco se opone a una normativa nacional que «encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles».

El Tribunal Supremo español ya se ha hecho amplio eco de esta doctrina en sus Sentencias núm. 1550/2020, de 19 de noviembre (sobre una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao), y núm. 75/2021, de 26 de enero (sobre el Plan Especial Urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico de la ciudad de Barcelona), en las que ha confirmado la capacidad de los planes urbanísticos para regular las viviendas de uso turístico como un uso diferenciado del suelo y limitarlas territorialmente. A partir de los fundamentos de un nuevo urbanismo sostenible y centrado en la mejora de la ciudad existente, en ellas se afirma contundentemente «la posibilidad –y la necesidad– de intervención municipal en la materia, en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local».

En la misma idea de la idoneidad del urbanismo abunda la STS núm. 779/2021, de 2 de junio (nuevamente a propósito del Plan Especial Urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico de la ciudad de Barcelona) [25]: «no puede negarse que, si de lo que en última instancia se trata es de unos concretos usos de las edificaciones existentes en el municipio, no solo es el planeamiento urbanístico el instrumento jurídico idóneo para ordenar esos usos, como el de todas las edificaciones, sino que es uno de los contenidos esenciales de los instrumentos del planeamiento.» Sobre esta base, la Sentencia vuelve a concluir que la «discriminación» de las viviendas de uso turístico dentro del uso residencial, «no

(25) Dicho Plan (aprobado por el Pleno del Consejo Municipal de 1 de abril de 2016) diferencia las condiciones para establecer las viviendas de uso turístico en tres tipos o grados, según las zonas específicas de que se tratara, teniendo en cuenta el efecto de agregación que producen, su relación respecto de la población residente o el hecho de tratarse de ámbitos en proceso de desarrollo del planeamiento urbanístico (arts. 8 ss.).

solo es legítima, sino necesaria» y, por tanto, «el planificador debe hacer esa ordenación de usos específicos».

Qué lejos queda esta doctrina de la de los años 80 y primeros 90 del siglo pasado que negaba al urbanismo la potestad para diferenciar la vivienda libre de la protegida, a la que me he referido más atrás. Desde entonces, el legislador y la jurisprudencia españoles han expandido notablemente la capacidad del planeamiento urbanístico para ordenar los distintos usos residenciales del suelo y salvaguardar el de vivienda en su sentido genuino o constitucional.

En todo caso, los planes urbanísticos deben ceñirse a establecer determinaciones propias de su competencia, únicas para las que tienen cobertura legal: esto es, las referidas a la licitud y condiciones (intensidad, edificabilidad, tipología edificatoria, ocupación, compatibilidad, etc.) de los diferentes usos del suelo. No pueden establecer reglas económicas (como la exigencia de depósitos o avales para el ejercicio de la actividad) o civiles (como la exigencia de un *quorum* mínimo de aprobación en la comunidad de propietarios), que ya han sido anulados en diversos casos por los tribunales.

Más recientemente, la STS núm. 109/2023, de 31 de enero, ha regresado otra vez a la cuestión de determinar si la disposición impugnada (en este caso, un acuerdo plenario de zonificación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca) que supone una limitación o restricción a la comercialización de estancias turísticas en viviendas resulta conforme o no a los principios de proporcionalidad y necesariedad ínsitos a las «imperiosas razones de interés general» definidas en la Directiva Bolkestein.

En este caso, el Tribunal de instancia había anulado la prohibición de comercializar estancias turísticas en viviendas sitas en edificios plurifamiliares, por entender innecesario y desproporcionado extenderla a todo el término municipal como una zona única, sin diferenciar ámbitos territoriales más acotados, como sí ocurría en los casos juzgados por las sentencias citadas más atrás. El Tribunal Supremo, en cambio, casa la sentencia fundamentándose (1.º) en la cobertura expresa existente en la legislación turística autonómica para la medida adoptada[26], (2.º) en la motivación de ésta por la presión ambiental, territorial, sobre la convivencia en los barrios y los precios de la vivienda que genera el turismo, que califica

(26) Conforme al artículo 75.2 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, modificada en 2017, «tiene la consideración de zona apta para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial aquella en que, motivadamente, con las medidas correctoras que se puedan establecer y cumpliendo las previsiones establecidas legalmente o reglamentariamente en materia de vivienda, la administración competente para llevar a cabo la zonificación considere que esta utilización extraordinaria de las viviendas residenciales resulta compatible con el uso ordinario de vivienda que las caracteriza».

como evidente y consistente, y (3.º) en el hecho de que dicha medida no limita el uso turístico de los inmuebles concebidos para desarrollar esa concreta actividad económica, sino que decide «no ampliar ese uso, naturalmente concebido para ese tipo de inmuebles, a otros que no lo son».

El urbanismo, en suma, puede configurar como extraordinario el uso turístico de los inmuebles residenciales, cuyo uso ordinario y preferente debiera ser la vivienda de las personas. En consecuencia, el condicionamiento y la limitación de dicho uso turístico no son medidas excepcionales y el canon de proporcionalidad a ellas aplicable debe ser deferente con la legitimidad democrática de la administración local competente para establecerlas y con la «razón imperiosa de interés general» a la que sirven, que no es otra que proteger el derecho a una vivienda digna y adecuada.

3.5 **La recalificación de suelo para usos residenciales**

El carácter dinámico, evolutivo de las ciudades provoca que haya que modificar o incluso revisar el planeamiento urbanístico para acomodarlo a las necesidades sobrevenidas de la población, que son asimismo cambiantes. Y la primacía de la vivienda como necesidad básica de las personas, junto con la cronificación de la insuficiencia de oferta de vivienda asequible, explican que el uso residencial suela ser beneficiario de dichos cambios, ya consistan en la recalificación de otros usos hacia el residencial, ya en la intensificación de este uso mediante el cambio de su tipología o el aumento de su edificabilidad.

Sirva como ejemplo el artículo 36.2.c).2.º de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que permite implantar el uso de viviendas públicas sujetas a un régimen de protección en suelos vacantes de la red de servicios o de la red de equipamientos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la edificabilidad del uso a implantar sea inferior al 5 por 100 de la edificabilidad residencial establecida por el planeamiento para el ámbito o sector.

b) Que al computarse la edificabilidad resultante como residencial a estos únicos efectos, se mantenga el cumplimiento de la dotación de redes públicas exigibles.

Ahora bien, la modificación del precepto por la Ley 3/2024, de 28 de junio, ha eximido de los requisitos previstos en las letras a) y b) transcritas en el supuesto de redes supramunicipales.

Sin duda, la edificabilidad residencial es prioritaria, por las razones expuestas, y la ciudad puede tener exceso de suelo o edificación destinado a otros usos, ya sean lucrativos o dotacionales, susceptibles de ser redestinados a la vivienda. De ahí que se haya recurrido con cierta frecuencia a recalificar para el uso residencial viejos polígonos industriales, solares vacantes destinados a equipamientos educativos o socio-culturales o incluso bajos comerciales de edificios. Pero el uso residencial demanda dotaciones y servicios que son innecesarios o menos necesarios para otros usos. Y el derecho a la vivienda no puede construirse a costa del derecho a la ciudad. Por lo que tal posibilidad (1.º) debería estar condicionada a que se cumpla la hipótesis planteada, es decir, que se constate que existe un exceso de suelo calificado para otros usos y, por ende, vacante o infrautilizado, y (2.º) debería permitirse de forma proporcional y ponderada, de manera que se sigan cumpliendo los estándares de dotaciones y servicios urbanos después de aumentar la densidad de población. Para hacerlo posible están concebidas las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización y de dotación del artículo 7.1 LSRU.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre i Font, J. M., «La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 15, 2021.

Bassols Coma, M., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 1983.

Cerdá, I., *Teoría general de la urbanización*, Tomo I, Madrid, Imprenta Española, 1867.

García de Enterría, E., y Parejo Alfonso, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Madrid, Cívitas, 1981.

Guillén Navarro, N. A., «Problemática urbanística de las viviendas de uso turístico en el ámbito local», en VV. AA., *Leyendo el territorio. Homenaje a Miguel Ángel Troitiño*, Universidad de Guadalajara, 2022.

Jornet, S., «La necesidad de repensar el planeamiento urbanístico y territorial», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 217, 2023.

Lefebvre, H., *El derecho a la ciudad*, Península, 4.ª ed., 1978.

Martínez Pagés, J., y Maza, L. Á., *Análisis del precio de la vivienda en España*, Documento de trabajo núm. 0307, Servicio de Estudios, Banco de España, 2003.

Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (MIVAU), *Observatorio de vivienda y suelo. Boletín anual 2023*, 2024.

Ponce Solé, J., «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, 2008.

Ponce Solé, J.,y Sibina Tomàs, D., coords, *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2008.

Portugali, J.; Meyer, H.; Stolk, E., y Tan, E., eds., *Complexity theories of cities have come of age. An overview with implications to urban planning and design*, Berlin, Springer, 2012.

Santamaría Pastor, J. A., «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», *Práctica Urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 141, 2016.

Vaquer Caballería, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel, 2011.

— «El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015.

— «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 7, 2017.

— «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022.

Zoido, F.; Vega, S. de la; Piñeiro, Á.; Morales, G.; Mas, R.; Lois, R. C., y González, J. M., *Diccionario de urbanismo. Geografía urbana y ordenación del territorio*, Madrid, Cátedra, 2013.

B. Reservas de vivienda protegida

Daniel B. Entrena Ruiz[1]
Profesor Titular de D. Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: *El trabajo explica el régimen de las reservas para vivienda protegida de la LDV, de acuerdo con la modificación que dicha ley realiza de la LRSU, poniéndolo en conexión con las formas de obtención de suelo con cargo a la propiedad. Tras exponer los antecedentes normativos que dicha Ley realiza hasta llegar a la regulación, finaliza el trabajo realizando una aproximación a la legislación autonómica vigente acerca de dicha reserva, para comprobar si tendrá que ser modificada para adaptarse a la legislación básica estatal, así como algunas soluciones innovadoras y otras situaciones vigentes que pueden afectar a la eficacia de esta técnica.*

Palabras clave: *Reservas de suelo obligatorias para vivienda protegida, planeamiento urbanístico; deberes urbanísticos de los propietarios.*

Abstract: *The paper explains the legal reserves for subsidized housing in the LDV, in accordance with the modification of the LRSU. After explaining*

(1) Open Researcher and Contributor ID (ORCID): 0000-0003-1393-0736. Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de «Excelencia del Profesorado Universitario» del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3MXX), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

the regulatory background up to the current regulation, the research ends with an approach to the autonomous comunitiies legislation, in order to check whether it will have to be modified to adapt to the basic state legislation, too some innovative solutions and others that can`t receive a positive valuation from the point of view of the citizen right to access a home.

Keywords: *Mandatory legal reserves in urban planning for subsidized housing, urban planning duties of the property.*

Sumario: 1. Antecedentes: La trazabilidad normativa de las reservas de suelo sobre vivienda protegida. 2. La reserva de vivienda protegida en la LDV. 2.1 Reservas en el planeamiento para vivienda protegida ([Disposición Final 4.ª y artículo 15.1.d) LDV]. 2.2 Obtención de suelo para vivienda protegida: potenciación de viviendas dotacionales o sociales. 3. La concordancia entre la LDV y la legislación autonómica de vivienda. 3.1 Un sondeo general. 3.2 Una solución innovadora y un caso perturbador. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES: LA TRAZABILIDAD NORMATIVA DE LAS RESERVAS DE SUELO SOBRE VIVIENDA PROTEGIDA

El problema de la vivienda ha existido siempre en nuestro país, un derecho subjetivo cuya plena eficacia nunca se ha garantizado, como han razonado Iglesias Gonzalez (2000), López Ramón (2010), Vaquer Caballería (2011: 46 ss.), Ponce Solé (2019a) o Tejedor Bielsa (2010: 309 ss.), y ello pese a que España goza de una arraigada política pública en la materia[(2)]. Una de las líneas de actuación de esa política de vivienda ha sido fomentar la edificación de vivienda dirigida a colectivos con especiales necesidades y, a tal fin, entre las medidas arbitradas se encuentra el establecimiento por los instrumentos de planteamiento territorial o urbanístico de un porcentaje de suelo residencial reservado específicamente para

(2) Los antecedentes remotos de la política pública en materia de vivienda protegida pueden situarse en las Leyes de Casas Baratas de 1911 y 1923, la posterior legislación republicana –ley salmón–, y la actuación desarrollada por el Instituto Nacional de la Vivienda, como han explicado Vaquer Caballería (2011: 83 ss), Bermejo Latre (2010), Ponce Solé (2008) o ya en relación con la evolución más reciente de dicha política, durante el periodo democrático Iglesias Gonzalez (2010: 359 ss).

vivienda sujeta a un régimen protegido en su precio de renta o venta[3], en el contexto de la tradicional descoordinación entre política y planes de vivienda y urbanismo, como ha explicado el mismo profesor Vaquer Caballería[4] y él mismo desarrolla en otro capítulo de este Tratado; entre las manifestaciones de esa descoordinación se encuentra, por ejemplo, la desvinculación entre la calificación del suelo para vivienda protegida y el régimen de calificación legal a tal fin, como ha analizado Iglesias González (2010: 375 ss.).

El artículo 20.1.b) de la LRSU, cuya redacción ha sido modificada por la Disposición Final 4.ª de la LDV, señala así: «*1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:* […] *b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa».*

La primera referencia esta técnica puede encontrarse en el Decreto 2131/1963, de 24 de julio, que contenía el estatuto del Instituto Nacional de la Vivienda y al que atribuía, entre otros fines: *«e) Adquirir y constituir reservas de terreno para su urbanización y parcelación con destino a la construcción de «Viviendas de Protección Oficial, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Régimen de Suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956. Los solares resultantes podrán ser enajenados*».

Evidentemente, la norma estaba lejos de indicar que desde el planeamiento urbanístico debían generarse reservas de suelo para viviendas protegidas, pero sí que el indicado Instituto debía poseer una bolsa de terrenos para dicha finalidad. No obstante, la Ley de Régimen de Suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 (LS56), no contemplaba reservas de terreno específicas para vivienda protegida, aunque sí la cesión de terrenos para la construcción de viviendas «ultraeconómicas» (art. 153).

Como resulta suficientemente conocido, esta ausencia motivó la nulidad del planeamiento urbanístico que incorporaba ese tipo de reserva y, a resultas de ello, la incorporación a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre

(3) Entiende por vivienda protegida el artículo 3.f) de la LDV aquella «*sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural*».

(4) Ver al respecto Vaquer Caballería (2017: 68-85) y respecto al proyecto de LDV (2022: 111 ss).

Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, tal y como han explicado suficientemente Iglesias Gonzalez (2005: 536) y García Álvarez (2010: 386)][5].

Por ello, puede afirmarse que la técnica de las reservas de suelo para vivienda protegida es más bien reciente en el ordenamiento jurídico estatal, gozando de mayor solera en el autonómico. El País Vasco fue la primera en establecer esas reservas; así, tras establecer la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio (art. 6.7) que las Directrices de Ordenación del Territorio debían cuantificar la necesidad de vivienda de protección oficial, dicha cuantificación debía reflejarse en los Planes Territoriales Parciales, que obligatoriamente debían a su vez establecer la superficie de suelo para satisfacer esa necesidad [art. 12.1.f)]. Con posterioridad la Ley 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (art. 2), fijaría unos estándares de viviendas de protección pública para municipios de más de 7.000 habitantes del 20 % del aprovechamiento total residencial previsto en operaciones sistemáticas de reforma interior en suelo urbano y nada menos que el 65 % del total residencial previsto en suelo urbanizable programado y en suelo apto para urbanizar[6].

A escala estatal hubo que esperar hasta la Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo, para que la técnica de la reserva de suelo para vivienda protegida apareciese (dado que la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones no señaló nada a este respecto), si bien planteándola

(5) Así, las directrices aprobadas en aplicación del Real Decreto-ley 11/1980, de 26 de septiembre, sobre revisión del Plan General de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Madrid, concretamente la número 17, fue anulada mediante STS de 1 de junio de 1987 (ECLI: ES: TS:1987:10098):*«Ciertamente, la finalidad perseguida por la directriz número 17 –evitar la segregación social– es perfectamente plausible. A su logro puede conducir la utilización, en este sentido, de los terrenos a ceder en virtud de las prescripciones urbanísticas – artículos 84.2 y 3.b del texto refundido, y 46.3.b del Reglamento de Gestión –. Pero con la normativa vigente, no le es dado al planeamiento, en cuanto regulación reglamentaria, abrir nuevos cauces limitando la propiedad privada sin la base legal exigida por el artículo 33.2 de la Constitución»*.

(6) Asimismo, la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha establecía en su artículo 24.3, respecto a los Planes de Ordenación Municipal: «Los Planes de Ordenación Municipal de los Municipios superiores a los 20.000 habitantes de derecho deberán establecer las determinaciones precisas para garantizar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública que, cuando menos, habilite a la Administración para tasar su precio, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles en el primer decenio de vigencia del Plan. Estas determinaciones se justificarán en un análisis de las características de distribución de la demanda por niveles de ingresos de la unidad familiar y por tramos de edad en función del modelo de ciudad asumido por el Plan».

Del mismo modo, por ejemplo, la Ley canaria 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, incluía entre los elementos estructurantes de los Planes Generales de Ordenación (art. 32.2): «La adscripción de suelo urbano o urbanizable a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio final de venta limitado. Esta adscripción no podrá en ningún caso exceder del 50 por ciento del aprovechamiento del ámbito o sector».

desde una perspectiva competencialmente aceptable (como así lo entendió la STC 141/2014, de 11 de mayo, FJ8.º).

De este modo, el artículo 10.b) de la Ley de Suelo de 2007 incorporaba la exigencia de que la legislación autonómica de ordenación del territorio o urbanismo y, de conformidad con ella, los instrumentos de planeamiento correspondientes, fijaran una reserva mínima del 30 % de la edificabilidad residencial para vivienda protegida, limitada en su precio máximo de venta, alquiler o formas análogas de acceso temporal a la vivienda, como concesión administrativa o derecho de superficie, en actuaciones de urbanización, quedando fuera las de dotación[7].

Como puede observarse[8], el contenido era muy similar al tenor actual artículo 20.1.b) de la LSRU, reproducido al comienzo, de modo que lo acontecido normativamente desde entonces han sido sucesivas reformas sobre el contenido inicial del artículo 10.b) de la Ley de Suelo de 2007.

Según explica Vaquer Caballería (2017: 72 ss.), mediante esta previsión cobraba vida uno de los medios en que tradicionalmente se ha tratado de incidir desde el planeamiento urbanístico en la promoción de viviendas para colectivos desfavorecidos, actuando sobre el régimen objetivo del suelo, a la par que indirectamente se contemplaba el uso específico, por mucho que pudiera ser cuestionable desde un punto de vista dogmático por su ausencia real de diferenciación tipológica que puede tener una vivienda libre.

---

(7) A estos efectos, resultan elevadamente ilustrativas las Sentencias recaídas en relación con el plan parcial de reforma interior de Raimundo Fernández Villaverde (Madrid), más conocido como el asunto del Taller de Precisión de Artillería, que fue anulado por la ausencia de reserva alguna para vivienda protegida, al calificar el Ayuntamiento de la capital que se trataba de una actuación de dotación –para evitar aplicación de la reserva– y no de transformación urbanística, pese que se trataba de sustituir aquella instalación por una edificación residencial (STSJ de Madrid 527/2019, de 17 de septiembre, recurso contencioso-administrativo 278/2016, y STS de 16 de febrero de 2021, núm. rec. 8388/2019 Numroj: STS 739:2021 Ecli: ES: TS:2021:739).

(8) Establecía el artículo 10.b), relativo a «Criterios básicos de utilización del suelo»: «*Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán: […] b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa. Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social*».

Junto a la indicada reserva y consiguiente calificación de suelo para vivienda protegida, la Ley de Suelo de 2007 contemplaba otro instrumento dirigido a favorecer la promoción y construcción de viviendas de protección pública, en el marco de los instrumentos dirigidos a la recuperación de las plusvalías del proceso urbanístico a que obliga el artículo 47 de la CE. Así, el artículo 16 de la Ley de Suelo de 2007, relativo a los deberes de la promoción de actuaciones de transformación urbanística, estipulaba la posibilidad de cumplir la entrega de *suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación […], con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del artículo 10*».

En este último inciso, la Ley conectaba la tradicional obligación de entregar suelo con destino a los patrimonios municipales del suelo, cuyo destino principal era según el artículo 34.1 de propia Ley de Suelo de 2007 «*la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública*», con la reserva para esta finalidad establecida en virtud de su artículo 10.b), obviamente hasta donde fuera posible y obligatorio, pero contribuyendo con la cesión a la generación de viviendas protegidas[9].

Por tanto, la Ley de Suelo de 2007 no solo establecía una reserva de suelo para vivienda protegida sino, además, la forma de obtenerlo, y trataba de garantizar que fuera dirigido a esa finalidad, al menos cuando se tratara de actuaciones de urbanización, en la medida que la reserva contenida en el artículo 10.b) únicamente afectaba a éstas y no a actuaciones de dotación.

Posteriormente, el artículo 10.b) de la Ley de Suelo de 2007 fue incorporado tal cual al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de suelo (TRLS08), el cual fue a su vez modificado por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que introdujo tres importantes novedades.

Las dos primeras novedades consistieron, en una nueva enumeración 10.1.b), de un lado en establecer la obligación de respetar el principio de cohesión social en la localización de la reserva –y no únicamente cuando se estableciera un porcentaje de vivienda protegida inferior, como hacía la Ley de 2007 y, de otro lado, modificar este porcentaje distinguiendo, a su vez, entre actuaciones de nueva urbanización en suelo rural (a las que exigía un 30 % de la edificabilidad media ponderada del ámbito de

(9) Ver acerca de esta institución en la Ley de Suelo de 2007, Chinchilla Peinado, J. A., (2007: 135 ss).

referencia) y actuaciones de reforma o renovación en suelo urbanizado, en las que únicamente exigía el 10 % del mismo parámetro.

La modificación de 2013 disminuyó por tanto el porcentaje de reserva exigido para actuaciones que se acometieran en entornos urbanizados, pero dejó zanjada su exigencia en actuaciones de urbanización de reforma o de renovación urbanas, esto es, con el suelo ya urbanizado, como venía corroborando la jurisprudencia y evidencia la STS de 16 de febrero de 2021 (rec. 8388/2019), reproducida a pie de página[10].

La reforma de 2013 del TRLS08 incorporó además otra tercera novedad, al introducir en un nuevo apartado primero letra a) del artículo 16, dentro de la carga de los propietarios en actuaciones de urbanización con uso predominante residencial, de ceder suelo para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones del ámbito de actuación, el necesario adscrito por el planeamiento «*a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler*, *tanto en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable, como cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda*».

La Ley estatal exigía así que la legislación aplicable pudiera contemplar la cesión de suelo no lucrativo, que no debía por tanto competir con el que sí tiene ese carácter y se destina a vivienda libre, pero con destino a viviendas dotacionales, pensadas para alojamiento temporal en alquiler de personas con especiales dificultades de acceso a la vivienda. En otro trabajo de este mismo bloque y sección del presente Tratado se examina con brillantez el régimen de las viviendas dotacionales, por lo que nos

(10) «*Pero el deber de cesión de suelo para viviendas se complica cuando la reserva ha de hacerse en actuaciones de urbanización por reforma o renovación del suelo ya urbanizado, en el que, en principio, el aprovechamiento ya está patrimonializado, lo que supone excluirse de él dicha reserva, como un deber de los propietarios del terreno. No es el momento de adentrarnos en esa posibilidad aunque si ha de recordar, en contra de lo que se alega por la defensa de la mercantil promotora del PPRI en su escrito de interposición del recurso, que si bien la jurisprudencia, en la legislación anterior a la Ley de 2007, había venido sosteniendo que a los propietarios del suelo ya urbano, en terminología de la época, hoy urbanizado, no se le podían imponer nuevos deberes urbanísticos, ni aun en los supuestos de reforma o renovación de la urbanización existente; es lo cierto que ese criterio era contrario a la misma filosofía de la Ley de 2007 y nuestra jurisprudencia se ha adoptado a ella, en el sentido de que, habiendo prescindido la legislación básica de las categorías del suelo y atender a las actuaciones de transformación y urbanización, es admisible la imposición de nuevos deberes, como se deja constancia, con abundante argumentación y cita jurisprudencial, en nuestra sentencia 1563/2018, de 30 de octubre, dictada en el recurso de casación 6090/2017* (ECLI: ES: TS:2018:3779)».

remitimos al mismo para conocer con mayor detalle todo lo relativo a su régimen jurídico[11].

El régimen jurídico descrito, dirigido a generar suelo con destino a vivienda protegida, cuyo núcleo integraban los artículos 10.1.b) y 16 del TRLS08, fue incorporado sin novedad a la LRSU como ya hemos adelantado, si bien enumerados como artículos 20.1.b) y 18, cuya redacción estuvo vigente hasta su modificación por la LDV, como vamos a poder comprobar.

2. LA RESERVA DE VIVIENDA PROTEGIDA EN LA LDV

2.1 **Reservas en el planeamiento para vivienda protegida [Disposición Final 4.ª y artículo 15.1.d) LDV]**

En efecto, para coordinar el marco territorial y urbanístico con la política de vivienda en lo relativo a la vivienda protegida, la LDV contempla la obligatoria reserva de suelo para vivienda protegida, si bien remitiendo a tal efecto al artículo 20.1.b) de la LSRU, cuya redacción modifica su Disposición Final 4.ª; además, en el artículo 15 relativo al «Derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística», contiene una serie de «criterios básicos en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística» que conectan con aquella técnica que venimos explicando, como vamos a comprobar.

Como sabemos, el artículo 20.1.b) de la LSRU ya preveía la obligatoria reserva por el planeamiento urbanístico para vivienda sometida a algún régimen de protección pública, «*que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa*», exigencia que no ha sido modificada por la Disposición Final 4.ª de la LDV, cuya aprobación permite al menos conocer qué tipologías de viviendas protegidas son exigibles a nivel estatal, a saber: dotacionales o sociales y de precio limitado [art. 3.f) LDV], cuyo régimen es comentado en otra parte de esta obra colectiva[12].

---

(11) La reforma de 2013 del TRLS08 también introdujo la novedad de que también debían ceder suelo los propietarios en el marco de actuaciones de dotación con destino a los patrimonios municipales del suelo, pero no con destino preferente para vivienda protegida sino para «actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas» [art. 16.2.a) en relación con artículo 38.1].

(12) Este precepto, así como el apartado f) del artículo 3, sobre vivienda asequible incentivada, fue declarado constitucionalmente válido por la STC 79/2024, de 21 de mayo. No obstante, la doctrina más autorizada ha criticado la LDV en lo relativo al régimen de vivienda protegida por

Sin embargo, la LDV ha modificado el artículo 20.1.b) para establecer que el mínimo de reserva para vivienda protegida que fije la legislación territorial o urbanística, y consiguientemente los instrumentos de ordenación, debe ser del 40 % de la edificabilidad residencial prevista en suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y del 20 % en suelo urbanizado destinado a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización (recordemos, frente al 30 % y 10 %, respectivamente, anteriores a la LDV).

Además, el artículo 15.1.d) de la LDV establece que de ella, debe quedar al menos un 50 % a algún régimen de protección pública de alquiler, «*salvo en casos excepcionales en los que el instrumento de ordenación urbanística lo justifique, atendiendo a las características de las personas demandantes de vivienda u otras circunstancias de la realidad económica y social*».

No se ha visto modificada, empero, la excepción de fijar «*una reserva inferior o eximirlas para determinados municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación*». Por consiguiente, es necesario que el instrumento de planeamiento –no necesariamente de carácter general, por cuanto su concreción como determinación o no estructurante depende de lo previsto en la legislación autonómica– motive el establecimiento de un porcentaje menor por referirlo al conjunto del término municipal o, en su caso, ámbito menor de referencia[13].

---

suponer una oportunidad perdida para homogeneizar en mayor medida su régimen en el conjunto del Estado, para así evitar las disfunciones de la legislación autonómica (Ver Iglesias González, 2023: 35, y previamente acerca del proyecto de LDV, 2022: 35 ss). Al mismo tiempo, esa sentencia no hace sino responder a la llamada ataxia del derecho constitucional a la vivienda (una especie de funcionamiento incorrecto del sistema nervioso), en palabras de Vaquer Caballería (2024: 141): «La proclamada falta de autonomía del título competencial autonómico sobre vivienda y la generosa proyección atribuida a los títulos competenciales del Estado sobre la materia (señaladamente, al amparo del artículo 149.1.13.ª CE) deja un amplio campo al legislador estatal, que apenas había ocupado incidentalmente, al contrario de lo ocurrido históricamente en la vecina materia del suelo (también objeto de los artículos 47 y 148.1.3.ª CE). Así ha sido hasta ahora, que ha promulgado la ya citada Ley por el derecho a la vivienda».

(13) Por ejemplo, la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, contempla como determinación general obligatoria la justificación de necesidad o no de vivienda protegida (art. 68), pero al establecer qué determinaciones forman parte necesariamente de los planes generales, lo hace entre las adicionales, no mínimas a las previstas en aquel precepto, que podrán serlo en atención a «la entidad del municipio y estará en proporción a sus problemas y necesidades urbanísticas» (art. 69). A su vez, de este régimen excepciona las viviendas rotacionales y dotacionales, en particular para destinadas a menores de 35 y mayores de 65 años, así como a colectivos socialmente vulnerables (apartado 3.3.4 del Anexo), por cuanto el artículo 61.3 las sitúa entre los sistemas generales.

Como limitación adicional respecto a la reserva obligatoria, ya la redacción previa del artículo 20.1.b) de la LSRU preveía que la localización de esa reserva debe ser además establecida «*de forma respetuosa con el principio de cohesión social*», un mandato que debe ser igualmente garantizado en caso de que aquella sea fijada en un porcentaje menor por referirlo al conjunto del ámbito territorial de aplicación. Por tanto, no es admisible la localización aislada, desconectada del entorno residencial destinado a viviendas no protegidas, a modo de guetos o barriadas dirigidas a personas con mayores dificultades de acceso a una vivienda, como ha sucedido en algunos países de nuestro entorno. Es preciso, por ello, que las memorias justificativas de planeamiento realicen un esfuerzo argumentativo para justificar este principio de cohesión social en la distribución del suelo reservado para vivienda protegida, dimensionándolo en el entorno sociológico, so riesgo igualmente de nulidad por ausencia de todo razonamiento al respecto(14).

Finalmente, el vigente apartado 1.c) del artículo 15 de la LDV contempla en relación con esta reserva la prohibición de modificar dicho suelo, una previsión similar a lo previsto por el anulado artículo 16, con la diferencia de que este precepto contemplaba, además, para el resto de supuestos distintos a los del artículo 20.1.b) de la LRSRU, una preceptiva calificación permanente salvo «*causa justificada debidamente motivada para su descalificación*» o para el establecimiento de un plazo de calificación mínimo de 30 años. Es más la propia Ley aportaba como causa justificada –sin indicar si era con carácter excluyente de otras causas posibles–, «*la promoción de viviendas protegidas en suelos cuya calificación urbanística no impusiera dicho destino y no hubiesen contado con ayudas públicas para su promoción*». De este modo, la LDV velaba por la existencia de un adecuado equilibrio en el planeamiento a la hora de cumplir las reservas de suelo para vivienda protegida, de modo que la descalificación de suelo destinado a tal fin debía ser convenientemente equilibrado mediante la promoción de viviendas sometidas al mismo régimen aunque fuera en suelos calificados a otro destino urbanístico, lógicamente residencial.

La limitación en el caso del artículo 15.1.c) parece menos intensa que la prevista en el artículo 16 anulado(15), en la medida que prevé, aunque

(14) Así lo exige por, ejemplo, el artículo 38 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, tras establecer una reserva obligatoria del 30 al 80 por ciento de la edificabilidad residencial de cada sector de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, justifica la reducción de forma excepcional «justificándolo en el cumplimiento de los objetivos municipales en materia de vivienda y en las circunstancias del municipio y del sector» con una distribución respetuosa con el principio de cohesión social».

(15) El precepto fue intensamente criticado por la doctrina ya antes de su examen constitucional, debido a la necesidad de interpretar la cláusula de prevalencia autonómica y al mismo

también de forma excepcional, la posibilidad de modificar el suelo reservado para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública cuando «*el instrumento de ordenación urbanística justifique la innecesariedad de este tipo de viviendas o la imposibilidad sobrevenida de dicho destino, con independencia de que puedan modificarse las condiciones o características de la vivienda protegida para atender a la demanda y necesidades del ámbito territorial*».

A diferencia del extinto artículo 16, el artículo 15.1.c) de la LDV no precisa qué debe entenderse por innecesariedad, por lo que obviamente debe ser convenientemente justificada en el instrumento de planeamiento que modifique la previsión urbanística previa para dicho destino, so riesgo de nulidad radical, y no por puras razones de oportunidad y conveniencia sino en relación con la existencia de factores reales, objetivos y comprobables de que efectivamente es así, y aún con mayor motivo si lo que se pretende es su venta, siendo razonable en uno u otro caso vincular este tipo de operaciones al incremento de suelo destinado al mismo fin, tal y como preveía muy razonablemente el anulado artículo 16 de la LDV[16]. En todo caso, la descalificación de suelo para vivienda protegida supone una disfunción que debilita enormemente la protección de la legislación estatal, como ha observado Iglesias Gonzalez (2023: 78 ss.), y en caso de ser posible conforme a la legislación autonómica podrá continuar provocando tensiones entre propietarios de vivienda y de suelo municipal, lo que no

---

tiempo de supletoriedad de la legislación estatal que podía inferirse del mismo (Ver Iglesias González, 2023: 66 ss).

(16) A estos efectos, puede ser de utilidad el caso de la venta directa de 32 promociones de viviendas protegidas (2.935 viviendas en total) destinadas a arrendamiento en distintas modalidades por parte del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) a una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva, que quedaba subrogada en derechos y obligaciones como arrendadora, por un importe de 201.000. 000, 007 euros; dejando al margen la ausencia de consulta previa de la operación a los arrendatarios de la operación, que conducía a su vez a la Comunidad de Madrid y la sociedad compradora a defender la falta de legitimación de los arrendatarios, lo que fue reprochado por el Tribunal Supremo [SSTS de 22 de noviembre de 2017 (rec.núm. 191/2017), y de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1318/2017)], posteriormente el TSJ de Madrid señalaba en sus SSTSJM de 14 de mayo de 2019 (rec. núm. 567/2018), y 22 de julio de 2019, (núm. rec. 829/2018), respecto a la falta de justificación de la innecesariedad de la venta de las viviendas […], *bajo sanción de invalidez de la actuación, para apartar a la Administración enajenante de la proscrita arbitrariedad en una actuación[…] debiendo, especialmente (artículo 8.2 de la Ley 33/2003, citada) la gestión de los bienes patrimoniales «… coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes».*

En línea con lo anterior, hay que concluir, pues, que no se trataba en este caso de motivar simplemente la decisión discrecional de enajenar las viviendas de las que aquí se trata, por puras razones de oportunidad o de conveniencia, sino de justificar cumplidamente que aquéllas no eran necesarias para el cumplimiento de los fines del IVIMA que era el organismo al que estaban adscritas las resultantes de las 32 promociones».

augura nada bueno respecto al mantenimiento de parques públicos de vivienda[17].

2.2 Obtención de suelo para vivienda protegida: potenciación de viviendas dotacionales o sociales

El establecimiento de una cuota de reserva de suelo para vivienda protegida, como contempla el artículo 20.1.b) de la LSRU conlleva la imposición de un uso en las actuaciones de urbanización que afecta a las legítimas expectativas de los propietarios para obtener de dicho recurso mayores beneficios, al verse obligados a construir vivienda de protección pública, aunque sea de titularidad privada[18]; en este sentido, debe caerse en la cuenta de que es superior el porcentaje de reserva global a satisfacer en el conjunto de la actuación residencial [40 por ciento de la edificabilidad residencial en actuaciones de nueva urbanización en suelo rural, ex artículo 20.1.b) LSRU], que la cesión de suelo a satisfacer con cargo a los propietarios en actuaciones de urbanización [entre el 5 y el 15% como regla general, de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que se incluya [art. 18.1.b) LSRU].

Desde un punto de vista jurídico dicha imposición es perfectamente admisible, y no solo en suelo sujeto una actuación de urbanización sino incluso en suelo ya urbanizado, y ello sin necesidad de que esté sujeto a operaciones de reforma interior (STC 16/2021 de 28 de enero). No obstante, la técnica debe ser debidamente analizada y empleada para medir su eficacia en relación con los efectos que implica sobre el mercado de vivienda libre.

---

(17) Se recomienda a estos efectos buscar información acerca de la venta de suelo del llamado Plan 18.000 de la ciudad de Madrid, edificadas sobre suelo público municipal en los años 80 y 90, con constitución de derecho de superficie a cooperativistas. Una explicación de este tipo de mecanismos de colaboración público-privada puede consultarse en Gifreu i Font (2023b).

(18) Además, el artículo 15.1.a) 1.º de la LDV establece que «*Con la finalidad de ampliar la oferta de vivienda social o dotacional, los instrumentos de ordenación territorial y urbanística:* 1.º) podrán *establecer como uso compatible de los suelos dotacionales, el destinado a la construcción de viviendas dotacionales públicas*». Si bien la finalidad del precepto parece nítida, esto es, que desde el planeamiento territorial o urbanístico se admita el uso dotacional para vivienda protegida de dicha naturaleza, la redacción no es técnicamente todo lo perfecta que sería deseable. De un lado porque mezcla la compatibilidad del uso dotacional de otro específico asignado a vivienda protegida, como si se tratara de uso distintos, cuando la intención es reconocer en aquel el uso concreto para vivienda pública. De otro lado, porque el uso dotacional puede ser público o privado, y al introducir el uso de vivienda en dicha clasificación, puede dudarse de si el legislador estatal está previendo la implantación de viviendas dotacionales en el suelo del segundo tipo (que la propia LDV entiende de titularidad pública, como se ha visto), un viaje del todo innecesario dada la posibilidad de generarlo ya mediante un derecho de superficie o en régimen de complejo inmobiliario (art. 26.5 LSRU). Esta confusión de nociones bien pudiera ser intencionada, para así amparar mayores soluciones en relación con los usos y la vivienda dotacional, pero quizás podría haberse evitado con una mejor acotación de los conceptos empleados.

En todo caso, que existiera esa posibilidad no quiere decir que fuera la única opción puesto que la propia LSRU contempla la cesión de suelo dotacional [art. 18.1.a)] para la construcción de viviendas de protección pública en régimen de alquiler.

La LDV ha introducido alguna variación en este esquema, al indicar el artículo 15.1.a) 2.º que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística podrán – y no, deberán– «*establecer la obtención de suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes, cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas*».

Y la duda que entonces surge es si esa obtención de suelo para vivienda social o dotacional, que estaría además dirigida a satisfacer la cuota de reserva del 40 % de la edificabilidad residencial, debe ser con cargo a las obligaciones estipuladas en el artículo 18.1.a) o en el 18.1.b) de la LSRU, o ambas. Si fuera el primer caso, no estaría añadiendo la LDV nada nuevo, pudiendo cumplirse la previsión a través de la equidistribución y los estándares correspondientes en el ámbito de actuación; más, si fuera el segundo caso, significaría que toda la cesión de suelo que deba satisfacerse destinado a vivienda protegida de entre el 5 y el 15 % de la edificabilidad media ponderada de la actuación puede ir destinado a vivienda social o dotacional (si así lo estipula la legislación territorial o urbanística), limitando con ello el destino posible de los patrimonios municipales del suelo y la posibilidad de destinar esas cesiones, en particular, a otra tipología de viviendas protegidas y titularidad pública, como son las de renta limitada [art. 3.f)2.º) de la LDV].

A tenor del contenido del artículo 15.1.e) de la LDV, la duda planteada puede despejarse a favor de la segunda opción, pero no excluye la tercera, puesto que como modalidad especial en lo relativo a la obtención de suelos para viviendas dotacionales o sociales, dicho precepto estipula que en las zonas que hayan sido declaradas de mercado residencial tensionado, el suelo obtenido en virtud de la cesión relativa al tanto por ciento que corresponda de la edificabilidad media ponderada del ámbito de referencia en actuaciones de transformación urbanística [art. 18.1.b) de la LSRU], «*deberá destinarse necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales, y no podrá sustituirse por ningún otro uso público o de interés social ni por otras formas de cumplimiento del deber, salvo que se acredite la necesidad de destinarlo a otros usos de interés social*»[(19)].

(19) Para una valoración de las áreas tensionadas en lo relativo al control de precios del alquiler, ver (Gifreu i Font, 2023a: 61-98).

3. LA CONCORDANCIA ENTRE LA LDV Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE VIVIENDA

3.1 **Un sondeo general**

La limitada extensión del trabajo nos impide realizar una exposición sistemática y exhaustiva de toda la legislación autonómica de aplicación, si bien rastreando parte de ella, podemos encontrar las mismas técnicas que contempla la LDV en conjunción con la LSRU, así como fácilmente comprobar que las leyes deberán adaptarse al nuevo marco normativo estatal.

Anteriormente se ha hecho referencia a pie de página al artículo 38 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que establece una posible reserva de entre un 30 y 80 % de la edificabilidad residencial en suelo urbano no consolidado y urbanizable. Del mismo modo, por ejemplo, en la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSGal) fija esta reserva en un 10 % en suelo urbano no consolidado –dentro de cada distrito– y 30 % en suelo urbanizable –en cada Sector de suelo urbanizable; idéntica cuota de reserva establece el artículo 63 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria (LOTUCant). El modelo se repite en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LSTAnd) (art. 61.5). Por tanto, en todos estos casos y similares, estos porcentajes deben ser necesaria actualización de los porcentajes a la nueva redacción del artículo 20.1.b) de la LSRU tras la LDV (20 % y 40 %).

Por otro lado, al igual que el aludido artículo de la Ley castellano-leonesa, la Ley gallega permite fijar unos porcentajes menores de reserva para vivienda protegida en función de su demanda real en cada municipio, lo que es concretado anualmente por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo, en base a los inscritos en el Registro Único de Demandantes de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 42 LSGal) [20]. Del mismo modo, se exonera directamente del cumplimiento de las reservas cuando se trate de municipios con menos de 5.000 habitantes en el momento de la aprobación inicial, supeditado a que el plan «no contenga previsión para nuevos desarrollos urbanísticos en suelos clasificados como urbanos no consolidados y urbanizables que en la totalidad del municipio superen las 300 viviendas» (art. 42 LsGal); una previsión a nuestro juicio

(20) A dicho Instituto le atribuye la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia la competencia para «*impulsar y elaborar los instrumentos de ordenación necesarios y adoptar las medidas pertinentes para crear reservas de suelo residencial con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas*» (art. 72).

cuestionable dada la gran cantidad de población rural aún existente en Galicia[21], de modo que la excepción puede ser considerable, llegando a representar más del 20 % de incremento sobre el número de habitantes ya existentes[22].

Al igual que la ley gallega, la LOTUCant (art. 63) y la LSTAnd (art. 60), también prevén excepciones al cumplimiento de la reserva, supeditadas al cumplimiento íntegro de la reserva en el ámbito territorial correspondiente; además, la LOTUCant excepciona los pequeños municipios y aquéllos en régimen de despoblamiento, lo que exige informe favorable de la Consejería competente en materia de vivienda que justifique la inexistencia de demanda de vivienda protegida. Por su parte, el artículo 60.5 de la LSTAnd excepciona las «actuaciones concretas que tengan una densidad inferior a quince viviendas por hectárea y que, además, por su tipología no se consideren aptas para la construcción de este tipo de viviendas, siempre y cuando se garantice la reserva en el ámbito de ordenación correspondiente». No obstante, establece la Ley andaluza algo singular, como es que en este último caso, debe establecerse reglamentariamente «los casos en que pueda sustituirse por mayores cesiones de suelo al Ayuntamiento».

Por lo que respecta a la obtención de esos suelos para vivienda protegida, la LSGal es bastante más comedida, pues prevé la cesión del 10 % del aprovechamiento medio del área de reparto en suelo urbanizable por parte de los propietarios (art. 29 LSGal). Este mismo porcentaje se reproduce en la LSTAnd (art. 30). Más ambiciosa es, a estos efectos, la LOTUCant; así, tanto cuando se trata de actuaciones en suelo urbano (debe entenderse no consolidado, por cuanto lo supedita a unidades de actuación, artículo 40), como en actuaciones en suelo urbanizable (art. 44), la entrega del 15 % de aprovechamiento medio (en su caso, sobre el incremento de edificabilidad de que se trate), debe efectuarse necesariamente en suelo para vivienda protegida, salvo «imposibilidad debidamente acreditada», en cuyo caso se permite otras formas de cumplimiento del deber, como la entrega de suelo residencial o la monetización y, en todo caso, previa «previa valoración por técnico municipal y de acuerdo a la legislación estatal».

En ese sentido, resulta a nuestro juicio más sugerente, por la voluntad más decidida para implantar una política real de vivienda de forma coordinada con el planeamiento territorial y urbanístico la LOTUCant, y ello por

(21) Según el Instituto Galego de Estadística, a fecha de febrero de 2024, en el año 2023 Galicia tenía una población de 2.695.880 habitantes, de los cuales 955.569 viven en Zonas Intensamente Pobladas, 898.622 en Zonas Medianamente Pobladas, y 841.689 personas en Zonas Poco Pobladas.

(22) Según el Instituto Nacional de Estadística (Encuesta continua de hogares. Año 2020), el número medio de habitantes por hogar se sitúa en 2,50 personas.

El número medio de hogares en España aumentó en 129.100 durante 2020 y alcanzó los 18.754.800. El tamaño medio del hogar se situó en 2,50 personas, la misma cifra que el año anterior.

contemplar instrumentos y técnicas más claramente volcadas a ese fin[23]. Así, respecto a las mencionadas reservas para vivienda protegida desde el planeamiento, llama de entrada la atención la previsión del artículo 68 de la Ley cántabra: «*El Plan General de Ordenación Urbana contendrá, como mínimo, las siguientes determinaciones de carácter general: e) Justificación de la necesidad o innecesaridad, en su caso, de suelo para la construcción de vivienda protegida en el municipio*». La Ley es a nuestro juicio valiente y manda la inequívoca señal de que el planeamiento urbanístico municipal debe garantizar la existencia de suelo para vivienda protegida, incluyendo la dotacional (art. 61) o, en otro caso, justificar su ausencia de necesidad, como anteriormente hemos visto que también exige el artículo 35 de la Ley de Castilla y León de Urbanismo.

Frente a los anteriores modelos, la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco (LSUPV) contempla un régimen de estándares urbanísticos que conlleva importantes reservas para vivienda protegida para municipios con población superior a 3.000 habitantes (art. 82) (por tanto más exigente que la LSGal, por ejemplo), pero quizás algo «tramposa», al establecerse las reservas para vivienda protegida sobre el incremento de aprovechamiento, incluso cuando se trata de suelo urbanizable.

El artículo 82 de la Ley vasca dispone así la obligación de calificar para vivienda protegida en suelo urbano no consolidado en actuaciones integradas de uso predominantemente residencial, «como mínimo el 40 % del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial»; este porcentaje se desglosa a su vez en un mínimo del 20 % de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección social, y el restante porcentaje «hasta alcanzar el 40 %» con destino a viviendas tasadas. Lógicamente ese porcentaje sobre el incremento de la edificabilidad atribuida no va a cubrir la cuota de reserva que establece el 20 % del suelo urbanizado destinado a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización edificabilidad media residencial, que establece el artículo 20.1.b) de la LSRU y, por tanto, es preciso modificar la Ley vasca para adaptarse a la LDV en relación con este tipo de reservas.

3.2 **Una solución innovadora y un caso perturbador**

Finalmente queremos llamar la atención sobre dos Comunidades Autónomas: Cataluña y Madrid. La primera por contemplar reserva para

(23) La Ley de Cantabria 5/2014 de 26 de diciembre, de vivienda protegida de Cantabria, no contempla sin embargo ninguna previsión de relevancia en relación con el suelo y la planificación urbanística.

vivienda protegida en suelo urbano consolidado y, la segunda por establecer un régimen de vivienda protegida que sirve para desvirtuar por completo su concepción.

En efecto, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (TRLUCat), modificado por el Decreto-ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda contempla en el artículo 57.3 la obligación de los planes de ordenación urbanística municipal de reservar para la construcción de viviendas de protección pública *suelo suficiente para el cumplimiento de los objetivos definidos en la memoria social y, como mínimo, el suelo correspondiente al 30 por ciento del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación* [sea exclusivo vivienda o junto con otros usos, según el artículo 57.4], *destinada a venta, alquiler o a otras formas de cesión de uso*. Pues bien dicha obligación recae también en el suelo urbano consolidado, como precisa el artículo 57.6 del TRLUCat, lo que ha suscitado no poca controversia doctrinal y jurisprudencial, incluyendo si debe originar el derecho a obtener indemnización[(24)].

Resulta, además, elevadamente interesante que la propia Ley catalana establezca que en ese cálculo del 30 % no puede integrarse el techo residencial existente previamente, por tanto, el TRLUCat establece un objetivo nuevo a alcanzar por todo el planeamiento, al tiempo que un régimen transitorio, por cuanto esta previsión no rige en los sectores cuenten ya con planeamiento de desarrollo y proyecto de reparcelación aprobado, que se rigen por el planeamiento previo (art. 57.4). Igualmente, tampoco computa en el 30 % de la reserva los «alojamientos dotacionales integrados en el sistema urbanístico de equipamientos comunitarios» (art. 57.5), aclarando enormemente el panorama acerca de esta cuestión que, no obstante puede enturbiarse la previsión contenida en el artículo 15.1.a) de la LDV al que anteriormente se ha aludido, que conviene orientar hacia la carga establecida en el artículo 18.1.b) de la LSRU y no la del artículo 18.1.a), en la que encontraría encaje la previsión de la ley catalana.

Por lo que respecta a la Comunidad de Madrid, la situación es algo más deprimente en lo relativo a las reservas exigibles, aunque el régimen jurídico vigente puede encajar en el planteamiento que la LDV y la LSRU efectúan respecto a los tipos de viviendas de protección pública, la forma de obtención del suelo y, consecuentemente, donde pueden implantarse aquéllas.

(24) Ver al respecto Ponce Solé (2023), y Bastùs Ruiz (2024).

En efecto, conforme a la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo (LSCAM), la vivienda pública en Madrid se genera a partir de la calificación para ese uso de suelo privado o público (art. 3.2 y 173), mediante su incorporación a redes supramunicipales o generales atendiendo a «*las dimensiones y características suficientes para satisfacer adecuadamente las necesidades sociales actuales y potenciales*» (art. 36.5 LSCam), aunque la cohesión social puede verse comprometida en el primer caso, a consecuencia de que se admite su implantación al margen de estándares dotacionales[25]. Además, la cesión para esas redes generales disminuyó drásticamente en 2011, pues de prever originariamente la LSCam un estándar para redes generales de equipamientos sociales y servicios de 30 m^2 por cada 100 m^2 construidos en suelo urbanizable y no consolidado, la Ley 6/2011, de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas, sustituyó ese estándar por uno global de cesión para redes generales de 20 m^2 por cada 100 m^2 edificables.

Pero la crítica se agudiza si atendemos al régimen estipulado para vivienda protegida en la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid y sobre todo en su reglamento de desarrollo, aprobado por el Decreto 74/2009, de 30 de julio; esta norma exige para acceder o a las viviendas protegidas el (art. 3.2) de precio básico que los ingresos familiares no excedan de 5,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), y de 7,5 veces si son de precio limitado.

Este indicador fue fijado en la Ley de Presupuestos Generales para 2023 en 600 euros (7.200 euros anuales), cantidad prorrogada para 2024; por tanto, el acceso a las viviendas a precio básico exigen no superar los 39.600 euros de ingresos familiares mientras que para las de precio limitado (categoría creada en 2005, mediante el previo reglamento

(25) Las viviendas dotacionales se pueden implantar en suelo disponible de redes de servicios urbanos o de equipamientos sociales (educativos, culturales, sanitarios, asistenciales, deportivos, recreativos, administrativos y demás usos de interés social), sujetas a dos condiciones de edificabilidad; la primera que la edificabilidad del uso «*sea inferior al 5 por 100 de la edificabilidad residencial establecida por el planeamiento para el ámbito o sector*» y la segunda que al «*computarse la edificabilidad resultante como residencial a estos únicos efectos, se mantenga el cumplimiento de la dotación de redes públicas exigibles*», y que resulta del todo natural y lógica para garantizar un urbanismo sostenible y el derecho a la ciudad. Sin embargo, a continuación el artículo 36.2.c) de la LSCam contempla que estos requisitos no serán exigibles en el supuesto de redes supramunicipales. Por tanto, podemos encontrar viviendas de estas redes públicas que se implanten por encima de ese límite de edificabilidad (concentrándolas por ejemplo) y, además, donde no se mantenga el equilibrio del resto de redes públicas, infradotando la calidad de vida de los habitantes y, consecuentemente, de forma contraria a esos principios ya intrínsecos al urbanismo español, como evidencia el artículo 3.3 de la LSRU, entre otros muchos instrumentos legales, como los ODS (número 11: «lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles)» (Ver al respecto Ponce Solé (2019), Vaquer Caballería (2015).

de desarrollo de la Ley, expresamente para niveles adquisitivos más elevados), no se deben superar los 54.000 euros anuales.

Evidentemente, para la promoción de viviendas públicas siempre es más rentable la vivienda a precio limitado, de modo que el suelo calificado para tal fin tenderá a dirigirse a esa categoría[26], con el consiguiente efecto a su vez sobre el mercado de precio libre.

Junto a ese efecto, y la disminución de las cesiones de suelo para redes generales 2011, se suma la posibilidad de emplear patrimonios municipales de suelo a finalidades distintas, a pesar de su engordamiento con cargo a las cesiones de los propietarios sobre su aprovechamiento lucrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.1.b) de la LSRU. En este último sentido, el colmo del estrangulamiento de las viviendas de protección pública, de titularidad pública se produce en Madrid cuando el artículo 176 de la LSCam permite destinar los patrimonios municipales del suelo a los diversos usos que contempla, no prioritariamente vivienda protegida –además de cualquier categoría, sin limitación, sino también otros de interés social, entre los que se incluyen no solo facilitar operaciones de regeneración urbana, sino «el ejercicio de nuevas actividades empresariales o ampliar las existentes, que en ambos casos generen empleo y sean compatibles con el desarrollo sostenible» (art. 176 LSCam).

Por este motivo, la generación de suelo para parques públicos de vivienda sufre un estrangulamiento en la Comunidad de Madrid, y va a seguir haciéndolo a pesar del incremento de la reserva para vivienda protegida estipulada por la LDV, de modo u junto al denunciado déficit en lo relativo al derecho subjetivo a la vivienda realizado por Vaquer Caballeria (2015) –ante la ausencia de mecanismos eficaces para facilitar su acceso a la ciudadanía en peor situación socioeconómica–, tampoco la garantía del derecho objetivo a ese mismo bien puede decirse que esté al menos garantizado, ante la ausencia de mecanismos eficaces reales para promover el suelo necesario para su edificación.

BIBLIOGRAFÍA

Bermejo Latre, J. L., «La evolución de las políticas de vivienda en España del siglo xx», en VV.AA. (López Ramón, coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, 2010, pp. 165-196.

(26) El reglamento de desarrollo de la Ley de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, irónicamente no estipula ningún tipo de medida dirigida a proteger que no exista ese efecto, salvo en lacónico artículo 4 que no tiene otra finalidad que limitar la tipología de vivienda protegida básica o genérica, cuando el planeamiento le haya atribuido tal finalidad.

Bastús Ruiz, B., «El establecimiento de reservas de suelo para la construcción de vivienda de protección pública en suelo urbano consolidado y sus efectos, el caso de Cataluña», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, año 58, núm. 367, 2024, pp. 57-114.

Cerezo Ibarrondo, A., y Llamas Escribano, C., «Las reservas de suelo con destino a vivienda pública», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año 57, núm. 365-366, 2023, pp. 345-383.

Chinchilla Peinado, J. A., «Los patrimonios públicos de suelo en la Ley 8/2007, de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 237, 2007 pp. 135-158.

García-Álvarez García, G., «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en VV.AA. (López Ramón *et al.*, aut.) *Construyendo el derecho a la vivienda,* 2010, Marcial Pons, pp. 383-409.

Gifreu i Font, J., «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 230, 2023a, pp. 61-98.

— «Mecanismos de colaboración público-privada para la provisión y la explotación económica de vivienda asequible: un juego de suma positiva», *Revista Catalana de Dret Public,* 66, 2023b, 56-85, https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3998.

Iglesias González, F., «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* año 57, núm. 365-366, 2023, pp. 53-96.

— «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», en *Cuadernos de Derecho Local,* núm. 59, 2022, pp. 35-64.

— «La planificación de la vivienda protegida» en VV.AA. (López Ramón *et al.*, aut.) *Construyendo el derecho a la vivienda,* 2010, Marcial Pons, pp. 359-381.

— «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles», *Documentación administrativa,* núm. 271-272, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Derecho público de la acción social), pp. 515-544.

— *Administración pública y vivienda*, RDU Ediciones, 2000.

López Ramón, F., «Sobre el derecho subjetivo a la vivienda», en VV.AA. (López Ramón *et al.*, aut.) *Construyendo el derecho a la vivienda,* 2010, Marcial Pons, pp. 11-24.

Ponce Solé, J., «Suelo urbano consolidado y reservas para vivienda asequible en Barcelona», *Revista jurídica de Catalunya,* vol. 122, núm. 2, 2023, pp. 305-332.

— «El derecho a la ciudad y la Nueva Agenda Urbana: una aproximación integrada y sistémica a los derechos en la ciudad con referencia al derecho a la vivienda», en VV.AA. (Juli Ponce Solé, Wellington Migliari, Oscar Capdeferro Villagrasa, coords): *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana,* Atelier, 2019. pp. 115-151.

Ponce Solé, J., «Breve reseña histórica de la regulación de la vivienda en España y Cataluña existente con anterioridad a la ley 18/2007, de diciembre de derecho a la vivienda», en VV.AA. (coords. Juli Ponce Solé, Domènec Sibina Tomàs): *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional,* 2008, pp. 49-64.

Tejedor Bielsa, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida» en VV.AA. (López Ramón, coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, 2010, pp. 309-347.

Vaquer Caballeria, M., «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals,* núm. 39, junio 2024, pp. 123-146.

— «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», en *Cuadernos de Derecho Local,* núm. 59, 2022, pp. 96-117.

— «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja», REALA. núm. 7, mayo 2017, DOI: 10.24965/reala.v0i7.10421, pp. 68-85.

— «El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente» en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* núm. 32, 2015, pp. 121-154.

— *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, 2011, 167 pp.

Abreviaturas

LOTUCant	Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria.
LS56	Ley de Régimen de Suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956.
LSCam	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
LSGal	Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.
LSTAnd	7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.
LSUPV	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.
LVPV	Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible, aprobados por Naciones Unidas en el marco de la Agenda 2030.
TRLS08	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Suelo.
TRLUCat	Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

C. Vivienda dotacional

Rafael Fernández Bautista
Abogado
Doctor en Derecho
araferba@@icab.cat

Resumen: *La vivienda en suelo dotacional o, directamente, vivienda dotacional es una técnica que se reguló, en un principio y con sustantividad, por las Comunidades Autónomas con el objetivo de posibilitar, en suelo dotacional, la generación de viviendas asequibles para los colectivos con más problemas a la hora de acceder a una vivienda. El Estado, con anterioridad a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas había contemplado estas viviendas indirectamente a través de determinados Planes de Vivienda. Con la citada Ley se introdujeron diversas previsiones sobre este tipo de vivienda en la LSRU. Recientemente, la LDV también ha regulado este tipo de vivienda, con algunas novedades. Aun así, se considera que la regulación no es todo lo completa que cabría desear desde un punto de vista de la eficacia de las políticas públicas de vivienda.*

Palabras clave: *Vivienda. Suelo dotacional. Equipamiento.*

Abstract: *Housing on endowment land or, directly, endowment housing is a technique that was substantively regulated firstly by the Autonomous*

Communities with the aim of enabling, on endowment land, the generation of affordable housing for the groups with the most problems when accessing housing. The State, prior to Law 8/2013, of June 26, on Urban Rehabilitation, Regeneration and Renewal, had contemplated these homes indirectly through certain Housing Plans. With this Law, various provisions regarding this type of housing were introduced in the LSRU. Recently, the LDV has also regulated this type of housing, with some new features. Even so, it is considered that the regulation is not as complete as could be desired from the point of view of the effectiveness of public housing policies.

Keywords: *Housing. Endowment. Public equipment.*

Sumario: 1. La regulación de la vivienda dotacional hasta la LDV. 2. Las previsiones más relevantes de la LDV sobre vivienda dotacional. 3. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DE LA VIVIENDA DOTACIONAL HASTA LA LDV

Uno de los instrumentos que, primero y con detalle, la legislación de las Comunidades Autónomas y, más recientemente, la estatal ha regulado para intentar paliar el problema del acceso a la vivienda, sobre todo para aquellos colectivos más desfavorecidos, es la denominada vivienda en suelo dotacional o, directamente, vivienda dotacional.

Como ya hemos dicho en diversas ocasiones, entendemos que no es posible reconducir a un único régimen jurídico dicho tipo de vivienda debido a las diferentes previsiones normativas existentes pero sí que es posible indicar, si quiera sea brevemente, una serie de rasgos prácticamente comunes en todas [(1)].

En este sentido, en primer lugar, es posible destacar que se trata de una «técnica» (que nosotros hemos considerado principalmente como urbanística) introducida con el objetivo de actuar sobre una de las debilidades de

(1) Un análisis completo sobre este tipo de vivienda puede verse en mis estudios referenciados en el apartado de bibliografía. Igualmente, se debe hacer referencia a los trabajos de Vaquer Caballería (2001); Villar Rojas (2008); Tejedor Bielsa (2010); o Trias Prats (*RDU,* núm. 277, pp. 159-186).

las políticas públicas de vivienda como es la escasez de suelo, especialmente de titularidad pública, en el que construir vivienda asequible.

Y decimos especialmente porque si bien existe regulación autonómica que permite la materialización de este tipo de viviendas en dotaciones de titularidad privada[2], lo que avanzamos que nos parece acertado, es cierto que sobre todo las previsiones normativas se refieren a las que se asientan en suelo dotacional de carácter público.

En concreto, estas previsiones han arbitrado, junto con la obligación tradicional de la reserva de suelo para vivienda con algún régimen de protección[3], la posibilidad de permitir el uso residencial en el suelo dotacional obtenido por la Administración en el marco de operaciones urbanísticas.

Suelo en el que se pueden materializar viviendas, de carácter transitorio y rotatorio las más de las veces, para un colectivo de destinatarios bastante delimitado por ser aquella parte de la población con más dificultades para acceder a una vivienda.

Así, por ejemplo, el artículo 34.5 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña, define el equipamiento de alojamiento dotacional como aquel que *«se destina a satisfacer las necesidades temporales de habitación de las personas, en régimen de uso compartido de todos o una parte de los elementos del alojamiento con otros usuarios, o en régimen de uso privativo de una vivienda completa, por razón de: a) Dificultad de emancipación. b) Requerimientos de acogida, de asistencia sanitaria o de asistencia social. c) Trabajo o estudio. d) Afectación por una actuación urbanística»*.

Como se ha apuntado, la regulación expresa sobre este tipo de viviendas surgió particularmente de las Comunidades Autónomas, habiendo regulado el Estado esta técnica con cierta sustantividad[4] de forma más tardía.

---

(2) Por ejemplo, en Cataluña se permite el denominado *«equipamiento de alojamiento dotacional de iniciativa privada»* (*Vid.* Artículo 34.5.ter del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo).

(3) Viviendas que pueden ser materializadas en suelo de aprovechamiento privado («zonas» en terminología clásica urbanística, en contraposición con «dotaciones» o «sistemas»).

(4) Aunque para Villar Rojas (2008, p. 660) las dotaciones locales sin reserva específica de suelo, una de las dos modalidades que el autor señala respecto de la previsión de disponer de vivienda protegida como dotación pública, que se ha contemplado en alguna norma autonómica, parten del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, de medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, cuyo artículo 1.2 establecía que podrían acogerse a la financiación cualificada correspondiente a las viviendas promovidas para arrendamiento los alojamientos *«destinados a arrendamientos u otras formas de explotación justificadas por razones sociales, que constituyan fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva. En todo caso, deberán tener características adecuadas a ocupantes con*

Así, la «Ley de Suelo» de 2007 no contempló previsión específica y completa hasta que se aprobó la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, pese a que ya con anterioridad a esa norma se hacía referencia en la legislación de suelo (en clara alusión únicamente a la vivienda con protección pública globalmente considerada) a la vivienda «asequible» (5), adjetivo éste que es obvio que, por lo menos desde una interpretación teleológica, es predicable siempre de una vivienda dotacional.

Pues bien, actualmente el artículo 18.1 de la vigente LSRU, establece como uno de los deberes de las «actuaciones de urbanización» el de *«[e]ntregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención. En estos suelos se incluirá, cuando deban formar parte de actuaciones de urbanización cuyo uso predominante sea el residencial, los que el instrumento de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler, tanto en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable, como cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda.»*

Así, el legislador estatal consideramos que eligió, en el año 2013, una de las dos opciones que las Comunidades Autónomas han venido estableciendo en relación con la vivienda en suelo dotacional, esto es, incluir entre los suelos reservados (y a ceder) para dotaciones públicas el uso residencial sin aumentar el suelo de cesión (tal aumento es la segunda opción), lo que consideramos positivo en términos generales para evitar un aumento excesivo de cargas urbanísticas para los propietarios de ámbitos objeto de transformación.

---

circunstancias específicas definidas, tales como jóvenes, tercera edad, inmigrantes u otros, y siempre que tales actuaciones sean acordes con la integración social de dichos colectivos». También el artículo 73 del Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, reguló que podían acogerse a las ayudas financieras correspondientes a las viviendas protegidas de nueva construcción *«aquellas viviendas o alojamientos declarados protegidos […] que sean de nueva construcción, incluso en suelos dotacionales […] y destinadas a arrendamiento o a otras formas de explotación justificadas por razones sociales, especialmente para jóvenes, u otros colectivos, como personas mayores, personas con discapacidad, inmigrantes, universitarios y otros posibles ocupantes para los que las características de estas viviendas resulten adecuadas.»*

(5) *Vid.* la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2012, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Idea ésta que también parece encontrarse en el hecho de que, para la materialización efectiva de la obligación establecida (en definitiva se indica *«se incluirá»*), la misma siempre se asocia a actuaciones *«cuyo uso predominante sea el residencial»*, por lo que descarta operaciones urbanísticas diferentes de las puramente destinadas a la creación de viviendas como, por ejemplo, aquellas destinadas a usos puramente industriales o terciarias.

Por otro lado, destaca que la cuantificación del suelo que se destinará a la vivienda que estamos analizando se producirá en el correspondiente *«instrumento de ordenación»* sin fijarse, por tanto, un estándar mínimo o parámetro básico.

Y ello, se dice, bien *«en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable»*, bien *«cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas»*, lo que interpretado *a sensu contrario* parece abrir la posibilidad en determinadas ocasiones de que se genere vivienda en suelo dotacional aunque la normativa autonómica (urbanística o dictada bajo el paraguas de la competencia vivienda) no lo prevea[6].

2. LAS PREVISIONES MÁS RELEVANTES DE LA LDV SOBRE VIVIENDA DOTACIONAL

Pues bien, más recientemente, la LDV también ha optado por regular la vivienda dotacional.

---

(6) Como ya dijimos (*RDU* núm. 297bis/2015; pp. 123 A 134) esta última posibilidad parece haberse adicionado, según nuestro entender, con la idea de (intentar) evitar la anulación de planes urbanísticos que incluyan la vivienda en suelo dotacional, como parte de la política pública de vivienda, sin el paraguas de la correspondiente legislación, tal y como ya dejó sentado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Por ejemplo, la Sentencia de dicho Tribunal de 1 de junio de 2005 (confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2010) estableció: *«Efectivamente este tribunal comparte a la letra el posicionamiento reseñado en el Preámbulo de la Ley 10/2004 de 24 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo […] en el sentido que sólo a partir de esa Ley se habilita al planeamiento urbanístico general para que incluya en su regulación un nuevo sistema urbanístico llamado de viviendas dotacionales públicas al efecto de satisfacer los requerimientos temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia o de emancipación justificadas en políticas sociales previamente definidas. […] Siendo ello así […] bien se puede comprender que, sin la cobertura legal necesaria para el establecimiento de unos sistemas como los pretendidos debe prosperar la demanda articulada, eso sí y sólo, en lo que al régimen de sistemas corresponde, debiendo quedar reducido el régimen establecido a una mera calificación urbanística, que como se ha dicho no cabe entenderla carente de justificación urbanística, pero que no puede alcanzar la naturaleza pretendida de sistemas.»*

Vamos a ver a continuación brevemente, en atención a la necesaria síntesis a la que obliga el presente trabajo, si añade cuestiones nuevas o no a lo previsto por la LSRU.

En este sentido, es posible destacar lo siguiente:

A. En primer lugar, en cuanto a la categorización de este tipo de vivienda, la LDV (art. 3.f, dedicado a *«definiciones»*) incluye la vivienda dotacional dentro de una de las modalidades de la «vivienda protegida», en concreto, en la «vivienda social» (7).

Este tipo de vivienda se define como *«vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También será considerada vivienda social aquella cuyo suelo sea de titularidad pública sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente»*, añadiéndose que tal tipo de vivienda *«podrá desarrollarse sobre terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público»*.

La primera conclusión que puede sacarse es que para la LDV, a diferencia de lo que posibilita alguna legislación autonómica como hemos visto antes, la vivienda que estamos viendo únicamente puede ser «pública» (8).

---

(7) Como ha señalado Fuertes López (2023, p. 61) *«[u]na de las primeras premisas que se ha de cumplir cuando lo que se pretende es ofrecer una serie de definiciones legales es el de su carácter unívoco y, de igual manera, que quien realiza esa definición sea quien pueda (y sobre todo deba) acometer esa labor. No parece que, en el presente caso, se cumpla con ninguno de los objetivos. Así, en el párrafo con el que se abre el artículo 3 de la Ley del Derecho a la Vivienda se establece: – De un lado, que estas definiciones carecen de carácter universal puesto que lo son a los efectos de lo dispuesto (únicamente, debemos precisar) en esta Ley. – De otro, que son definiciones (legales) en tanto que no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas, esto es, las efectuadas por quien tiene competencia para fijar ese concepto»*. De ahí que, en efecto, como indicábamos, no es posible reconducir a un único régimen jurídico la vivienda dotacional, ni siquiera a nivel de definición exacta.

(8) Por otro lado, recuérdese que el artículo 27.1 de la LDV cuando regulaba las viviendas que podrían integrarse en los parques públicos de vivienda señalaba expresamente, entre otras, las viviendas dotacionales públicas. De hecho, en el Preámbulo de la LDV se indicaba: *«Las viviendas dotacionales públicas, junto con el resto de la vivienda social, formará parte del parque público de vivienda que se regula específicamente en el título III, y que estará sujeto a limitaciones para asegurar su pervivencia y su destino como instrumento al servicio de las políticas de vivienda»*. No obstante, como es conocido, la STC 79/2024, de 21 de mayo, ha declarado tal previsión como inconstitucional y nula.

Obviamente, siendo así, su uso entendemos que únicamente se podrá realizar, cuando hablemos de las viviendas dotacionales de la LDV, mediante fórmulas rotatorias, en coherencia con las previsiones de la propia LSRU sobre la materia, como son el alquiler, la cesión o «*o cualquier otra fórmula de tenencia temporal*».

Y, aunque la Ley para estas «fórmulas» las considere como aquellas sujetas «*a limitaciones de renta o de venta*», consideramos que las viviendas dotaciones públicas no podrán ser objeto de transmisión en términos estrictos («venta») ya que, repetimos, se reitera que las viviendas lo serán (siempre) en suelo de titularidad pública, por lo que, precisamente, la «limitación» en relación a la «venta» lo que está indicando entendemos que es la prohibición de la misma[9], amén de que el propio artículo 3 de la norma imposibilita que las viviendas dotacionales puedan ser consideradas como *«vivienda protegida de precio limitado»*.

Por otro lado, en atención a la propia finalidad de las viviendas en suelo dotacional, y pese a que en el Preámbulo de la LDV se indica que estas viviendas lo son *«para garantizar el acceso a las mismas a personas en situaciones de vulnerabilidad o en exclusión social»,* lo cierto es que el artículo 3.f) de la misma norma al incluir, como hemos visto, la vivienda dotacional en la vivienda social, entendemos que el colectivo de aquéllas puede ser el general de éstas, esto es, *«personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado»* sin más precisión (y en coherencia con la LSRU, que, recordemos, habla de *«colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda»*).

Y eso, a nuestro juicio, puede ser positivo para no rigidizar los concretos colectivos destinatarios y permitir que la normativa autonómica los concrete, especialmente en aplicación de lo dispuesto en el propio artículo 3 de la LDV cuando establece que las definiciones que se formulan lo son *«[a] los efectos de lo dispuesto en esta ley, y en tanto no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas»*.

Y eso sin olvidar que también entendemos que la vivienda dotacional puede entenderse también como «vivienda social de emergencia», que para la LDV es *«aquella vivienda social que esté destinada a atender situaciones de emergencia, ofreciendo solución habitacional a corto*

(9) De hecho, en el Preámbulo de la LDV se señala que estas viviendas sirven para *«para garantizar el acceso a las mismas a personas en situaciones de vulnerabilidad o en exclusión social, en régimen de alquiler, derecho de superficie u otras modalidades de tenencia temporal admitidas por la legislación aplicable»*, sin referencia a «*cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta*».

plazo y de forma temporal, con carácter universal y hasta que se provea de una vivienda alternativa permanente, a personas y familias en situación de pérdida o imposibilidad para acceder a una vivienda adecuada, independientemente de las condiciones documentales y administrativas de las personas afectadas».

Asimismo, del artículo analizado se debe destacar que la LDV permite que las viviendas que estamos viendo se puedan materializar *«en»* suelo dotacional público o *«estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público»*, lo que entendemos que comporta que la LDV ha optado porque esta vivienda pueda desarrollarse *ex novo* sobre terrenos dotacionales, en coherencia con las previsiones de la LRSU, o, y esto consideramos que es una novedad en relación con aquélla, en «dotaciones» ya materializadas (esto es, *«en»* equipamientos públicos afectos al servicio público). Lo que, a su vez, nos lleva a pensar que es el motivo por el que la LDV no se refiere a las viviendas «en» suelo dotacional sino directamente a viviendas dotacionales, ya que despeja cualquier duda sobre «dónde» se pueden materializar.

Finalmente, este artículo 3 f) establece que *«[l]a vivienda social podrá gestionarse de manera directa por las administraciones públicas o entidades dependientes, por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, o a través de fórmulas de colaboración público-privada, que sean compatibles con el carácter de la misma»*.

Aunque la Ley parece que únicamente hace referencia a la «gestión» y no se hace expresa mención a la propia «construcción» de la vivienda parece obvio que, si se apuesta por la colaboración público-privada (CPP), ambas operaciones son posibles[(10)].

Como destacaremos en la última parte de este trabajo, es obvio que si se apuesta por la colaboración público-privada (CPP) en relación con la vivienda dotacional, es imprescindible que también abarque la propia construcción de la misma y no únicamente su gestión.

B. Especial atención, por su novedad, según entendemos, merece el artículo 15 de la LDV (titulado «*Derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística*»).

Este precepto establece *«en el marco de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana»* una serie de *«criterios básicos en el ámbito de la ordenación territorial y*

(10) También entendemos que la CPP puede materializarse con socios que tengan ánimo de lucro aunque en el Preámbulo se indica que «*Las viviendas dotacionales públicas podrán gestionarse por las administraciones públicas, sus entidades dependientes o entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda*».

urbanística» [11], de los cuales destacan dos en relación con la materia que estamos viendo.

Así, en primer lugar, se regula, que para *«ampliar la oferta de vivienda social o dotacional, los instrumentos de ordenación territorial y urbanística: 1.º Podrán establecer como uso compatible de los suelos dotacionales, el destinado a la construcción de viviendas dotacionales públicas. 2.º Podrán establecer la obtención de suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes, cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas.»*

Al respecto, si bien el primer apartado podemos que guarda total coherencia y lógica con la LSRU, el segundo plantea novedades en relación con la misma.

En efecto, como hemos visto antes, el artículo 18.1 de la LSRU «únicamente» hace referencia a las «actuaciones de urbanización», que es una de las dos «actuaciones de transformación urbanística» conforme al artículo 7.1 del mismo texto legal.

En cambio, el precepto de la LDV que estamos analizando habla en general de las «actuaciones de transformación», lo que parece incluir no solo a las «actuaciones de urbanización» sino también a las «actuaciones de dotación».

Además, indicábamos que la LSRU parecía que había optado por incluir entre los suelos reservados (y a ceder) para dotaciones públicas el uso residencial sin aumentar el suelo de cesión (tal aumento es la segunda opción).

En cambio, nótese como la LDV parece admitir (aunque no queda claro de forma absoluta) la posibilidad de que se obtenga suelo específico, con cargo a las actuaciones indicadas, esto es, una suerte de aumento de suelo de cesión, si bien *«cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas.»*

En segundo lugar, el artículo 15 de la LDV también establece la novedad de que para *«garantizar el derecho de acceso a la vivienda en los municipios en los que se hayan declarado uno o más ámbitos como zonas de mercado residencial tensionado, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 18.2 de esta ley, el suelo obtenido en cumplimiento del deber regulado por la letra b) del apartado 1 del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación*

(11) O *«mandatos»* dirigidos *«a) A los instrumentos de ordenación territorial y urbanística»* y *«b) A la legislación sobre sobre ordenación territorial o urbanística»*, según Terol Gómez (2023, p. 175), aunque el primer mandato es *«relativo»* dado que el artículo, como veremos, hace uso del «podrán» en lugar del «deberán».

Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, deberá destinarse necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales, y no podrá sustituirse por ningún otro uso público o de interés social ni por otras formas de cumplimiento del deber, salvo que se acredite la necesidad de destinarlo a otros usos de interés social.»

Pues bien, el citado precepto de la LSRU regula uno de los deberes asociados a las actuaciones de urbanización (por tanto, no para las actuaciones de dotación), consistentes en la obligación de:

> *«[e]ntregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Con carácter general, el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por ciento en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 20».*

Esto parece implicar, en aquellos municipios en los que se hayan declarado uno o más ámbitos como zonas de mercado residencial tensionado, que en el suelo de cesión indicado únicamente podrá construirse y gestionarse viviendas sociales o dotacionales.

Así, el Preámbulo de la LDV dice, en relación con esta previsión, que «*se garantiza que se construya vivienda dotacional en los suelos procedentes del cumplimiento del deber previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Para ello se impide que, en los municipios donde exista desajuste entre la oferta y la demanda de vivienda habitual, pueda sustituirse la entrega de este suelo por otras formas de cumplimiento del deber o que se pueda destinar a otros usos de interés social distintos al anterior.»*

3. REFLEXIONES FINALES

Una vez más debemos valorar como positivo que el Estado, siguiendo la senda de las Comunidades Autónomas, continue regulando y apostando en cierta forma por la vivienda dotacional que puede ser, sin duda alguna, una de las mejores técnicas, según nuestra opinión, para atacar al problema del acceso de la vivienda, especialmente para los colectivos más desfavorecidos.

No obstante, consideramos que en aras a garantizar la seguridad jurídica y la claridad de las normas, impedir contradicciones con la LRSU y evitar conflictos de competencia y de interpretación en relación con la regulación autonómica, lo deseable hubiera sido que la LDV hubiese ampliado la modificación de la LRSU que realiza, llevando a la norma de suelo las estrictas cuestiones relacionadas con esa materia.

Por otro lado, igualmente consideramos que la LDV también debería, cuanto menos, permitir la vivienda dotacional «privada» ya que, entendemos, que se podrían aumentar el número de alojamientos de este tipo y así generar más recursos para atacar el problema de acceso a la vivienda.

Finalmente, además de meras declaraciones, a veces grandilocuentes, de la normativa autonómica o estatal sobre la posibilidad de que las viviendas dotacionales se materialicen y gestionen a través de la CPP, creemos que sin duda alguna es necesario realizar una apuesta clara por esta fórmula, especialmente cuando estamos ante vivienda dotacional «pública» que es, como decíamos, por la que se decanta la LDV.

Y es que al margen de que la CPP se «permita», lo cierto es que podrá aparecer el problema habitual en relación con la financiación de su construcción, la puesta a disposición de las personas destinatarias y la gestión posterior y continuada en el tiempo de estos alojamientos.

Como ya hemos dicho el alguna ocasión[12], desde nuestro punto de vista, creemos que la fórmula de la CPP, en el sentido y finalidad que tiene actualmente[13], puede servir en determinadas ocasiones (porque la CPP

(12) Por ejemplo, en *Revista General de Derecho Administrativo* (36) 2014.

(13) Nos referimos a la CPP en sentido «estricto o reciente» con características propias respecto del auxilio tradicional del sector privado al público que, en ningún caso, puede confundirse con las denominadas privatizaciones públicas. En el ámbito comunitario, las características propias de la nueva forma de entender las relaciones entre el sector público y el privado se suelen identificar tradicionalmente a partir de lo que dispuso en su momento el Libro Verde de la Comisión europea acerca de la CPP y concesiones, de 30 de abril de 2004, que en su apartado 2 establece que los elementos que caracterizan a las operaciones de CPP son: *«– La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar. – El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.– El importante papel del operador económico, que*

no debe ser considerada siempre como la panacea sino que debe apostarse por ella cuando realmente tenga sentido) para que dichos entes públicos encuentren el auxilio necesario en el sector privado, al estilo de lo que ha venido ocurriendo en otros sectores de actividad pública, para su impulso y materialización efectiva.

Especialmente, según nuestra opinión, debe optarse por la colaboración «contractual» (concesión o, incluso, a través del derecho de superficie) [14] más que por la «institucional», sobre todo por la considerable independencia que tiene que tener el sujeto privado a la hora de desempeñar su cometido (aspecto básico para este tipo de proyectos), lo que se garantiza de forma más intensa con el primer tipo de CPP sobre el segundo según nuestro punto de vista.

CPP que para nosotros debería configurarse partiendo de una serie de premisas.

En primer lugar, que en el diseño del proyecto debe participar activamente el socio privado desde el momento en que asuma tal posición.

En segundo lugar, como mínimo el socio privado se deberá hacer cargo, financiando, de la construcción de las viviendas, de su gestión (con los usuarios) y mantenimiento, así como, en caso de resultar necesario, de la renovación de sus elementos parciales o totales.

Y es que creemos que la CPP en este campo será una opción interesante si se plantea con una implicación total del sujeto privado. Y ello pasa no solo por configurar a este como el responsable de la construcción de la vivienda sino también de su gestión. Al fin y al cabo estas viviendas no están pensadas para su transmisión a los particulares (lo que solamente comportaría su construcción) sino para la creación de un parque de viviendas que tendrá rotación continúa [15].

---

participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos. –El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos».

(14) En relación con las posibilidades de celebrar un contrato de derecho de superficie en relación con un bien demanial (caracterización que tendrá en principio la vivienda en suelo dotacional) puede verse mi estudio (2012) citado en el apartado bibliográfico, con recopilación de la doctrina y jurisprudencia relacionada con el particular.

(15) Igualmente, entendemos que el edificio/s en el que se insertarán tales viviendas debe conllevar también la posibilidad de materializar el resto de elementos constructivos y servicios para hacer atractiva la operación al sector privado, con la idea de obtener ingresos adicionales a los propios de los que dispondrá por la gestión de las viviendas sociales indicadas (normalmente, un canon o renta en contraprestación a su alquiler). Lo que incluso permitirá que en este tipo de proyectos cobre todo

En tercer lugar, en este tipo de operaciones la cuestión clave será la delimitación de los riesgos derivados del proyecto concreto, siendo nuestra propuesta que tanto los riesgos de construcción, como los de disponibilidad sean asumidos por el sujeto privado de la relación. Por el contrario, en relación con el riesgo de demanda entendemos que no deberían ser asumidos totalmente, o no siempre, por el sujeto privado de la CPP si la materialización de los mismos (esto es, que no haya usuarios de las viviendas construidas) no puede ser imputable a dicho sujeto.

Y es que, en definitiva, el problema de acceso a la vivienda debe comportar una implicación y colaboración total entre entes públicos y privados (con o sin ánimo de lucro).

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Bautista, R., *Colaboración público-privada para la provisión de vivienda pública, asequible y de ocupación temporal. El caso particular de la vivienda en suelo dotacional,* tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2012.

— «Sobre la vivienda en suelo dotacional y su provisión mediante la técnica de la colaboración público-privada», *Revista General de Derecho Administrativo* (36) 2014, Iustel.

— «Colaboración público-privada para la provisión de vivienda social de alquiler en suelo dotacional público», comunicación al *I Congreso Nacional sobre Vivienda Social, Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla-marzo de 2014*.

— «La vivienda en suelo dotacional en el Texto Refundido de la Ley de Suelo», *RDU,* 297bis/2015; pp. 123 A 134; versión inglesa –«Public housing in the Spanish Land Act»– en el mismo número).

Fuertes López, J., «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley por el Derecho a la Vivienda: Ley 12/2023, de 24 de mayo,* editorial jurídica Sepín, 2023, pp. 57 ss.

Tejedor Bielsa, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», dentro de la obra colectiva *Construyendo el derecho a la vivienda*, VV.AA., López Ramón, Fernando (Coord.), editorial Marcial Pons, 2010, pp. 310-311.

Terol Gómez, R, «Artículo 15», en *Comentarios a la Ley por el Derecho a la Vivienda: Ley 12/2023, de 24 de mayo,* editorial jurídica Sepín, 2023, pp. 173 ss.

Trias Prats, B., «Reserva de suelo para vivienda protegida y uso residencial dotacional», *RDU,* núm. 277 (noviembre de 2012), pp. 159-186.

su sentido el denominado *Project finance*, esto es, que el sujeto privado pueda obtener financiación externa por la posibilidad de que el proyecto se financie mediante los ingresos o flujos de caja que se derivan de su propia explotación.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, editorial Iustel, 2001.

VILLAR ROJAS, F. J., «La reserva de suelo para vivienda protegida», en *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI, libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma, tomo urbanismo y vivienda,* AA.VV., editorial Reus y Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 635-673.

D. Los derechos urbanísticos de realojamiento y retorno[1]

Judith Gifreu Font
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
judith.gifreu@uab.cat

Resumen: *Este trabajo analiza en profundidad los derechos de realojamiento y retorno en el contexto de la legislación básica de suelo y la legislación urbanística autonómica, partiendo de su evolución normativa para centrarse en su regulación actual. Estos derechos, que se configuran legalmente en el marco de las actuaciones de transformación urbanística –tanto en intervenciones de nueva urbanización como de regeneración o renovación de áreas urbanas consolidadas– buscan evitar la expulsión y desarraigo de las personas al ofrecer una vivienda de reemplazo en caso de demolición o rehabilitación. También se exploran los requisitos subjetivos y objetivos para ejercitar estos derechos, y los procedimientos a seguir según el tipo de intervención (expropiatoria o no expropiatoria).*

(1) Este trabajo se ha realizado como miembro del Grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili «Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad», reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

Palabras clave: *Derecho urbanístico; derecho de realojamiento; derecho de retorno; vivienda de sustitución.*

Abstract: *This paper analyses in depth the rights of rehousing and return in the context of basic land legislation and regional urban planning legislation, starting from their normative evolution to focus on their current regulation. These rights, which are legally configured in the framework of urban transformation actions –both in new urban development interventions and in the regeneration or renovation of consolidated urban areas– seek to avoid the expulsion and uprooting of people by offering replacement housing in the event of demolition or rehabilitation. It also explores the subjective and objective requirements for accessing these rights, and the procedures to be followed depending on the type of intervention (expropriation and non-expropriation).*

Keywords: *urban planning law; right to re-housing; right of return; replacement housing.*

Sumario: 1. El reconocimiento de los derechos de realojamiento y retorno en la ejecución de actuaciones urbanísticas. 2. Un breve excurso sobre la evolución normativa de los derechos de realojamiento y retorno. 3. Regulación actual: las actuaciones sujetas a los derechos de realojamiento y retorno. 4. Requisitos subjetivos y objetivos del derecho de realojamiento: las condiciones de acceso de las personas afectadas a una vivienda de sustitución. 4.1 Requisitos subjetivos. 4.2 Requisitos objetivos: la vivienda de reemplazo como contenido material del derecho. 5. El procedimiento de realojamiento. 5.1 El procedimiento de realojamiento en el sistema de actuación urbanística mediante reparcelación. 5.2 El procedimiento de realojamiento en el sistema de actuación urbanística mediante expropiación o en la gestión urbanística aislada mediante expropiación u ocupación directa. 6. Reflexión final. Bibliografía.

1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE REALOJAMIENTO Y RETORNO EN LA EJECUCIÓN DE ACTUACIONES URBANÍSTICAS

Una de las consecuencias que pueden derivarse de la actividad de ejecución de los instrumentos de planificación urbanística, especialmente en actuaciones dentro de núcleos urbanos consolidados, es el impacto sobre las viviendas situadas en edificios que, al ser objeto de rehabilitación integral o demolición por incompatibilidad con el plan urbanístico o

para conseguir reservas de suelo dotacional, generan perjuicios a los residentes habituales, quienes se ven obligados a desalojar el inmueble. La incorporación de la función social en el urbanismo, a partir de la aprobación de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, permitió que el derecho de propiedad trascendiera la mera obtención de un beneficio individual, superando la visión limitada de la legislación civilista. Esto explica que las intervenciones urbanísticas busquen no solo la rentabilidad económica, particularmente cuando son de iniciativa privada, sino también mejoras sociales en interés general, como el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada a sus necesidades. Sin una regulación que proteja adecuadamente el componente social de las políticas urbanísticas, los efectos colaterales sobre el tejido urbano existente pueden ser demoledores. Buena muestra de ello son la segregación residencial, el desarraigo forzoso y los cambios económicos que provocan los procesos de gentrificación a raíz de la expulsión de los antiguos residentes de una zona urbana, que no pueden hacer frente al encarecimiento de los servicios y el costo de la vivienda, y son sustituidos por nuevos residentes de alto poder adquisitivo. Este fenómeno es aun si cabe más desalentador cuando los desalojados de su vivienda son personas mayores que deben emigrar a la periferia urbana, lejos de sus redes de apoyo comunitario (Gifreu Font, 2024). En consecuencia, el enfoque que impulsa las actuaciones orientadas a «hacer ciudad» en el suelo urbanizable (ajuste entre cargas y beneficios y recuperación de plusvalías) no debe aplicarse de manera automática y mimética en las áreas consolidadas de la ciudad, puesto que las prioridades en suelo urbano son distintas (regeneración de barrios degradados[2], sustitución de infravivienda, etc.)[3].

Históricamente, la respuesta jurídica ante operaciones urbanísticas que resultaban en la pérdida de la vivienda habitual era la de valorar el derecho a extinguir y establecer un justiprecio conforme a la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), para luego aplicar el procedimiento de desalojo administrativo previsto en los artículos 120 a 135 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. En la actualidad, los derechos de realojamiento y retorno ofrecen una solución alternativa, garantizando el acceso a una vivienda de sustitución que cumpla con las necesidades de los ocupantes –aunque no necesariamente idéntica a la afectada–, preferiblemente dentro del mismo ámbito de actuación. Si no hubiera disponibilidad en ese ámbito, se

(2) Sobre el papel de la regeneración urbana y su relación con el derecho a la vivienda y el derecho a la igualdad, *Vid.* Ponce Solé (2013, pp. 40-51).

(3) En relación con las actuaciones contra el chabolismo y la marginalidad residencial llevadas a cabo en Madrid, puede consultarse Lago Ávila (2014).

procura que la nueva vivienda esté lo más cercana posible a la ubicación original. De ahí que estos derechos –que persiguen el mantenimiento del *statu quo* jurídico del realojado frente a las alteraciones de la ordenación urbanística– estén estrechamente vinculados con el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE (Gifreu Font y Fernández Bautista, 2008, p. 255).

En términos generales, la ejecución de un plan urbanístico puede implicar la pérdida de bienes y derechos para el propietario, compensados con una indemnización en el caso de la gestión privada, o con un justiprecio si se trata de gestión pública. En el caso de pérdida de la vivienda habitual, surge el derecho al realojamiento –además de las indemnizaciones que procedan–, lo que obliga a la parte expropiante o al promotor de la actuación a garantizar la entrega de una vivienda alternativa. Esta reubicación plantea importantes retos logísticos, por no hablar de las dificultades económicas o sobrecostes de obtener suelo para construir edificios donde realojar a los afectados a los que asiste un derecho de realojamiento. Este derecho no se basa en la titularidad de la vivienda, sino en el hecho de que el afectado resida en ella de manera habitual. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2005, relacionada con las expropiaciones para la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas, se interpretó que el derecho de realojamiento no se aplicaba de forma general a cualquier ocupante legal de una vivienda habitual, sino que únicamente se reconocía a los ocupantes legales que cumplan las condiciones para acceder a una vivienda sujeta a régimen de protección pública. El Tribunal Supremo corrigió esta interpretación en su sentencia de 5 de junio de 2009, aclarando que la expresión «dentro de los límites establecidos por la legislación protectora» se refiere a las características de la vivienda y las condiciones de su adjudicación, y no a la situación económica del afectado.

2. UN BREVE EXCURSO SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DE REALOJAMIENTO Y RETORNO

La disposición adicional quinta de la LS90[(4)] instaura por vez primera en la legislación urbanística el derecho de realojamiento en actuaciones de ejecución, en coherencia con uno de los principios rectores de la política

(4) Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

social y económica, como es el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE , recientemente reconocido como «derecho constitucional» por la STC 79/2024, de 21 de mayo (F.J. 3.B). Hasta entonces, la única mención al realojamiento y retorno se establecía en el marco del incumplimiento de los plazos de edificación de inmuebles (art. 161 TRLS76)[5] y resultaba en la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales, que no se subrogaban en la nueva construcción, con desconocimiento por tanto del derecho de retorno del arrendatario a la nueva edificación –contrariamente a lo que establecía la normativa arrendaticia (arts. 62 y 81 de la LAU de 1964). Esa disposición adicional quinta se replicó fielmente en la disposición adicional cuarta del TRLS92[6], cuyo apartado segundo fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo[7]. Básicamente, establecía tres supuestos distintos, en función de la naturaleza de las actuaciones ejecutadas: actuaciones mediante el sistema de expropiación, actuaciones sistemáticas mediante operaciones de reparcelación –sistemas de compensación o cooperación– y actuaciones aisladas no expropiatorias (edificatorias). La Ley 6/1998, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones no contempló el realojamiento entre los deberes de los propietarios del suelo urbano (art. 14), dando por suficiente la regulación subsistente del TRLS92.

La LS07[8] introdujo una separación evidente entre el régimen urbanístico básico de la propiedad del suelo y el régimen de las actuaciones de transformación urbanística, de tal manera que los clásicos deberes de los propietarios de suelo urbanizable pasaban a ser deberes de la promo-

---

(5) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(6) Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(7) Ese apartado segundo rezaba así: «*2.ª Cuando se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, no tendrán derecho de realojo los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia con su aportación de terrenos, hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados o los que pudiera establecer, como superficie máxima, la legislación protectora de viviendas.*

En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá a la Administración actuante, en las condiciones señaladas en la regla 1.ª, computándose como gastos de la actuación urbanística los de traslado y otros accesorios que recayesen sobre los ocupantes legales.»

La STC 61/1997 mantuvo la constitucionalidad del deber de realojamiento en actuaciones expropiatorias y en actuaciones aisladas no expropiatorias, pero lo anuló en relación con las actuaciones que se ejecutaran mediante otros sistemas de actuación por entender que esta previsión no encajaba en el concepto de norma básica ya que incidía sobre una materia (la ejecución del planeamiento) sobre la que el Estado carece de competencias y añadía que «*aquí no se pretende garantizar un derecho del particular frente a una actuación expropiatoria; antes al contrario, su objeto es justamente negarlo, cerrando por completo la regulación del derecho, cuestión ésta que corresponde a las Comunidades Autónomas*.»

(8) Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

ción de las actuaciones de transformación urbanística, ya se tratara del propietario de los terrenos objeto de la ejecución urbanística o bien de la iniciativa privada, aunque sin alterar la regla relativa a la afectación del suelo –en términos de garantía real– a la ordenación prevista en el plan que se ejecuta; esto es, a pesar de la escisión entre derechos de propiedad y de promoción, el propietario mantenía la facultad de participar en las actuaciones de urbanización, mediante un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación. Sin perjuicio de la vigencia de la disposición adicional cuarta del TRLS de 1992, la LS07 contiene una única mención a los derechos de realojamiento y retorno en su artículo 16, relativo a los deberes legales de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, en virtud del cual dichas actuaciones deben «*e) Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente*», esto es, en los términos establecidos por el legislador autonómico de la ordenación territorial y urbanística. Puede observarse, pues, que, de resultas de esta nueva concepción de las competencias del Estado en aquello que involucra al urbanismo y en consonancia con la STC 61/1997, el legislador estatal resolvió en adelante no regular el derecho de realojamiento cuando se emplearan sistemas distintos a la expropiación, dejando a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de desarrollar esta normativa, con resultados dispares –regulación pormenorizada en unas y ausente en otras[9]– según el territorio.

En línea continuista, el TRLS08[10] incluyó los derechos de realojamiento y retorno entre los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística (art. 16.1.e) y replicó la disposición adicional cuarta del TRLS92 en su disposición adicional undécima. No obstante, la normativa experimentó un cambio significativo con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (L3R), cambio que había anticipado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, al clasificar las intervenciones de rehabilitación y renovación urbanas como actuaciones de transformación urbanística (art. 110.2)[11].

(9) *Vid.* el artículo 108 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia, según el cual «*Los derechos de realojo y retorno de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual se ejercerán de conformidad con lo establecido en la legislación estatal aplicable*.»

(10) Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo.

(11) Sobre la nueva orientación de las políticas urbanísticas hacia la rehabilitación y regeneración de los tejidos urbanos existentes, *Vid.* Tejedor Bielsa (2013).

La L3R introduce una mayor precisión en las definiciones e incorpora, dentro de la actuaciones de transformación urbanística, las actuaciones edificatorias, las cuales comprenden tanto las de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente, como también las de rehabilitación edificatoria, es decir, la realización de obras y trabajos de mantenimiento o intervención en los edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos de la LOE, cuando no concurran los elementos que configuran la esencia de las actuaciones de transformación urbanística (la urbanización, la reforma o renovación de ésta y los reajustes entre nuevas dotaciones y los incrementos de edificabilidad o densidad y los cambios de uso). Y, a renglón seguido, adaptó el régimen de los deberes urbanísticos a esta nueva configuración (art. 14 y disposición final duodécima, apartado octavo, de la L3R y arts. 14 y 16 del TRLS08).

3. REGULACIÓN ACTUAL: LAS ACTUACIONES SUJETAS A LOS DERECHOS DE REALOJAMIENTO Y RETORNO

La evolución normativa del régimen de los derechos de realojamiento y retorno cristaliza por el momento en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (LSRU), que mantiene inescindible el tratamiento legal de ambos derechos, los cuales, si bien «no son idénticos, participan de semejante naturaleza»[(12)]. El realojamiento implica trasladar a una persona a una nueva vivienda cuando no es viable reconstruir en el lugar original; por su parte, el retorno se refiere a la vuelta al mismo inmueble en el que se residía previamente una vez finalizadas las obras, inmueble que ha de estar situado «en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado» (art. 19.2 de la LSRU).

La regulación del derecho de realojamiento que se realiza en los artículos 18 y 19 del LSRU como un derecho-deber vinculado a las actuaciones de transformación urbanística responde al ejercicio de las competencias estatales sobre condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), así como sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE) y procedimiento administrativo común y expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE). En el caso de actuaciones expropiatorias, es el legislador estatal quien fija

(12) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2016. Garantía registral de los derechos de realojamiento y retorno de los ocupantes legales afectados por una actuación urbanística (*BOE* número 136, de 6 de junio de 2016).

las condiciones para hacer efectivo este derecho, mientras que, en los restantes, la competencia recae en las Comunidades Autónomas[13].

El deber de garantía del realojamiento y retorno se incluye entre los deberes legales vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística (art. 18 LSRU), que integran actuaciones de urbanización –ya sean de nueva urbanización[14] o las que prevean su reforma o renovación– (art. 7.1.a), actuaciones de dotación (art. 7.1 b) y actuaciones edificatorias, las cuales incluyen tanto las de sustitución de la edificación existente por un nuevo inmueble como las de rehabilitación –se entiende que integral, puesto que el derecho de realojamiento requiere el desalojo del inmueble– (art. 7.2); sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 LSRU. Adicionalmente, y como ya establecía el artículo 16.4 del TRLS08, con carácter excepcional y siempre que se justifique adecuadamente que no cabe ninguna otra solución técnica o económicamente viable, se permite que el planeamiento urbanístico exima del cumplimiento del deber de nuevas cesiones de suelo a las actuaciones que prevean aumentos de la densidad o edificabilidad para sustituir la infravivienda por vivienda con destino al realojamiento y el retorno que exija la correspondiente actuación.

El artículo 19 LSRU, que reproduce el artículo 14 de la L3R, distingue como ya es clásico, entre actuaciones –sistemáticas o integradas y asistemáticas o aisladas– expropiatorias y no expropiatorias, a los efectos de identificar los sujetos obligados a garantizar el derecho al realojamiento en el marco de la ejecución de actuaciones sobre el medio urbano que precisen el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual (art. 19.1). La garantía del derecho se establece «*en los términos establecidos por este artículo y por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*» y tiene como presupuesto que la actividad de ejecución requiera el desalojo de los inmuebles situados dentro del ámbito de dicha actuación.

---

(13) El apartado segundo del artículo 24 (art. 10 de la L3R) establecía, entre las reglas específicas de las actuaciones sobre el medio urbano, que el acuerdo administrativo mediante el cual se delimitaran los ámbitos de actuación conjunta o se autorizaran las actuaciones a ejecutar de manera aislada, debían contener un plan de realojamiento temporal y definitivo, y de retorno, en su caso. Esta previsión fue declarada inconstitucional por la STC 143/2017, de 14 de diciembre, por cuanto la referencia a la delimitación de los ámbitos para las actuaciones suponía una extralimitación estatal de competencias mediante el recurso a técnicas e instrumentos urbanísticos.

(14) Las actuaciones de nueva urbanización se desarrollan en suelo urbanizable (en términos del legislador estatal, suponen el paso de un suelo en situación de rural a un suelo en situación de urbanizado), evidenciando que el derecho de realojamiento no se circunscribe exclusivamente a las operaciones sobre el medio urbano (que engloban la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, *ex articulo* 2.1 LSRU). Por ejemplo, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía prevé el deber de realojamiento tanto en operaciones en suelo urbano –actuaciones de mejora y de reforma interior– como de nueva urbanización (arts. 28, 30 y 32).

De acuerdo con la legislación estatal básica, el derecho de realojamiento se garantiza legalmente en los supuestos y con sujeción a las reglas siguientes, sin perjuicio de que los instrumentos de planeamiento urbanístico puedan ampliar los supuestos aplicables o establecer previsiones más favorables para los beneficiarios del derecho[15]:

a) Actuaciones expropiatorias.

Son sujetos obligados la *Administración expropiante* o, en su caso, cuando la actuación urbanística se desarrolle mediante gestión indirecta en forma integrada o aislada, el *beneficiario de la expropiación*. Estos sujetos deben poner a disposición de los ocupantes legales afectados *viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora*.

En primer lugar, cabe resaltar que ninguna novedad presenta este redactado, pues reproduce *ad litteram* la regulación del TRLS92, orillando aspectos dudosos que podían haberse clarificado en la LSRU con una redacción más depurada. Uno de ellos es la condición de las viviendas de sustitución. Parece evidente que en ningún caso se está exigiendo que estén sujetas a un régimen de protección; lo que se deduce del precepto es que el realojamiento va a comportar la puesta a disposición de una vivienda al precio y con las condiciones previstos por la legislación autonómica reguladora de la vivienda protegida, lo que sin duda facilita la aplicación de los criterios de valoración de la vivienda, puesto que se hará coincidir con el precio máximo de una vivienda protegida equivalente[16].

La entrega de la vivienda de reemplazo –en el régimen en que se viniera ocupando la expropiada– equivale al abono del justiprecio expropiatorio, salvo que el expropiado opte por percibirlo en metálico, en cuyo caso no tendrá derecho de realojamiento. Esta disposición es especialmente acertada, habida cuenta de que garantiza el realojamiento en cualquier circunstancia, considerando que las indemnizaciones no siempre cumplen con el principio de «garantía de indemnidad patrimonial» que exige la jurisprudencia. No obstante, es igualmente relevante contar con un parque inmobiliario diverso que permita evitar situaciones de injusticia, donde

(15) *Vid.* la STS de 2 de febrero de 2011 que se pronuncia en el sentido de que la garantía del realojamiento no puede preverse ni ser exigido sin cobertura legal; en el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 18 de septiembre de 2013 que niega este derecho en una actuación sistemática no expropiatoria por el hecho de que, por entonces, la normativa autonómica no regulaba el derecho en este supuesto específico.

(16) De la misma opinión es Iglesias González (2022, pp. 901-902).

adjudicaciones de distinto valor vulneren el principio fundamental de igualdad de trato y el reparto equitativo de los beneficios y cargas [17] entre los propietarios afectados por la actuación urbanística.

Es importante destacar también que los gastos derivados del realojamiento no se consideraban inicialmente gastos de urbanización (arts. 58 ss. del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978), ya que el TRLS76 no contemplaba este aspecto. Sin embargo, la legislación autonómica impone, como cargas de urbanización que corren a cargo de los propietarios de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución (actuaciones a desarrollar mediante reparcelación), los gastos de realojamiento de vivienda que procedan a favor de propietarios o titulares de derechos sobre edificios y construcciones que deban ser demolidos con motivo de la ejecución de la ordenación. No es éste el lugar para analizar exhaustivamente los desarrollos autonómicos en esta materia, pero pueden citarse como ejemplos el artículo 147 de la Ley vasca 2/2006, de 3 de junio, de Suelo y Urbanismo (LVSU) y el artículo 114 del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (TRLUCat) que imponen la obligación de asumir los costes asociados al derecho de realojamiento, incluidos los gastos de traslado y otros accesorios que recaigan sobre los ocupantes legales, considerándolos como gastos de urbanización sufragados por los propietarios.

b) Actuaciones en ámbitos de gestión conjunta mediante procedimientos no expropiatorios.

En las actuaciones que requieran la delimitación de polígonos o unidades de actuación en el marco de actuaciones sistemáticas o integradas mediante los clásicos sistemas de compensación o cooperación u otros sistemas de actuación que fije la normativa autonómica, el sujeto obligado es el *promotor de la actuación* –propietario, comunidad reparcelatoria, etc.– [18]. En estos casos, el promotor debe garantizar el realojamiento en las condiciones que establezca la legislación aplicable, esto es, la normativa autonómica. Tan parca regulación estatal permite a las Comunidades Autónomas perfilar una regulación que puede llegar a ser muy dispar, de modo que hubiera sido recomendable incidir en la garantía de realojamiento, en los términos indicados por la STC 61/1997 [19]. De

(17) Sobre la quiebra del principio de equidistribución en relación con el derecho de realojamiento, *Vid.* Feijóo Miranda (2010, pp. 176 ss.).

(18) Esta regulación supone un cambio notable respecto de lo que establecía el TRLS92, el cual cargaba esta obligación sobre los hombros de la Administración.

(19) *«[…] el Estado podría, en su caso, establecer como norma básica una garantía mínima de carácter compensatorio, para aquellos supuestos en los que, si bien no se actúa por*

hecho, la inconstitucionalidad del realojamiento en actuaciones no expropiatorias se fundamentó únicamente en la competencia autonómica en materia de urbanismo, sin atender al hecho de que esa garantía de realojamiento para los ocupantes legales de viviendas en los procesos de ejecución del planeamiento podía incardinarse en la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1CE (Quintana López, 2014, p. 2483; Feijóo Miranda, 2011, pp. 71-74), como se ha pergeñado a partir de la LS07 al orientarlo como un deber en el marco de las actuaciones de transformación urbanística.

c) Actuaciones aisladas no expropiatorias.

Las legislaciones de suelo y urbanística se ocupan del derecho de retorno de manera muy escueta remitiendo, en cuanto a los términos de su ejercicio, a la LAU, cuya disposición adicional octava contempla el supuesto en términos muy parecidos [20]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «el derecho de retorno de los arrendatarios se configura *ex lege*, sin que ningún precepto legal exija la formulación expresa en la solicitud de derribo presentada de un compromiso en este sentido, correspondiendo a la jurisdicción civil dilucidar los problemas que en relación al ejercicio de dicho derecho pudieran surgir» (STS de 17 de mayo de 2012, ECLI: ES: TS:2012:3315). El único reconocimiento de este derecho en la LSRU se ciñe a lo establecido en el apartado 19.2 (actuaciones aisladas no expropiatorias).

Aunque relativamente «nuevo» en la regulación urbanística, el derecho de retorno es una figura tradicional de la legislación arrendaticia como causa de excepción a la prórroga forzosa de arrendamientos urbanos. En el ámbito urbanístico, el derecho de retorno se anuda a las actuaciones urbanísticas aisladas (edificadoras) no expropiatorias en que es necesario proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral de un edificio –con conservación de fachada o de estructura, se entiende–. Los arrendatarios

---

expropiación, los ocupantes legales se ven privados de sus viviendas.»

(20) La disposición adicional octava de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) dispone la aplicación de la normativa arrendaticia en los supuestos de actuaciones aisladas no expropiatorias:

« *[…] Cuando en las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento urbanístico, fuera necesario proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral con conservación de fachada o de estructura de un edificio, en el que existan viviendas urbanas arrendadas sea cualquiera la fecha del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a que el arrendador de la citada finca le proporcione una nueva vivienda de una superficie no inferior al 50 por 100 de la anterior, siempre que tenga al menos 90 metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere, si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado*».

de viviendas que constituyen su residencia habitual y de las que no pueden hacer uso a consecuencia de las obras de rehabilitación o demolición, tienen derecho a un alojamiento provisional, así como al retorno cuando sea posible, siendo ambos derechos ejercitables frente al dueño de la nueva edificación, y por el tiempo que reste hasta la finalización del contrato. Su ámbito de aplicación se limita, por tanto, a los supuestos de contratos de arrendamiento, de modo que ante la ausencia de relación contractual (precaristas) no cabe el derecho de retorno.

Los beneficiarios de la garantía de retorno son únicamente los arrendatarios de las viviendas demolidas, a los cuales se les reconoce también un derecho de alojamiento provisional –que la LSRU no reconoce en los supuestos de realojamiento–[(21)]. Ambos derechos son ejercitables ante el dueño de la nueva edificación por un tiempo limitado: el tiempo que reste hasta la finalización del contrato. Para hacer efectivo el derecho de retorno, el propietario de la finca debe proporcionar una nueva vivienda, *cuya superficie no sea inferior al cincuenta por ciento de la anterior y siempre que tenga, al menos, noventa metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere, si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado* (art. 19.2). Puede comprobarse que, a diferencia de las actuaciones expropiatorias, donde el derecho al realojo está asegurado en todas las circunstancias –siempre que concurran los requisitos exigibles: ocupación legal, vivienda habitual localización en el ámbito de actuación–, en el ámbito de la gestión privada no ocurre lo mismo. Resulta llamativo que no se garantice el derecho de realojamiento para los ocupantes legales en régimen de propiedad –como se establecía en la disposición adicional cuarta del TRLS92, con la única limitación de que los afectados hubieran de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a 90 m^2 o los que la

(21) La normativa autonómica contempla la posibilidad de que no pueda materializarse el realojamiento definitivo del titular del derecho debido a la falta de viviendas de sustitución en el momento de la ocupación física de la vivienda afectada. Se prevé entonces que el sujeto obligado proporcione un alojamiento transitorio o, en su defecto, una compensación con su equivalente económico, hasta que se produzca el realojamiento definitivo. Aunque este alojamiento sea provisional, debe cumplir con los requisitos legales de habitabilidad y tener condiciones similares a la vivienda afectada (STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2003, sobre un caso de realojamiento temporal en una vivienda modular con problemas de humedad). Ese alojamiento provisional puede hacerse efectivo en alojamientos dotacionales pensados específicamente para necesidades temporales de residencia, como se establece en el artículo 34.5 del TRLUCat. Es evidente que, si el alojamiento provisional se ocupa en régimen de alquiler, el obligado a hacer efectivo el realojamiento debe responsabilizarse del pago del importe de la renta, de los gastos de traslado de domicilio y de las altas de servicios y suministros. Algunas normativas autonómicas prevén el alojamiento transitorio o temporal mientras no se hace efectivo el realojamiento (disposición adicional segunda del LVSU; art. 219.2 del RLUC; art. 199 del Decreto castellanomanchego 29/2011).

legislación protectora de viviendas fijara como superficie máxima–. Parece que se asume implícitamente que el propietario siempre podrá acceder a la vivienda de sustitución resultante de la operación de rehabilitación, debido a su condición de titular de una cuota de participación. Sin embargo, podría darse el caso de que un propietario no pueda asumir los costos asociados a la intervención edificatoria, como las derramas, lo que le impediría adquirir los derechos necesarios para obtener una vivienda de sustitución –que ya no tendría que ofrecerse a precios de VPO, al no existir un derecho de realojamiento–. Sería conveniente, pues, que el artículo 19.2 señalara que el derecho de realojamiento subsiste para los propietarios en aquellos casos en que su título de propiedad no les garantice, en la futura «reparcelación interior» del edificio, una vivienda rehabilitada de dimensiones y características equivalentes a la actual.

4. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL DERECHO DE REALOJAMIENTO: LAS CONDICIONES DE ACCESO DE LAS PERSONAS AFECTADAS A UNA VIVIENDA DE SUSTITUCIÓN

4.1 **Requisitos subjetivos**

El derecho de realojamiento es el derecho que, en el marco de una actuación de ejecución del planeamiento urbanístico que requiera el derribo de las viviendas afectadas y su sustitución, se reconoce a las personas ocupantes legales de viviendas afectadas que constituyan su residencia habitual con el fin de ser realojadas en las condiciones y con los requisitos que establecen las legislaciones de suelo, urbanística y de vivienda. Este derecho es personal e intransferible por título *inter vivos* y *mortis causa* (STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 2002), salvo en el caso de los herederos forzosos o del cónyuge supérstite, siempre y cuando acrediten que comparten con el titular en términos de residencia habitual, la vivienda objeto del realojamiento (art. 19.3 LSRU). Su reconocimiento es independiente del derecho a percibir la indemnización que corresponda por la extinción de derechos preexistentes, salvo en el caso de que se actúe por expropiación –en cuyo caso el afectado deberá elegir entre el realojamiento o el justiprecio, pero no ambos– (art. 19.6 LSRU), sin perjuicio de la incidencia que este reconocimiento pueda tener en la determinación de la indemnización.

El derecho de realojamiento no es incondicionado (STSJ de Madrid de 22 de abril de 2005), pues para su ejercicio es necesario acreditar el cumplimiento de determinados requisitos. La LSRU se limita a precisar que debe tratarse de «ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual», dejando al legislador autonómico la concreción y desarrollo de los requisitos urbanísticos exigibles:

a. Son titulares del derecho tan solo los ocupantes legales de una vivienda afectada por la ejecución del planeamiento, en virtud de un título de propiedad o de otro derecho real, de un derecho de arrendamiento o de otro derecho personal de uso de la vivienda, sin perjuicio de que las personas que ocupan una vivienda sin justo título puedan adquirirlo por el paso del tiempo mediante usucapión. En este sentido, la ocupación sin título de una vivienda no genera derechos sobre la misma, ni el pago de gastos asociados al uso durante más de una década otorga legitimidad alguna (STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 970/2006, de 26 de julio de 2006, FJ1)[22]. En cuanto a los ocupantes de viviendas que no cuentan con licencia de obras o están fuera de ordenación, se admite el reconocimiento del derecho siempre y cuando el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística haya prescrito (Iglesias González, 2022, p. 899). Por el contrario, las situaciones de ruina quedarían fuera de ese reconocimiento al no considerarse actuaciones aisladas no expropiatorias (Sibina Tomàs, 2007, p. 142; Ramos Medrano, 1996, p. 88). La vivienda se entrega en el mismo régimen en que se viniera ocupando la afectada. Así, si el titular del derecho lo es en virtud de título de propiedad u otro derecho real, la adjudicación se produce por el mismo título; si lo es en virtud de un derecho de arrendamiento u otro derecho personal de uso de la vivienda, el realojamiento se produce en virtud del mismo derecho, con una duración coincidente con el plazo que resta de vigencia del título originario y en las condiciones de renta que establece la normativa en materia de vivienda.

La extinción del derecho de arrendamiento conlleva dos efectos jurídicos importantes: la obligación de proporcionar una vivienda alternativa (realojamiento) y el pago de una indemnización por la terminación del contrato. Esta compensación se calcula «capitalizando la diferencia de rentas entre la satisfecha en virtud del contrato de arrendamiento que se extingue, y la que conforme al derecho de realojamiento ha de ponerse por la Administración a su disposición» (STSJ del País Vasco, 22 de marzo de 2001). La exigencia de contar con un título legítimo y suficiente ha

(22) Sobre el reconocimiento del derecho de realojamiento en las ocupaciones de viviendas sociales consentidas por la propiedad y la Administración, *Vid.* Amezcua Ormeño (2012).

resuelto las antiguas dudas sobre si el derecho de realojamiento debía ser reconocido a ocupantes de hecho sin contrato formal, o a precaristas que habían sido tolerados. Algunas corrientes doctrinales sostenían que estas personas podrían reclamar el realojamiento si lograban acreditar su derecho por cualquier medio legalmente aceptable.

b. El inmueble debe constituir la residencia habitual de los afectados, de modo que el derecho de realojamiento se circunscribe únicamente al uso residencial, sin extenderse a otros usos urbanísticos (STSJ de Castilla y León, 23 de enero de 2004), lo que impide el reconocimiento del derecho a las personas que han hecho de un local su lugar de residencia. La acreditación de que se trata de la residencia habitual se puede llevar a cabo por cualquier medio admitido en derecho (por ejemplo, consumos de agua y luz), si bien este carácter se presume cuando la vivienda afectada consta como domicilio de la persona ocupante en el padrón municipal y también a efectos fiscales (presunción *iuris tantum* que, como tal, admite prueba en contrario). Es obvio que ni la vivienda ocasional ni la de temporada constituyen residencia habitual, pudendo definirse esa vivienda habitual como «el lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable» (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, IB vs. FA, FD 38; STS 21 noviembre 2017), lo cual denota un grado suficiente de estabilidad en el lugar. Son varias las normativas que definen lo que debe entenderse por vivienda habitual; por ejemplo, a los efectos de la aplicación de determinadas exenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se considera vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años (disposición adicional vigesimotercera del texto refundido de la Ley del IRPF). Menos exigente que la normativa fiscal, el artículo 2.3 de la LSRU, de carácter básico, define la residencia habitual a los efectos del derecho de realojamiento como «la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un periodo superior a 183 días al año» (art. 2.3), sin necesidad de que esta residencia sea continuada. Alguna norma urbanística autonómica también había concretado esa habitualidad con anterioridad a la previsión estatal[23].

c. La habitualidad debe haberse consolidado con anterioridad a la aprobación de los instrumentos jurídicos habilitadores de la actividad de ejecución urbanística y, además, debe mantenerse hasta el momento en que se entregue la posesión de la vivienda de sustitución, salvo causa jus-

(23) Se considera que la residencia habitual es la que consta como domicilio de la persona que ocupa la vivienda afectada en el padrón municipal y que se ocupa efectivamente más de seis meses al año (art. 2, letra b), del Decreto catalán 80/2009, de 19 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico de las viviendas destinadas a hacer efectivo el derecho de realojamiento, y se modifica el Reglamento de la Ley de urbanismo con respecto al derecho de realojamiento).

tificada (así lo establecen, por ejemplo, el artículo 197 del Decreto 29/2011, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha y el artículo 219, apartados primero y segundo del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, RLUC). Como se señala en la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 952/2005, de 2 de noviembre de 2005, «la residencia ha de referirse al momento en que comenzaron las actuaciones urbanísticas que determinaron el desalojo de las viviendas, que en este caso es el año de 1997 en que se acordó la expropiación, aunque la ocupación no tuviera lugar hasta el año 1999 y las listas de adjudicatarios de las nuevas viviendas se elaboraran el siguiente año». Así, y sin ánimo exhaustivo debido a las posibles variables, *en la ejecución del planeamiento mediante el sistema de reparcelación* la vivienda afectada deber constituir la residencia habitual de los afectados con anterioridad a la aprobación de los instrumentos de planeamiento o de gestión urbanística, en función del tipo de actuación;[24] mientras que en *la ejecución del planeamiento mediante el sistema de expropiación o, en el caso de gestión urbanística aislada, mediante expropiación u ocupación directa*, esa residencia habitual debería existir en el momento de la aprobación inicial de la relación de bienes y derechos, si se trata de actuaciones aisladas o de polígonos de actuación urbanística en suelo urbano delimitados directamente por el planeamiento general.

4.2 **Requisitos objetivos: la vivienda de reemplazo como contenido material del derecho**

Para hacer efectivo el derecho es preciso ofrecer una nueva vivienda de sustitución por cada una de las viviendas afectadas por la actuación, con independencia de que en una misma vivienda pueda convivir más de una unidad familiar. En este sentido, se puede traer a colación la STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2004, en la que se analiza si se puede atender la petición de la parte actora, que reclamaba con carácter principal la adjudicación de dos viviendas (una para ella y otra para la familia de su hijo). El Tribunal se pronuncia en contra: «Y así, como se argumenta en la STS, 3.ª, de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9684), dicha norma 'persigue, en lo que ahora importa, sustituir por otra cada vivienda afectada por las actuaciones administrativas de remodelación de la zona, satisfaciendo

(24) *Vid.* la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2003 en relación con un contrato de arrendamiento posterior a la fecha de aprobación definitiva de un PERI.

las necesidades del núcleo familiar que como tal residía en esa vivienda, sin que dicha norma, en sí misma, extienda sus previsiones a la satisfacción de las plurales necesidades de vivienda que surgidas por una disgregación de ese núcleo familiar no hubieran determinado ya antes la efectiva residencia de los miembros disgregados en otras tantas viviendas sitas en la zona objeto del proceso de remodelación».

La vivienda de sustitución, que puede ser de nueva planta o no, se entrega con el mismo régimen de tenencia con que el afectado ocupaba la vivienda afectada. En cuanto a su ubicación, debe localizarse dentro del mismo ámbito de actuación, siendo conveniente que el proyecto de reparcelación especifique en cuales de las nuevas edificaciones se materializa el derecho de realojamiento. Cuando las viviendas de sustitución no puedan emplazarse en el ámbito de actuación, ya sea en razón de las tipologías edificatorias, de los usos previstos o por otras causas debidamente justificadas, se atenderá al criterio de mayor proximidad a la ubicación originaria. Pero si incluso esta opción se frustra y resulta materialmente imposible ofrecer dicha vivienda, los titulares del derecho de realojamiento tienen derecho a su equivalente económico, que no puede ser otro que el valor de mercado de la vivienda afectada.

La superficie de la vivienda debe adecuarse a las necesidades del titular del derecho de realojamiento, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora –habitualmente, el límite se ha fijado en 90 metros cuadrados–; y si se trata de una persona con discapacidad, la vivienda debe ser accesible, de conformidad con la normativa aplicable (art. 16.5 LSRU) [25]. Contrasta inexplicablemente esta previsión con la establecida para el derecho de retorno, que dispone la adjudicación de una vivienda cuya superficie no sea inferior al 50 % de la anterior, garantizándose siempre una superficie mínima de 90 metros cuadrados, excepto que la vivienda afectada no alcanzara esta superficie, en cuyo caso se garantizaría la superficie de la vivienda afectada.

Sobre la condición de la vivienda de reemplazo en las actuaciones por expropiación (art. 19.1, letra a) de la LSRU), ya se ha comentado que en

(25) *Vid.*, sin perjuicio de la normativa autonómica sobre la materia, en el ámbito estatal, el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Orden TMA/851/2021, de 23 de julio, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados; y el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

ningún caso se exige que la vivienda sea protegida[26]. No obstante, la normativa autonómica puede establecer dicha exigencia, como hace el RLUC al establecer que el realojamiento de personas afectadas por actuaciones urbanísticas se realiza en viviendas de sustitución que se corresponden con cualquiera de las tipologías existentes de vivienda protegida –sin que, obviamente, se les exija la concurrencia de los requisitos subjetivos para acceder a las viviendas con protección oficial–. No obstante, la reubicación en vivienda sometida a un régimen de protección pública puede «agravar» la posición jurídica del ocupante legal de una vivienda libre ya que está sujeta a unas condiciones de transmisión (precios máximos de venta y rentas máximas de los adquirentes, con posible sujeción a autorización administrativa) que la vivienda libre no tiene. Además, puede comportar que, en la práctica, el valor de la nueva vivienda sea inferior al precio de mercado de la vivienda desalojada. Pero también debe indicarse que si, por el contrario, el derecho de realojamiento se materializara en una vivienda no sometida a un régimen de protección, entonces la diferencia de valor que debería asumirse sería muy elevada y la solución no puede pasar por aplicar los módulos aplicables a las tipologías de vivienda protegida, pero sin calificar la vivienda, habida cuenta de que entonces se produciría un enriquecimiento injusto en favor de los titulares del derecho de realojamiento.

Tratándose además de una vivienda que debe cumplir las condiciones y requisitos exigibles a las viviendas protegidas, se plantea la duda de si estas viviendas de sustitución deben computar a los efectos del cumplimiento de las reservas de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. La respuesta debería ser negativa, puesto que «las condiciones de venta o alquiler vigentes para las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública» lo son únicamente para materializar el realojamiento, pero esto no debería impedir que el realojado pueda vender la vivienda de sustitución a precio de mercado[27].

Es importante subrayar que el realojamiento no implica necesariamente la entrega gratuita de una vivienda al propietario, sino que esta se

(26) En todo caso, dependerá de la regulación que fije cada Comunidad Autónoma. El Decreto catalán 80/2009, de 19 de mayo, creó una tipología de vivienda protegida –denominada vivienda para afectados urbanísticos (HAUS)– específicamente destinada a hacer efectivo el derecho de realojamiento que englobaba tanto vivienda de nueva construcción como usada, en régimen de venta o de alquiler. La primera transmisión de la vivienda que realizaba el sujeto obligado a hacer efectivo el derecho de realojamiento no se sujetaba a los procedimientos de adjudicación de viviendas de protección pública. En cambio, las restantes transmisiones que llevara a cabo el titular del derecho a favor de terceros y las posteriores transmisiones de los sucesivos adquirentes quedaban sujetas a derechos de adquisición preferente.

(27) La LVSU, en cambio, considera que las viviendas de realojamiento deben computar en los estándares de vivienda protegida (disposición adicional segunda). La misma previsión se contempla en el RLUC, pero es que, en este caso, las viviendas de realojamiento deben ser viviendas protegidas (art. 291.sexties.1).

facilita bajo las condiciones de venta o alquiler vigentes en el régimen de protección oficial (STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2007), siendo el desalojado quien debe asumir el precio o la renta correspondiente cuando la vivienda de reemplazo reúne mejores condiciones que la vivienda original. En este sentido, se ha señalado que «Los gastos de realojamiento implican la diferencia entre el valor de la vivienda antigua que se adquiere por la promotora y el valor de la vivienda nueva que la misma promotora debe construir o comprar para sustituir a la otra, más los gastos de traslado de una a otra; los ocupantes de las antiguas viviendas, precisamente por tal condición, al concluir la actuación urbanística se encontrarán viviendo –por cuanto se daban las restantes exigencias para la consecución de una VPO– en una vivienda nueva (cuyas limitaciones de disponibilidad son bien conocidas) pero sin haber aumentado por la operación su patrimonio, habiendo simplemente mejorado su situación social.» (STS de 3 de enero de 2008) (28).

5. EL PROCEDIMIENTO DE REALOJAMIENTO

En aplicación de la competencia exclusiva estatal en materia de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), el apartado 4.º del artículo 19 de la LSRU establece unas pautas o normas procedimentales comunes que se limitan a reiterar en forma muy sucinta partes de la estructura del procedimiento administrativo común con el ánimo de que se integren en los procedimientos específicos contemplados en la normativa urbanística autonómica. Esos procedimientos varían necesariamente en función de si el realojamiento se produce, bien en el marco de actuaciones por el sistema de reparcelación, o bien en actuaciones por el sistema de expropiación o en la gestión urbanística aislada mediante expropiación u ocupación directa.

5.1 **El procedimiento de realojamiento en el sistema de actuación urbanística mediante reparcelación**

En el sistema de actuación urbanística mediante reparcelación, el proyecto de reparcelación que se someta a aprobación inicial debe incorporar

(28) Iglesias González considera que el realojamiento debe ser gratuito cuando se mantengan las condiciones relativas a las superficies de las viviendas de origen (2022, p. 911). En contra de considerar que este derecho implica una entrega gratuita de la vivienda de reemplazo, *Vid.* Feijóo Miranda (2011, p. 180) y Ramos Medrano (1996, p. 87).

las características y condiciones[29] de ejercicio del derecho de realojamiento, así como la relación de las personas ocupantes de viviendas que ostentan su titularidad dominical de conformidad con los datos proporcionados por el padrón municipal de habitantes o por cualquier otro medio admitido en derecho. La LSRU señala que corresponde a la Administración actuante –ni al beneficiario de la expropiación ni al promotor– la identificación, mediante cualquier medio admitido en derecho, de los ocupantes legales en los que concurren los requisitos para ser sujetos beneficiarios del derecho de realojamiento, de modo que esa información debe ser recopilada por la Administración, aun cuando se trate de un proyecto de reparcelación de iniciativa privada.

Una vez acordada la aprobación inicial, esta debe ser notificada a todos los ocupantes legales de viviendas afectadas por la actuación, otorgándoles un trámite de audiencia –durante el mismo plazo que el previsto para el eventual trámite de información pública, si procede– con el fin de que los interesados acrediten el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para ser titulares del derecho de realojamiento y de que soliciten el reconocimiento del derecho de realojamiento o renuncien a su ejercicio. En este sentido, para facilitar la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios para ser titular del derecho de realojamiento, es esencial que la notificación indique la fecha en la que la residencia debería tener el carácter de habitual. En cualquier caso, la falta de respuesta al requerimiento efectuado, dentro del plazo establecido, no impide la continuación del procedimiento[30], sin que ello suponga que la relación de titulares del derecho no pueda ampliarse a posteriori. Por último, la Administración debe aprobar el listado definitivo de las personas que tienen derecho a realojamiento y notificarlo a los afectados –sin perjuicio de que más adelante se reconozca el derecho a otros afectados que, cumpliendo los requisitos legales, los acrediten con posterioridad–.

---

(29) *Vid.* la STSJ de Cataluña núm. 719/2010, de 23 de septiembre de 2010, que anula la obligación-condición incluida en un proyecto de reparcelación que imponía a los propietarios la obligación de obtener la licencia de primera ocupación del edificio previsto para el realojamiento con carácter previo a la solicitud la licencia de primera ocupación de los edificios con aprovechamiento lucrativo.

(30) Se añade por algunas normativas, como la catalana y la castellanomanchega, que ese silencio se considera como renuncia tácita y definitiva al derecho de realojamiento que pudiera corresponderles. No obstante, cabe señalar que «*No puede aceptarse la consideración de la Administración demandada de que, al haber solicitado el actor una indemnización en el expediente expropiatorio tomando como referencia las rentas del mercado libre de viviendas, ello comporta una renuncia implícita al derecho de realojo, ya que la renuncia a los derechos debe manifestarse de forma clara, precisa e inequívoca o bien deducirse de actos concluyentes que demuestren de forma indubitada dicha voluntad de renunciar, circunstancia que no se desprende simplemente de la cuantía de la indemnización que se pida*» (STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2007).

La aprobación definitiva del proyecto de reparcelación –que debe incluir la relación de las personas titulares del derecho de realojamiento y las condiciones y características en que éste debe hacerse efectivo– comporta el reconocimiento del derecho de realojamiento para las personas que lo hayan solicitado expresamente en el trámite de audiencia y hayan acreditado los requisitos legales establecidos, y debe ser notificado a los ocupantes de las viviendas afectadas. Cuando el proyecto de reparcelación haya adquirido firmeza en vía administrativa es cuando debe ponerse a disposición de los titulares del derecho de realojamiento la vivienda de sustitución o de alojamiento transitorio. De conformidad con los artículos 219 *duodecies* RLUC y 202.4 del Decreto 29/2011 de Castilla-La Mancha, los titulares del derecho de realojamiento tienen un mes para hacer el traslado y entregar la posesión material de la vivienda afectada.

5.2 **El procedimiento de realojamiento en el sistema de actuación urbanística mediante expropiación o en la gestión urbanística aislada mediante expropiación u ocupación directa**

En estos casos, la Administración actuante debe hacer constar las situaciones de ocupación de las viviendas afectadas de las que tenga constancia por el padrón municipal de habitantes o por cualquier otro medio admitido en derecho en la relación de bienes y derechos objeto de aprobación inicial, si se sigue el procedimiento individualizado de la LEF, o en la relación de bienes y derechos que forma parte del proyecto de tasación conjunta aprobado inicialmente. La aprobación inicial de la relación de bienes y derechos afectados o del proyecto de tasación conjunta debe notificarse a todas las personas ocupantes de las viviendas afectadas por la actuación, otorgándoles un trámite de audiencia por el mismo plazo y finalidad que los expresados en el apartado anterior (acreditación de requisitos y reconocimiento del derecho o renuncia a su ejercicio)[31]. La Administración actuante continuará las actuaciones sin tener en consideración, a los efectos del reconocimiento del derecho de realojamiento, a las personas que hayan renunciado al mismo expresamente o bien no hayan solicitado el preceptivo reconocimiento. La aprobación definitiva de la relación de bienes y derechos afectados o del proyecto de tasación conjunta comporta el reconocimiento del derecho de realojamiento para las

(31) *Vid.* la STSJ del País Vasco, de 22 de marzo de 2001, en relación con la petición de los recurrentes de que el derecho de realojamiento se materializará en una vivienda cedida en precario. El Tribunal desestima la pretensión al entender que es una cuestión que debe ser decidida por la Administración en el marco del expediente expropiatorio.

personas que hayan acreditado los requisitos legales establecidos y debe ser notificada a los ocupantes de las viviendas afectadas.

La vivienda de sustitución o de alojamiento transitorio debe ponerse a disposición del titular del derecho de realojamiento en el momento de la formalización del acta de ocupación. Si antes de que le entreguen la vivienda de realojamiento definitiva, el titular del derecho desocupa la vivienda afectada o la vivienda de realojamiento transitorio durante más de 6 meses sin causa justificada, la Administración o el beneficiario de la expropiación pueden dejar sin efectividad el reconocimiento del derecho de realojamiento.

En los supuestos en que la Administración expropiante deba dar traslado de las hojas de aprecio a los jurados de expropiación, el derecho al realojamiento que eventualmente pueda existir constituye una cuestión ajena al expediente de justiprecio, ya que el Jurado no es competente para adjudicar viviendas ni para realojar a las personas expropiadas (STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2007).

6. REFLEXIÓN FINAL

Nótese que, a la vista de la regulación descrita, la LSRU ha establecido la obligación de realojamiento para cualquier actuación de transformación urbanística, integrada o aislada –aunque, en este último supuesto, únicamente para los arrendatarios y con un alojamiento transitorio, puesto que lo que verdaderamente se reconoce es un derecho de retorno–. No obstante, esta regulación presenta lagunas importantes que debe cubrir la regulación urbanística, como el alcance de la obligación de alojamiento provisional –que en la LSRU se circunscribe exclusivamente a los supuestos de actuaciones aisladas no expropiatorias– o, tal y como ya prescribía la disposición adicional cuarta del TRLS92, si hay que poner coto al reconocimiento del derecho de realojamiento o garantizar su cobertura a todos los propietarios que sean titulares de una vivienda en el inmueble afectado –o arrendatarios con propiedades en el inmueble–, inclusive los que, en virtud de los inmuebles aportados a la comunidad reparcelatoria, van a ser beneficiarios de un aprovechamiento urbanístico, que les asegura de antemano su realojamiento sin necesidad de acudir a la garantía legalmente establecida en la LSRU. Legislaciones urbanísticas como la vasca y la catalana han reproducido el criterio del TRLS92 y han excluido de la garantía de realojamiento a los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia a sus aportaciones de bienes y derechos, hayan resultado adjudicatarios en la reparcelación o en

la división de propiedad horizontal del inmueble de edificabilidades urbanísticas superiores a 90 metros cuadrados de uso residencial libre –o los metros que pudiera establecer como superficie máxima la legislación de viviendas de protección oficial–.

Uno de los problemas para la materialización de los derechos de realojamiento y retorno es la falta de vivienda en el tejido urbano consolidado que pueda actuar como sustituta de la afectada por la actuación urbanística habida cuenta de la dificultad de generar vivienda asequible dentro de la ciudad por la falta de suelo y el encarecimiento de la construcción. Es importante que la normativa autonómica incida en la exigencia de incluir en las actuaciones de transformación urbanística –ya sea en el planeamiento derivado o en los instrumentos de gestión urbanística–, cuando sea necesario, un plan de realojamiento temporal y definitivo[32], así como de asegurar la idoneidad técnica, la viabilidad económica y la capacidad para garantizar el realojamiento de los ocupantes legítimos de inmuebles que tengan derecho legalmente al mismo en la delimitación de polígonos y unidades de actuación[33], además de asegurarse de que los gastos de urbanización son proporcionales al aprovechamiento urbanístico. La dificultad que supone articular un stock de vivienda de reemplazo es particularmente constatable en las actuaciones de dotación –puesto que el incremento de las dotaciones públicas puede redundar en una reducción del suelo disponible para uso residencial– y en las operaciones aisladas, por ejemplo, en edificios fuera de ordenación que deben reducir su volumetría o en rehabilitaciones integrales en suelo urbano sujeto a la reserva para vivienda de protección que generan una reducción del número de viviendas libres de sustitución. Como posibles alternativas a la escasa provisión de nuevas viviendas de sustitución, se pueden citar, entre otros, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración en áreas delimitadas tanto en suelo urbano consolidado como en suelo urbano no consolidado sujeto a actuaciones de regeneración o renovación urbanas; la cesión gratuita o por debajo de su valor de bienes del patrimonio público de suelo al cesionario en forma de permuta por la vivienda afectada; y la movilización de viviendas vacías. En todo caso, es recomendable que las estrategias urbanísticas que incumben al ejercicio y disfrute de los derechos de realojamiento y retorno dentro de la ciudad adopten un en-

(32) «*Todos los instrumentos de planeamiento que amparen actuaciones urbanísticas que conlleven el deber de realojo o retorno deberán contener un estudio completo de las consecuencias sociales y económicas de su ejecución denominado plan de realojos, justificando la existencia de medios necesarios para llevarlas a efecto y la adopción de las medidas precisas que garanticen la defensa de los intereses de la población afectada.*» (art. 197.6 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria).

(33) Artículo 99.2.d) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.

foque integral que combine planificación urbana, políticas públicas, y la colaboración entre los sectores público, privado y comunitario, densificando áreas urbanizadas mediante la rehabilitación de edificios abandonados o subutilizados para su reconversión en viviendas y mediante la densificación vertical controlada, promoviendo la construcción de edificios que alberguen a más personas sin comprometer la calidad de vida y los servicios con el fin de garantizar una reubicación en el mismo entorno urbano que evite evita la ruptura de las redes sociales y económicas de las personas afectadas.

BIBLIOGRAFÍA

Amezcua Ormeño, E., «El derecho de realojo por razón urbanística. Entre la ocupación legal de la vivienda pública para integración social a desalojar y el consentimiento tácito por el que se tolera la habitación de esta tras perderse la legitimidad del justo título que habilita la estancia», *CEF*, núm. 142, 2012, pp. 59-100.

Feijóo Miranda, A., «Protección de los ocupantes de viviendas ante la insuficiente y heterogénea regulación del derecho de realojamiento en el Derecho español», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 28, 2011, pp. 167-185.

— «Realojamiento y retorno de los ocupantes de viviendas: Incidencia en la equitativa distribución de los beneficios y cargas derivados de la ejecución del planeamiento urbanístico», RUE, núm. 22, 2010, pp. 163-186.

Gifreu Font, J., «El diseño de ciudades amigables con las personas mayores: retos y oportunidades para el Derecho urbanístico del siglo xxi», en Gifreu Font, J. (Dir.), *El envejecimiento activo como nuevo reto para los gobiernos locales: la construcción jurídica de servicios públicos y espacios amigables para las personas mayores*, Aranzadi, 2024, pp. 63-114.

Gifreu Font, J., y Fernádez Bautista, R., «El derecho de realojo por razones urbanísticas», en Del Olmo Alonso, J. (coord.), *El Derecho urbanístico del siglo xxi: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, vol. I, 2008, pp. 253-278.

Iglesias González, F., «Art. 19. Los derechos de realojamiento y retorno», en Sánchez Goyanes, E. (dir.), *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: (comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015),* Aranzadi, 2022 pp. 889-915.

Lago Ávila, M. J., «El otro Madrid: el chabolismo que no cesa. Actuación autonómica en políticas de realojamiento e integración social 1997-2010», *Estudios Geográficos*, vol. LXXV, núm. 276, pp. 219-260.

Martínez Borobio, D., *Derechos de realojo y retorno en la gestión urbanística,* Montecorvo, 2006.

Ponce Solé, J., «Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integradora del Derecho», *RarAP*, núm. 41-42, 2013, pp. 11-70.

Quintana López, T., «Los derechos de realojo y retorno: antecedentes y regulación estatal en el modelo de urbanismo sostenible», *RVAP*, núm. 99-100, 2014, pp. 2479-2503.

Ramos Medrano, J. A., *Los deberes urbanísticos de los propietarios del suelo*, Dykinson, 1996.

Sibina Tomàs, D., «Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación con el acoso inmobiliario», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, 2007, pp. 121-146.

Tejedor Bielsa, J, «Nuevos instrumentos de planificación y gestión de la rehabilitación y la regeneración urbana», *RarAP*, núm. 15, 2013, pp. 27-72.

E. Deber de conservación y rehabilitación

Gerardo García Álvarez
Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza

Resumen: *El deber de conservación, tradicional en nuestro derecho, ha dado paso a un deber de rehabilitación, plasmado en el deber de mantener la funcionalidad del edificio y hacer para ello las adaptaciones precisas. El límite general de la mitad del coste de un edificio nuevo, que puede elevarse hasta las tres cuartas partes de ese coste, da amplísimas posibilidades a la Administración urbanística, aunque genera un riesgo cierto de gentrificación.*

Palabras clave: *conservación, rehabilitación.*

Abstract: *The traditional duty to conserve buildings has been replaced by a duty to rehabilitate them: it is obligatory to maintain the building's usability by making the necessary adaptations to do so. There is a general economic limit of half the cost of a new building, which may be raised in certain circumstances. The quantitative and qualitative extension of this duty of the owners gives the urban planning authorities very broad possibilities, although it generates a certain risk of gentrification.*

Keywords: *conservation, rehabilitation.*

Sumario: 1. Un cambio de paradigma: de la conservación a la rehabilitación. 2. El refuerzo de la comunidad de propiedad horizontal para las tareas de conservación y rehabilitación. 3. La inserción de la rehabilitación entre los contenidos del deber de conservación y la afectación real de los inmuebles como garantía de cumplimiento. 4. Ejecución forzosa. 5. La regulación diferenciada de los contenidos del deber de conservación en suelo urbanizado. 6. Los contenidos positivos del deber de conservación: inspecciones técnicas, evaluaciones del edificio y los límites de la competencia estatal. 7. Conclusión. Bibliografía.

1. UN CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA CONSERVACIÓN A LA REHABILITACIÓN

En la regulación del deber de conservación y de la ruina en la legislación urbanística vigente sigue existiendo una clara influencia de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana. No en vano esa fue la primera norma en la que se definió el concepto de ruina, como se recordaba en la exposición de motivos (V, in fine). En los artículos 168 y 169 se establecía el deber de conservación, habilitando a la Administración para ordenar «de oficio o a instancia de cualquier interesado, la ejecución de las obras necesarias para conservar» las «condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos», además de permitir «ordenar, por motivos de interés turístico o estético, la ejecución de obras de conservación y de reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública», obras que «se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la entidad que lo ordene cuando lo rebasaren para obtener mejoras de interés general», habilitando a los propietarios a recabar la cooperación de ayuntamientos y diputaciones para mantener los edificios catalogados «en condiciones adecuadas». En consonancia con ello, se establecía en el artículo 170 que se declararía el «estado ruinoso» cuando concurriera un «daño no reparable técnicamente por los medios normales», un «coste de reparación superior al cincuenta por ciento del valor actual del edificio o plantas afectadas» o por «circunstancias urbanísticas que aconsejaren la demolición del inmueble». Son términos que resultan familiares a cualquier urbanista actual. Sin embargo, el significado, orientación y finalidades de estas instituciones han cambiado por completo.

La ruina era concebida como un mecanismo para permitir una renovación ordenada del parque inmobiliario urbano. De ahí la introducción de las llamadas «ruina económica» y «ruina urbanística», aplicadas a edificios cuya conservación era antieconómica o que se encontraban en una

situación libertad de disposición restringida del propietario por hallarse en «fuera de ordenación» (art. 48). La declaración de ruina permitía salir de situaciones de bloqueo en casos de desacuerdo en las incipientes comunidades de propiedad horizontal o, sobre todo, en caso de edificios arrendados, dado que la jurisprudencia civil, que es la directa inspiradora de la regulación de la «ruina económica» entendía que el estado ruinoso de edificios, locales o viviendas hacía desaparecer el contrato de arrendamiento urbano por pérdida del objeto.

En paralelo, otras dos instituciones urbanísticas incidían en la misma finalidad de renovación ordenada del parque residencial urbano. Por un lado, la autorización administrativa de derribo, otorgada por el Gobernador Civil supeditada a determinados incrementos en la superficie útil de las edificaciones, que permitía el desplazamiento (con realojo) de los inquilinos. Por otro lado, el concepto de edificación «inadecuada», que con apoyo en el artículo 42.3 de la Ley del Suelo permitía al propietario solicitar la inclusión del edificio en el Registro de Solares, desarrollado por el Decreto 635/1964, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, en el que se daba una amplia definición de edificación inadecuada en el artículo 5.4: altura inferior en un 50 por ciento a la máxima autorizada, volumen inferior en un 50 por ciento al máximo autorizado o diferencias notables con la altura o el volumen máximo unidas al mal estado del inmueble, entre otras. Esa inclusión en el Registro de Solares habilitaba a resolver los contratos de arrendamiento indemnizando a los arrendatarios conforme a los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa.

En estas condiciones, no es de extrañar que los tribunales contencioso-administrativos hicieran una interpretación favorable a la declaración de la ruina, en la que destacaba el carácter de acto debido para la Administración y su naturaleza evolutiva, de tal manera que deterioros posteriores al acuerdo de dictar una o varias órdenes de ejecución no ejecutadas sumaban a la hora de verificar si las obras necesarias sobrepasaban el deber de conservación del propietario.

A ello se unía un tortuoso procedimiento de ejecución forzosa de las órdenes de conservación (se requería establecer un plazo, iniciar y resolver un procedimiento sancionador en caso de su incumplimiento, fijar un nuevo plazo que, ya incumplido, permitía a la Administración realizar una ejecución subsidiaria) y, por supuesto, una legislación de arrendamientos urbanos hiperprotectora del arrendatario, iniciada durante la Dictadura de Primo de Rivera, pero mantenida por los gobiernos posteriores, incluso tras la adopción de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que comportaba que en muchos casos los costes de mantenimiento del edificio fueran inferiores a los rendimientos que proporcionaba al propietario.

El punto de inflexión vendría de dos acontecimientos: un artículo doctrinal, publicado por Javier García-Bellido García de Diego en la Revista de Derecho urbanístico en 1984, y la incorporación de un modelo, formalmente continuista pero profundamente innovador, en la legislación valenciana (Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística), que serviría de modelo para la legislación de muchas otras comunidades autónomas y, finalmente, para la legislación básica.

La influyente reflexión de García-Bellido tiene como contexto un cambio profundo en la concepción de la ciudad edificada y, sobre todo, del patrimonio cultural: de una concepción monumentalista, en que solo determinados edificios singulares merecen ser conservados, se pasa a valorar los ambientes urbanos como testimonios de formas de vida y momentos históricos que merecen ser conservados, aunque el edificio en sí mismo considerado carezca de un valor intrínseco. A ello se añade una consideración más discutible, que la rehabilitación de un edificio es más económica que su sustitución.

El nuevo modelo simplifica los supuestos de ruina a uno solo: la ruina económica. No hay ningún daño que no sea «técnicamente reparable» si se prescinde del coste. Por otra parte, no tendría sentido forzar la sustitución de un edificio por no ser conforme al plan urbanístico vigente, porque los planes pasan, son contingentes. En cuanto a la ruina económica, se aboga por eliminar la referencia al valor «actual» del edificio: lo relevante es lo que costaría uno nuevo, con análoga tipología e igual superficie útil. Aunque hay legislaciones autonómicas que mantienen la ruina «urbanística» para los edificios «fuera de ordenación» o los ilegales (una vez que la posibilidad de ordenar la demolición por su ilegalidad ha prescrito)[(1)], la regulación actual reposa sobre la ruina económica. La diferencia entre el «valor actual» de un edificio y su «coste de sustitución» puede ser enorme: conforme al sistema más utilizado para llegar al valor actual, la aplicación de valores catastrales, el deterioro del edificio le resta valor (mientras aumenta los costes de reparación), pero también lo hace el mero transcurso del tiempo, conforme a una curva de depreciación que solo se estabiliza a los ochenta años. En el caso extremo de un edificio industrial en «edad marginal», el deber de conservación se ha multiplicado por 5,5 aproximadamente, suponiendo que el estado de conservación sea perfecto. En el caso de un edificio residencial, en las mismas circunstancias el deber de conservación se habría multiplicado «solamente» por 3. Eso, dejando de lado los posibles deterioros del edificio, que yo no entran en la cuenta del límite del

(1) Como es el caso del aragonés Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (TRLUA), artículo 261.2, c).

deber de conservación. En consecuencia, la regulación actual supone una renuncia a la ruina como mecanismo urbanístico ordinario, reservándose para supuestos de extraordinario deterioro.

La conclusión anterior se ve reforzada si se tienen también en cuenta el refuerzo extraordinario de los mecanismos de ejecución forzosa, considerados en sentido amplio, y la incorporación de nuevos deberes positivos del propietario de edificios en cuanto a su conservación. Las órdenes de ejecución pasan a ser inmediatamente ejecutivas y se prevén multas coercitivas como mecanismo de ejecución forzosa, además de mecanismos de edificación forzosa y de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad. En diversas leyes regionales de patrimonio cultural y en la legislación urbanística aragonesa (TRLUA artículo 257.2) se prevé además que el incumplimiento injustificado de una orden de ejecución de obras de reparación o rehabilitación comporta el incremento del deber de conservación hasta donde sea necesario para cubrir el deterioro subsiguiente (aunque el vigente artículo 15 del LSRU de 2015 limita con carácter básico ese incremento al 75 por ciento del coste de remplazo del edificio).

Además, se establece el deber de los propietarios de determinados edificios (típicamente, edificios catalogados y los de antigüedad superior a 50 años) de encargar a un profesional independiente una inspección periódica del mismo (habitualmente, cada diez años, aunque legislaciones como la aragonesa lo rebajen a quince), pudiendo el Ayuntamiento requerir su entrega o, en caso de no haberse realizado, su cumplimiento. Este mecanismo, inspirado en la legislación de seguridad industrial, facilita a la Administración el seguimiento del estado de los edificios potencialmente en riesgo, evitando un deterioro excesivo que los sitúe fuera del deber de conservación y, por tanto, en situación de ruina. No obstante, una cautela elemental es que los gastos realizados para cumplir con las recomendaciones de la inspección periódica anterior (en algunas normas autonómicas, las dos anteriores) deberán ser tenidos en cuenta a la hora de verificar si se sobrepasa el deber de conservación.

Más importante que lo anterior es que el deber de conservación no desaparece automáticamente con el estado ruinoso del edificio. El propietario no puede ser obligado a asumir cargas económicas más allá de su deber de conservación, pero la Administración puede decidir remover esa situación poniendo la diferencia entre el límite cuantitativo del deber de conservación y el coste de las obras necesarias para hacer desaparecer el estado ruinoso. La declaración de ruina es, por tanto, un acto discrecional.

El último desarrollo del deber de conservación, desarrollado de forma completamente independiente de los anteriores, supone su extensión a las actuaciones de rehabilitación urbana, no ya del propio edificio. Este

nuevo desarrollo, operado a través de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, supone un cambio drástico en la concepción misma del deber de conservación, aunque hasta ahora su plasmación en la práctica urbanística ha sido extraordinariamente prudente. Aunque hubiera sido deseable una mayor claridad en la inclusión de un deber adicional que supone una ruptura radical con nuestra tradición urbanística, su consagración legal es inequívoca[2].

El problema de esta nueva previsión es que es arbitraria. Referir deberes que materialmente tienen una naturaleza análoga a la tributaria, como es la contribución económica a actuaciones de rehabilitación urbana, a un objeto puramente hipotético, como es un edificio de nueva planta que muy posiblemente nunca se llegará a construir y que, desde luego, no forma parte del patrimonio del obligado, es inequívocamente arbitrario. Existe un deber general, establecido en el artículo 31 de la Constitución, de contribuir al «sostenimiento de los gastos públicos», pero con relación a la «capacidad económica» de cada uno. No puede ser que una casa unifamiliar en un municipio semi-deshabitado del Aragón profundo comporte el mismo límite del deber de conservación que un chalet en Marbella en primera línea de playa, simplemente porque tienen igual superficie útil y análoga tipología, más si los deberes económicos que de ello derivan no se limitan al propio edificio, sino a su entorno urbano.

A ello se añade el problema adicional que pueda comportar la «gentrificación» –término admitido por la Real Academia Española– de determinados entornos tradicionales derivada de la imposición de deberes urbanísticos que los propietarios solo sean capaces de afrontar mediante la venta de su vivienda. Todo ello derivado de que, al contrario que en normativas anteriores, en que las aportaciones de los propietarios eran proporcionales al incremento de valor de sus propiedades, a través de nuevos desarrollos urbanos o de la desconsolidación de suelo urbano incrementando el aprovechamiento urbanístico.

Conforme a lo ya señalado, el deber de los propietarios de conservación del edificio (que comportará también un derecho de participar en los procedimientos administrativos dirigidos a la renovación o regeneración urbanas) experimentó una profunda transformación con la aprobación de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación

(2) En el LSRU, los artículo 15.1, c) y 17.4 establecen deberes del propietario respecto a «la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación». En el mismo sentido la parte vigente del artículo 22.5. En los párrafos del artículo 22.5, a) y c) se hacían nuevas referencias a la no superación del deber legal de conservación en operaciones de rehabilitación urbana, pero han sido anulados por motivos competenciales por Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre. Finalmente, el artículo 33.1, c) permite trasladar mediante cláusula contractual a los arrendatarios de fincas urbanas «gastos de conservación y obras de rehabilitación y regeneración y renovación urbanas».

urbanas, trasladada al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, LSRU) [3].

El deber de conservación ha dejado de ser una institución singular, peculiar dentro de la lógica urbanística debido probablemente a su naturaleza mixta, con una regulación y una práctica muy relacionadas con el Derecho civil, en especial con la regulación de los arrendamientos urbanos. Como se ha recordado en el epígrafe anterior, la institución de la ruina se integró en la primera regulación urbanística sistemática, contenida en la Ley del Suelo de 1956, como un instrumento dirigido a facilitar e incluso a fomentar la sustitución de edificios obsoletos. Sin embargo, quedó fuera de la lógica del sistema urbanístico cuando ésta se modificó profundamente en el tratamiento de la ciudad consolidada, siguiendo el camino marcado por la valenciana Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística, al incorporar una lógica radicalmente conservacionista, ahora aplicada con carácter general, no ya a determinados edificios histórica o arquitectónicamente o a conjuntos singulares o históricos.

Queda la duda de si el legislador ha sido enteramente consciente de esa transformación de la lógica interna de la institución y por ello sigue arrastrando de unos textos a otras formulaciones que tienen ochenta años de antigüedad y responden a otra mentalidad y otras necesidades, pero a la vez trufando el texto heredado con interpolaciones y añadidos que dificultan su comprensión y lo hacen cada vez menos coherente. Ciertamente, también podrá ser que el legislador haya sido consciente de la transformación, pero no haya querido asumir el debate social que podría provocar la asunción clara y abierta de que en los últimos treinta años se han incrementado enormemente los deberes, no solo de conservación, sino de rehabilitación de los propietarios de edificios urbanos en un país en que una abrumadora mayoría de las familias son propietarias de su propia vivienda.

Con antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la legislación vigente ha incorporado plenamente como parte del deber de conservación del edificio el mantenimiento de su funcionalidad, debiendo ser susceptible de ser utilizado conforme a los usos previstos o tolerados por el planeamiento urbanístico («usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística»). El deber de «conservación» también se

(3) Sobre esta cuestión pueden destacarse las aportaciones de Menéndez (2013), (2014a, pp. 2031-2054) y su monografía (2014b). Pueden citarse también las aportaciones de Lozano (2013), Pemán (2013), Sospedra (2013) y Villanueva (2015, pp. 26-37). Perspectivas más específicas son adoptadas al tratar este tema por Díaz Lema (2014, pp. 61-102), Bermúdez (2014, pp. 173-186) y Gifreu (2015, pp. 96-116). Por mi parte me he ocupado con anterioridad del tema del deber de conservación tras la Ley de rehabilitación de 2013 en dos publicaciones, García Álvarez (2013a, pp. 73-108) y (2013b, pp. 145-183). Con anterioridad, en 2007.

extiende a la recuperación de esa funcionalidad, aplicando además estándares actuales de habitabilidad, con el límite económico del deber de conservación, además de abarcar expresamente la adaptación de instalaciones conforme a su normativa específica. Si a todo ello se añade la extraordinaria elevación cuantitativa de los límites del deber de conservación que deriva de tomar como referencia el coste de reposición del edificio, la conclusión clara es que los límites entre la «conservación» en sentido propio y la «rehabilitación» de la edificación se han desdibujado hasta desaparecer en la práctica.

Sin embargo, como tantas veces en el Derecho urbanístico, las potestades de la Administración se ven limitadas en la práctica por la realidad social, en este caso por la falta de capacidad económica de muchos propietarios para asumir costes elevados.

2. EL REFUERZO DE LA COMUNIDAD DE PROPIEDAD HORIZONTAL PARA LAS TAREAS DE CONSERVACIÓN Y REHABILITACIÓN

Con la LSRU se produce un cambio muy perceptible, al abandonar el paradigma del propietario único de cada edificio, que se había mantenido en la legislación urbanística por mero arrastre. Todavía era muy probablemente el supuesto más habitual en 1956, cuando aun existía de forma generalizada la fórmula de un edificio residencial colectivo cuyo propietario era una persona física (o a veces una comunidad de herederos), explotándose mediante su arrendamiento a una pluralidad de inquilinos de las viviendas y locales de negocio, además de servir de vivienda a sus propietarios, algo muy usual en la sociedad española de la primera mitad del siglo xx. Por el contrario, en la realidad española actual, si bien sigue siendo habitual el arrendamiento del local de negocios (o de las partes del edificio destinadas a oficinas), más del 80 por ciento de la población habita en viviendas de propiedad familiar y la forma más común de la propiedad de edificios de vivienda colectiva es la comunidad de propiedad horizontal. Por otra parte, incluso las viviendas destinadas a alquiler están en una gran cantidad de casos integradas en una comunidad de propiedad horizontal, que es la forma de organización por antonomasia de la vivienda urbana en España.

Como consecuencia de los cambios en la regulación introducidos en su momento por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, el sujeto más habitual del deber de conservación es –de iure y no solo de facto– la comunidad de propiedad horizontal,

ente sin personalidad jurídica [LSRU artículo 9.5 y 17.5, b) y concordantes], pero con una innegable capacidad de obrar.

La comunidad de propiedad horizontal constituye el sujeto idóneo para asumir la responsabilidad de la conservación o rehabilitación de todos los elementos comunes del edificio. Es además el sujeto idóneo para cumplir con los deberes de accesibilidad universal, procediendo a adaptar los elementos comunes del edificio con este fin. También será en muchos casos el sujeto lógico para realizar actuaciones de mejora de la eficiencia energética.

Si bien este es un cambio que puede suponer una mayor eficiencia en la imposición y seguimiento de la ejecución de medidas de conservación o rehabilitación, la consideración a efectos jurídico públicos de los titulares de derechos de uso entre los sujetos obligados a las labores de conservación *ordinarias* –e incluso, en virtud de cláusulas contractuales privadas, eventualmente de la *rehabilitación*–, puede comportar una cierta distorsión en los procedimientos administrativos relativos a la concreción de esos deberes. Efectivamente, los titulares de «derechos de uso» –típicamente los arrendatarios, pero también los usufructuarios u otros titulares de derechos reales o personales que les den derecho al uso del inmueble, dada la amplitud de la formulación legal– aparecen como corresponsables del deber de conservación [LSRU artículo 9.5 y 17.5, a)]. La distribución de las cargas deberá hacerse en función de que las obras necesarias por motivos de conservación tengan el «carácter de *reparaciones menores motivadas por el uso diario de la vivienda*, sus instalaciones y servicios», en cuyo caso corresponderán al titular del derecho de uso, incumbiendo al propietario en el resto de supuestos. Para determinar el ámbito de las «reparaciones menores» se hace una remisión a la legislación aplicable en función de la relación jurídica.

Más llamativo es que en el artículo 33.1, c) LSRU se permita trasladar mediante cláusula contractual a los arrendatarios de las fincas urbanas los «gastos de conservación y *obras de rehabilitación y regeneración y renovación urbanas*». Lo que desde luego no es coherente con el principio de que la titularidad de los deberes urbanísticos se determina en función de la titularidad del inmueble, cuya principal manifestación está en el artículo 27 LSRU, cuando se establece que el «nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario». El propietario podrá oponer a la Administración la existencia de una cláusula en un contrato privado en virtud de la cual los deberes de rehabilitación urbana han sido asumidos por un tercero no propietario.

En todo caso, la referencia legal únicamente a la «vivienda» como un elemento susceptible de transmitir deberes de conservación a sus usuarios ha de entenderse como un mero error de redacción, aunque haya

pasado sin modificaciones del artículo 8, a) de la Ley 8/2013 al LSRU de 2015 sin haber sido corregido. No parece lógico que se cargue al arrendatario o usufructuario de una vivienda con una parte indeterminada del deber de conservación, exigible por tanto directamente por la Administración a través del correspondiente procedimiento administrativo, pero no al arrendatario o usufructuario de un local de negocios o de una oficina. Por otra parte, en el artículo 33.1, c) LSRU se hace referencia al «arrendamiento o cesión de uso de local, vivienda o cualquier otro elemento de un edificio por plazo determinado» entre los contratos que permiten trasladar a otro sujeto los gastos de rehabilitación.

En consecuencia, en la vigente LSRU se permite expresamente que el propietario pueda trasladar el cumplimiento de partes relevantes e incluso de la totalidad de los deberes de conservación y de rehabilitación mediante pacto contractual, con efectos frente a la Administración Pública (si se hubiera tratado de permitir un mero reparto interno a la relación contractual de los gastos de mantenimiento del edificio, la previsión sería completamente superflua). En consecuencia, el propietario podrá hacer valer frente a la Administración en el procedimiento administrativo encaminado a una orden de ejecución de obras de conservación o rehabilitación, la existencia de un pacto contractual que establezca la asunción del deber por otro particular, debiendo la Administración extender a ese tercero sus actuaciones posteriores, so pena de nulidad del acto resolutorio.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 9.5 del LSRU de 2015, *las comunidades de propietarios* (así como las «agrupaciones» de comunidades de propietarios y las cooperativas de vivienda, cuando sean titulares de elementos comunes) adquieren plena capacidad de obrar, no solo en cuanto al deber de conservación en su acepción clásica, sino en cuanto a *actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana*. A estos efectos se les equipara a los propietarios, pudiendo ser beneficiarios de la expropiación forzosa o beneficiarios de subvenciones, así como gestionar las otorgadas a los propietarios de las fincas integrantes de la comunidad, a fin de asumir o colaborar con la Administración pública en las labores del «nuevo» deber de conservación. Las comunidades de propietarios podrán constituirse en asociaciones «administrativas» (también las agrupaciones de comunidades de propietarios y las cooperativas de vivienda) y los propietarios «de terrenos». Estas asociaciones «administrativas» tendrán determinadas facultades conferidas *ope legis*: la posibilidad de participar en los concursos que puedan convocarse para la adjudicación de obras de conservación o rehabilitación urbana como «fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario *y las*

fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos». A través de la constitución de una asociación, la comunidad de propietarios queda convertida en algo muy parecido a una junta de compensación, que constituye sin duda el modelo de estas previsiones. Sin embargo, el pleno poder de disposición respecto a las fincas de los propietarios individuales es más asumible en el caso de terrenos o naves, sustituibles por su valor económico, que cuando se trata de viviendas, especialmente si constituyen el lugar donde vive su propietario, dado que en tales casos son objeto de una protección constitucional expresa como objeto del derecho a una vivienda digna y, sobre todo, del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que va más allá de la mera protección general de la propiedad privada.

3. LA INSERCIÓN DE LA REHABILITACIÓN ENTRE LOS CONTENIDOS DEL DEBER DE CONSERVACIÓN Y LA AFECTACIÓN REAL DE LOS INMUEBLES COMO GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

Del LSRU de 2015, artículo 4.4, se desprende el deber de las Administraciones públicas, establecido con el carácter de norma básica, de «*asegurar*» la realización de obras de conservación y la ejecución, entre otras, de las obras de rehabilitación edificatoria o de renovación o regeneración urbana. Para ello deberán «formular» y «ejecutar» los «instrumentos» necesarios, fundamentalmente planes urbanísticos, en especial planes especiales, y órdenes de ejecución de obras de conservación o rehabilitación. En relación con la conservación de las edificaciones, las situaciones que obligan a las Administraciones públicas competentes a actuar serían las de «insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de *funcionalidad*, *seguridad* y *habitabilidad* de las edificaciones», aunque también podrían incluirse las «situaciones graves de pobreza energética» que sean debidas al mal estado del inmueble.

El legislador básico ha definido incluso las prioridades que deberán respetar las Administraciones públicas a la hora de realizar su deber de actuación. Desde un punto de vista material, las actuaciones de las Administraciones públicas deberán dirigirse prioritariamente a «eliminar situaciones de infravivienda», «garantizar la seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad universal» y el «uso racional de la energía». No obstante, también serán prioritarias las actuaciones que sean iniciativa de los particulares directamente afectados o que logren una amplia participación, aunque

la referencia a los «particulares incluidos en el ámbito» podría hacer pensar que esta previsión no está dirigida primariamente a actuaciones de conservación o reparación de edificios, sino a la renovación o regeneración urbana. Pese a ello, la formulación literal no excluye las actuaciones de rehabilitación edificatoria.

En el artículo 9 del LSRU de 2015 se establecen una serie de condicionantes a la acción pública que resultan aplicables tanto en las «actuaciones de transformación urbanística» como en las «edificatorias». Entre las que se podrían destacar en el caso de actuaciones de conservación o rehabilitación de edificios realizadas a través de su adjudicación a un contratista está el deber de establecer previamente «el porcentaje mínimo de techo edificado que se atribuirá a los propietarios del inmueble objeto de la sustitución forzosa, en régimen de propiedad horizontal». De ello se deduce que los propietarios iniciales siempre y en todo caso deberán conservar parte de la propiedad del futuro inmueble restaurado o rehabilitado como requisito de la validez de la actuación. Las alternativas más evidentes cuando ello no sea posible será la expropiación o el convenio con aportación de fondos en forma de subvención. Esto condiciona la utilización del mecanismo de seleccionar un tercero que actúe como rehabilitador, al que solo se le podrá atribuir una retribución en especie cuando ello no lleve a que el remanente de superficie de techo para los propietarios sea inferior a la superficie mínima que resulte aplicable para una vivienda o local comercial independiente. Por otra parte, al reconocer en todos los casos a los «propietarios del ámbito» el derecho a participar en la licitación de las obras a realizar, deberá reconocérseles incluso en el caso de una actuación singular de rehabilitación del edificio a través de rehabilitador.

Además, salvo que se haya producido un previo incumplimiento de la función social de la propiedad o de los plazos que se hubieran establecido con carácter previo para la ejecución de la actuación por los propios propietarios, la «adjudicación del concurso tendrá en cuenta, con carácter preferente, aquellas alternativas u ofertas que propongan términos adecuadamente ventajosos para los propietarios afectados», lo que dará a los propietarios que decidan participar en la licitación una consistente ventaja sobre otros eventuales licitadores. Debe además tenerse en cuenta que se aplican en el caso de la conservación o rehabilitación de inmuebles las previsiones provenientes de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, como el reconocimiento a las comunidades de propietarios de «plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento del deber de conservación, así como con la participación en la ejecución de actuaciones de rehabilitación y en las de regeneración y

renovación urbanas», constituir «asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras» o asumir la gestión de las obras, por sí mismos o en asociación con otros sujetos (LSRU de 2015 artículo 9.4 y 9.5).

Al entenderse incluidas las obras de conservación y rehabilitación del edificio entre las «actuaciones sobre el medio urbano», la consecuencia es una afectación real «de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario privado, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento del deber de costear las obras», lo que deberá acceder al Registro de la Propiedad como nota marginal (LSRU 2015 artículo 14, d). En el artículo 15.4 se aclara que la afectación real se aplica a las obras ordenadas por la Administración en cumplimiento del deber legal de conservación, debiendo incluso hacerse constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad el incremento del deber de conservación al 75 por ciento del coste de reposición del edificio en caso de que así lo prevea la legislación autonómica para los casos de incumplimiento. En el mismo sentido, en el artículo 65.1, a) del LSRU de 2015 se establece que los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística que supongan el establecimiento de garantías reales de la obligación de conservación de las edificaciones, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad cuando su acto de aprobación sea firme. Por otra parte, la existencia de un procedimiento de ejecución forzosa relativo al incumplimiento del deber de conservación (también en el caso de incumplimiento del deber de edificación) se incluirá en los certificados de dominio (LSRU de 2015, artículo 50.2, *in fine*):

> «La situación de ejecución subsidiaria, de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, o cualesquiera otras a las que quede sujeto el inmueble correspondiente, se consignará en las certificaciones registrales que se expidan».

4. EJECUCIÓN FORZOSA

El legislador básico se ha implicado en poner a disposición de la Administración los mecanismos para lograr que las obras de conservación y rehabilitación incluidas en una orden de ejecución se materialicen.

La propiedad queda afectada a los costes generados por las obras de conservación a través de una garantía real que tendrá acceso al Registro de la Propiedad a través de una nota marginal, como ya se ha dicho.

Además, en el LSRU se establece que la Administración cuenta con mecanismos de ejecución forzosa como la ejecución subsidiaria, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad y la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, además de «cualesquiera otras» que puedan ser establecidas por el legislador autonómico (art. 49). Repasando la legislación autonómica, esas cualesquiera otras serán las multas coercitivas, previstas de forma generalizada como mecanismo de ejecución forzosa en caso de incumplimiento de las órdenes de ejecución de obras de conservación.

Aunque en forma negativa o indirecta, el legislador básico habilita a los legisladores autonómicos para articular la venta o sustitución forzosas y la expropiación como «expropiación-sanción», con pérdida de parte del valor del edificio (art. 49.3):

> «En los supuestos de expropiación, venta o sustitución forzosas previstos en este artículo, el contenido del derecho de propiedad del suelo *nunca podrá ser minorado* por la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística en un *porcentaje superior al 50 por ciento de su valor*, correspondiendo la diferencia a la Administración».

Se regula sucintamente el procedimiento de venta o sustitución forzosa, con especial atención a sus aspectos registrales.

Puede plantearse la aplicación del artículo 43.2 del LSRU a supuestos de incumplimiento del deber de conservación. De acuerdo con este precepto:

> «No obstante lo establecido en el apartado anterior, cuando se aplique la expropiación en la gestión de las *actuaciones sobre el medio urbano*, *no será preciso el consentimiento del propietario para pagar el justiprecio expropiatorio en especie*, siempre que el mismo se efectúe dentro del propio ámbito de gestión y dentro del plazo temporal establecido para la terminación de las obras correspondientes. Asimismo, *la liberación de la expropiación no tendrá carácter excepcional, y podrá ser acordada discrecionalmente* por la Administración actuante, cuando se aporten garantías suficientes, por parte del propietario liberado, en relación con el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan».

La posibilidad de pagar el justiprecio mediante la entrega de aprovechamiento urbanístico –convirtiendo por tanto la expropiación en una permuta forzosa– o la de liberar de la expropiación a propietarios que se muestren dispuestos a colaborar en la realización de las obras de conservación del edificio pueden ser ambos instrumentos útiles.

5. LA REGULACIÓN DIFERENCIADA DE LOS CONTENIDOS DEL DEBER DE CONSERVACIÓN EN SUELO URBANIZADO

El deber de conservación aparece recogido en dos artículos del LSRU, lo que responde a una diferenciación cualitativa del alcance del deber de conservación de los edificios en función de la situación legal del suelo en que se ubiquen. La diferencia está referida únicamente a los contenidos o límites cualitativos del deber de conservación del edificio, pero no a su límite cuantitativo, que está establecido en «la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original, en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio», tanto en el artículo 15 como en el 17.

En el artículo 15, relativo a un genérico «contenido del derecho de propiedad del suelo», sin calificación añadida, se establece el deber de conservar «los terrenos, las instalaciones, *construcciones y edificaciones*» en «condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal [y] ornato». Este deber genérico se concreta seguidamente en términos *cualitativos*, puesto que el deber de conservación «constituye el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios», mientras que «las obras que lo rebasen para obtener *mejoras de interés general*» correrán a cargo de la Administración que las ordene.

En el artículo 17, dirigido a regular el «contenido del derecho de propiedad del suelo en situación de *urbanizado*», se establece el deber del propietario de participar en las actuaciones del suelo urbano en régimen de distribución de beneficios y cargas. En sentido coincidente, «en particular, cuando se trate de edificaciones», se establecen una serie de deberes específicos. En primer lugar, un *deber de adaptación* de las edificaciones a los requisitos básicos de la edificación, para lo que se deberá proceder a adaptar y actualizar las *instalaciones* de las edificaciones a las normas legales que sean «explícitamente exigibles en cada momento» para la edificación existente. En consecuencia, la norma básica en materia de propiedad inmobiliaria en suelo urbanizado establece un deber de adaptación –no de mera conservación–, que se remite a la normativa sectorial para su concreción, es decir, fundamentalmente a los reglamentos de seguridad relativos a las instalaciones de los edificios.

En el artículo 17 se establecen unos límites *cualitativos* que varían respecto a los establecidos con carácter general, puesto que las obras que estén dentro del límite cuantitativo del deber de conservación, serán a costa del propietario en casos como *obras ordenadas por «motivos*

turísticos o culturales» o para la «mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano».

Por tanto, esa mejora del suelo urbano se hará, dentro de los límites cuantitativos, con cargo al deber de conservación de los propietarios, que deberán contribuir a su financiación. Para asegurar que los límites cuantitativos no se superen, los planes urbanísticos y los proyectos de obras (instrumentos de ordenación y ejecución de las actuaciones) en suelo urbanizado incorporarán un memoria en la que deberá verificarse, entre otras cuestiones, la «adecuación a los límites del deber legal de conservación» (LSRU artículo 22.5). De acuerdo con la redacción original, en la memoria deberá analizarse «en concreto, las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, *para lograr un mayor acercamiento* al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y *a la no superación de los límites del deber legal de conservación*». También deberá analizarse la inversión y los ingresos que puedan generarse, «garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, *medido en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación*»[(4)].

Como se ha señalado, en el artículo 17, relativo al deber de conservación en suelo urbanizado se incluye la misma referencia cuantitativa que en la norma general del artículo 15 (la mitad del coste de reemplazo del edificio), añadiendo que correrán a cargo de la Administración que las

(4) Las concreciones de los contenidos de esa memoria, un elemento esencial de garantía de los propietarios, fueron consideradas inconstitucionales por motivos competenciales por el Tribunal Constitucional (Sentencia 143/2017, de 14 de diciembre). El Abogado del Estado adujo que: «La memoria de viabilidad económica del artículo 11 no es un documento urbanístico, ya que trata de garantizar el equilibrio entre el deber de conservación y las cargas que pueden llegarse a imponer, y está relacionado con el principio de equidistribución del artículo 8.5 c) de la Ley de suelo estatal».

De acuerdo con el Tribunal Constitucional (FJ 5, a): «La exigencia de que se incorpore a los instrumentos de ordenación el informe o memoria de viabilidad económica es, asimismo, constitucional». No obstante, en el FJ 17 se matiza que si bien la exigencia de memoria económica es acorde con el carácter de norma básica, apoyada en el artículo 149.1.13 de la Constitución, no lo es el detalle de sus contenidos y previsiones, agotando la materia: «No obstante, a diferencia del informe regulado en el artículo 15.4 del texto refundido de la Ley de suelo, este precepto no se limita a establecer una directriz o un mandato genérico, sino que regula de forma pormenorizada cada uno de los elementos que considera necesarios para cumplir la finalidad con que ésta ha sido diseñada. […] Dicha detallada regulación supone que las competencias estatales en las que pretende ampararse van a incidir sobre un ámbito, el urbanismo, en el que la competencia autonómica es, en principio, exclusiva, lo que no ha sido tenido en cuenta en este caso. La consecuencia es que se alcanza tal grado de concreción que invade el ámbito competencial autonómico en la medida en que excluye, a priori, la posibilidad de desarrollo por parte de la legislación autonómica sobre una cuestión relacionada con actuaciones de rehabilitación edificatoria o de regeneración y renovación urbanas. […] En consecuencia, las letras a), b), c), d) y e) del artículo 11 de la Ley 8/2013 son inconstitucionales por haber sobrepasado el legislador estatal sus competencias en los términos ya analizados en la citada STC 141/2014. Conclusión que ha de extenderse a las mismas letras del artículo 22.5 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, que las reproducen».

ordene las obras que lo rebasen «*para obtener mejoras de interés general*». En términos literales (art. 17.4 *in fine*):

> «Cuando se supere dicho límite, las obras que lo rebasen *para obtener mejoras de interés general* correrán a cargo de los fondos de la Administración que haya impuesto su realización».

Cabría entender que aunque las obras ordenadas superen el límite cuantitativo, si su objetivo no es el interés general, sino que van a producir un incremento del valor del edificio, correrán a cargo del propietario. De aceptarse esa posible interpretación, se pasaría de un límite cuantitativo claro a un concepto jurídico bastante indeterminado, con disminución de la seguridad jurídica.

Sin embargo, es una interpretación posible. Su origen puede rastrearse en el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Tras recogerse en el artículo 10 de esta norma reglamentaria el deber de los propietarios de terrenos, urbanizaciones, edificaciones y carteles de mantenerlos en «condiciones de seguridad, salubridad y ornato público» y la correlativa potestad de la Administración de ordenar la ejecución de las obras necesarias para conservar las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, se contemplaban en el artículo 11 la posibilidad de ordenar la realización de obras con otros fines: «por motivos de interés turístico o estético, la ejecución de obras de conservación y de reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, sin que estén previamente incluidas en Plan alguno de Ordenación». A continuación se detallaba en el artículo 11.2:

> «Las obras se ejecutarán con cargo a los propietarios si se contuvieran dentro del deber definido en el apartado 1 del artículo 10 [seguridad, salubridad y ornato público] *o supusieran un aumento de valor para el inmueble y hasta donde éste alcance*, y con cargo a los fondos de la Entidad que lo ordene cuando se rebasasen estos límites para obtener mejoras de interés general».

En otros términos, el aumento del valor del inmueble es siempre a cargo del propietario, con independencia de su coste. La cuestión es si el contenido de esa norma reglamentaria, de cuya aplicación no hay rastros en la jurisprudencia, ha podido ascender a rango legal. En el artículo 9.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, se estableció que:

> «El derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre y sin perjuicio del régimen al que esté

> sometido por razón de su clasificación, los deberes de […] realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación».

Lo que era una formulación sumamente genérica, más teniendo en cuenta que en ese momento –contrariamente a, como se está viendo, sucede en la actualidad– la legislación básica no establecía los límites del deber legal de conservación, que se había dejado a la decisión libre de los legisladores de las comunidades autónomas. La única previsión con algo de contenido sustantivo al respecto era hasta ese momento el artículo 246.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, con una regla mucho menos contundente:

> «Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la Entidad que lo ordene *cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general*».

Lo que tradicionalmente se ha entendido en el sentido de que la única justificación para no declarar la ruina y, por tanto, ordenar la demolición de la edificación pese a encontrarse el edificio incurso en una situación de ruina económica era la existencia de razones de «interés general», como pueda ser el carácter de protegido del edificio. En consecuencia, la imposición de deberes de conservación que superasen el límite ordinario de ese deber ha constituido tradicionalmente una «vinculación singular» que da lugar a un derecho del propietario de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración[(5)]. En consecuencia, cualquier obra cuyo coste sobrepasase el límite cuantitativo del deber legal de conservación solo podía entenderse ordenada por razones de interés general.

La interpretación tradicional, de acuerdo con la cual el límite cuantitativo tiene carácter absoluto debe ser mantenida: pese a que la técnica legislativa no haya sido la mejor, no parece que fuera otra la intención del legislador. Además, la práctica administrativa y la jurisprudencia han considerado absoluto el límite cuantitativo y sería exigible una formulación clara del legislador cuando se trata de modificar una regulación consolidada, no solo por una cuestión de seguridad jurídica, sino por una elemental exigencia democrática. Es más, se mantiene la regulación de las vinculaciones singulares en el artículo. 48, b) del propio texto refundido (aunque también con una formulación oscura, que requiere un examen de la evolución legislativa

(5) Martín Rebollo, L. (1993), *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Santander, Universidad de Cantabria, pp. 70-71.

para saber de que se está hablando y que constituye una muestra adicional de mala técnica legislativa)[6]. Es más, en otro caso carecería de sentido la propia formulación del límite cuantitativo en los términos en que se hace, reiterando lo establecido en el artículo 15 como límite cuantitativo aplicable con carácter general para todas las edificaciones, de nuevo en el artículo 17 para las edificaciones situadas en suelo en situación de urbanizado, en los mismos términos literales, si no es para reiterar que las diferencias en el contenido cualitativo aplicables en este último caso, no se extienden al límite cuantitativo, que es el mismo en todos los casos.

Esta reiteración no se da para la elevación del límite cuantitativo en los casos en que sea necesaria una reacción administrativa contra el incumplimiento de una orden de ejecución, supuesto contemplado en el artículo 15.4, párrafo segundo, en el que se habilita al legislador autonómico para prever la elevación de ese límite hasta el 75 por ciento del coste de reposición del edificio, previsión que en buena lógica ha de entenderse también aplicable para edificios y construcciones situados en suelo urbanizado.

6. LOS CONTENIDOS POSITIVOS DEL DEBER DE CONSERVACIÓN: INSPECCIONES TÉCNICAS, EVALUACIONES DEL EDIFICIO Y LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA ESTATAL

En la redacción original de los artículos 29 y 30, junto con la disposición transitoria segunda del LSRU de 2015 se regulaba el «Informe de evaluación del edificio» como un contenido positivo del deber de conservación de los propietarios. Es un recurso al ejercicio privado de funciones públicas inspirado en la legislación de seguridad industrial, en la que es habitual el empleo de mecanismos similares. El titular–en este caso, el propietario del edificio– encarga (y paga) un informe a un profesional con la cualificación requerida, con periodicidad preestablecida, sobre el cumplimiento de la normativa aplicable, en este caso la relativa a la conservación del edificio –básicamente seguridad y funcionalidad, aunque también salubridad y ornato público–, a los que para el informe de evaluación del edificio se añadía lo referido a las normas sobre accesibilidad y la eficiencia energética. A la

(6) Sobre la singularidad de la conservación de edificios respecto a otros supuestos de vinculación singular, Muñoz Guijosa, 2015, pp. 199-207. Una visión completa y crítica de esta regulación y de su jurisprudencia aplicativa en López Ramón, Teoría de las vinculaciones singulares urbanísticas, Revista Aragonesa de Administración Pública, 55, 2020, pp. 220-258, y Las vinculaciones singulares urbanísticas, Atelier, Barcelona, 2020.

inspección técnica del edificio, contemplada con anterioridad en diversas normas autonómicas y ordenanzas locales, se le ampliaba su contenido con la accesibilidad y la eficiencia energética.

El antecedente directo era la regulación por el legislador básico de la inspección técnica del edificio, relativa a seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, y determinación de las obras necesarias para corregir las deficiencias, en los artículos 21 y 22, en la disposición adicional tercera y en las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Una regulación material extraña para un decreto-ley, pero no fue ese el motivo de su anulación por el Tribunal Constitucional, sino la falta de competencia del legislador nacional.

En la Sentencia 5/2016, de 21 de enero, el Tribunal Constitucional consideró que no hay base para su regulación ni en el artículo 149.1.13, relativo a la planificación general de la economía, ni en el artículo 149.1.23, bases de la protección ambiental, por falta de una conexión lo suficientemente directa como para desplazar la competencia del legislador autonómico para regular lo que es claramente una técnica urbanística. El Tribunal Constitucional también rechazó que el artículo 149.1.1, que atribuye al Estado competencia para regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales, constituyese base suficiente para regular un deber inherente a la propiedad urbana en determinadas circunstancias, pero que no integra su contenido básico o esencial. Con independencia de lo artificial y disfuncional de la distinción entre estatuto de la propiedad urbana y urbanismo, que fundamenta la distribución de competencias legislativas en esta materia, lo cierto es que de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional parecía probable desde un principio una declaración de inconstitucionalidad. En Sentencia 143/2017, de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional, en coherencia con la sentencia anterior, declaró la inconstitucionalidad de la regulación contenida en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, del informe de evaluación de los edificios, con excepción de la previsión genérica de que los propietarios de los edificios pueden ser requeridos para acreditar el estado del edificio en varios aspectos, contenida en la actualidad en el artículo 29.1 LSRU. Se prevé igualmente la existencia de censos de edificios, desarrollados en colaboración por las Administraciones públicas, nutridos de esos informes, con la finalidad de la detección temprana de las necesidades de rehabilitación (disposición adicional primera, 1, LSRU).

7. CONCLUSIÓN

La existencia de un régimen diferenciado de conservación de los edificios situados en suelo rural (en los que resulta de aplicación única el régimen general del artículo 15 LSRU) y de los situados en suelo urbanizado responde a la incorporación de la rehabilitación como un contenido propio del tradicional deber de conservación. En suelo urbanizado, aunque se mantiene el límite cuantitativo en la mitad del coste de reposición del edificio, se establece de forma expresa un deber de adaptación de las instalaciones a lo establecido en la normativa sectorial, se incluyen en el deber de conservación las obras de mejora ordenadas por «motivos turísticos o culturales» y, sobre todo, se enuncia de forma expresa la «mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano». En el mismo sentido, los deberes derivados de la conservación superan lo que era su ámbito tradicional, el propio edificio, para extenderse al entorno urbano.

La introducción en 1975 del deber general de cesión de un porcentaje de aprovechamiento lucrativo en las actuaciones de nueva urbanización a la Administración urbanística actuante, supuso la implantación de lo que en términos económicos es un tributo sobre el incremento del aprovechamiento urbanístico del suelo. Esta lógica tributaria se extiende al suelo rústico (o preservado de la transformación urbanística) en el artículo 16.2 del LSRU, en el que el legislador básico habilita al autonómico para imponer «prestaciones patrimoniales» por «usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria», aparte de que el propietario deba «costear y, en su caso, ejecutar» las infraestructuras de conexión de las instalaciones y construcciones autorizables, con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración. Es decir, el reconocimiento de un tributo por la implantación de usos privados que se añade a los impuestos territoriales ya existentes, siguiendo el modelo de las cesiones de aprovechamiento lucrativo, aunque en este caso deberá materializarse necesariamente en metálico.

Algo similar ha sucedido con la transformación del deber de conservación del edificio en la medida en que éste se ha convertido en deber de rehabilitación –siguiendo una tendencia de largo recorrido de exigir el mantenimiento o recuperación de la funcionalidad del edificio–, pero que en la legislación vigente se extiende al entorno urbano, permitiendo a la Administración la imposición de cargas a los propietarios con la finalidad de financiar actuaciones de renovación o regeneración urbanas.

Con ser producto de una misma tendencia a la incorporación de la rehabilitación como un contenido esencial del deber de conservación, la incorporación del entorno urbano supone un salto cualitativo de gran calado y, a mi juicio, insuficientemente justificado.

El límite cuantitativo del deber de conservación fue diseñado, tanto en su variante original en referencia al valor actual del edificio como en la vigente relativa al coste de reposición del edificio, con una lógica referida a la relación coste-beneficio de reparar o, alternativamente, sustituir el edificio. Aplicado como parámetro del deber de contribuir económicamente a las actuaciones de regeneración y renovación urbanas es arbitrario. Además de que puede conducir a situaciones sociales indeseables, como la gentrificación de los barrios tradicionales.

Al valor actual del edificio se llega calculando el coste de reposición, es decir, el «valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original, en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio», por utilizar la fórmula del artículo 15.3 LSRU, al que se aplican coeficientes de depreciación en función de la antigüedad y estado de conservación del inmueble. Se está «valorando» un objeto que no existe en el mercado, como es un edificio desvinculado del suelo que lo sustenta, por lo que es un valor puramente artificial, una convención. Incluso cuando el edificio añade valor al suelo que lo sustenta –no siempre es así–, en general no supondrá sino una fracción relativamente pequeña del valor económico de la propiedad inmobiliaria.

La diferencia entre valoración a efectos de determinar el límite del deber de conservación y rehabilitación y valor real del inmueble se incrementa cuando se usa el coste de reposición, como es evidente, puesto que se atribuye el mismo valor a un edificio viejo, deteriorado e incluso originalmente construido con materiales deficientes que a uno recién terminado conforme a técnicas constructivas modernas. Algo que materialmente es equivalente a un tributo debe responder a una manifestación de riqueza o, en los términos del artículo 31 de la Constitución, de «capacidad económica», y aplicarse de acuerdo a los principios de progresividad y, muy relevante en este caso, de igualdad, nuevamente en palabras de la Constitución.

En todo caso, el deber de conservación ha incorporado definitivamente contenidos propios de la rehabilitación, permitiendo la imposición de las obras necesarias para dotar al edificio de una funcionalidad que sea compatible con los usos previstos o tolerados en el plan urbanístico, con el único límite de lo que costaría construir un edificio nuevo. El problema, como tantas veces en la legislación urbanística, es la desconexión entre la norma jurídica y la realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Sánchez, J.(2014), «La conservación de los bienes culturales: deber de los propietarios; y condiciones de restauración», Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, núm. 291, pp. 173-186.

Díaz Lema, J. M. (2014), «Propiedad urbana y expropiación por incumplimiento de deberes (en particular, el deber de conservación)», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* núm. 291, pp. 61-102.

García Álvarez, G. (2007), *La ruina en el Derecho urbanístico. Crisis y evolución del modelo tradicional,* Pamplona, Aranzadi, 2007.

– (2013a), «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. extra XV, dedicado a Rehabilitación y regeneración urbana en España, pp. 73-108.

— (2013b), «El nuevo deber de conservación de edificios», Anuario de Derecho Municipal, 2013, pp. 145-183.

Gifreu i Font, J. (2015), «El deber legal de conservación y rehabilitación de los propietarios de viviendas: la inspección técnica de edificios en Cataluña y la concreción del técnico facultativo competente para calificar el estado general de conservación», *Práctica urbanística,* núm. 137, pp. 96-116.

López Ramón, F. (2020a), «Teoría de las vinculaciones singulares urbanísticas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55, 2020, pp. 220-258,.

— (2020b), *Las vinculaciones singulares urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2020.

Lozano Cutanda, B. (2013), «Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: hacia el «agente rehabilitador», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo,* julio 2013.

Menéndez Sebastián, E. M. (2013), «Nuevo enfoque del deber de conservación en la Ley 8/2013, De 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1116238.

– (2014a): «El deber de conservación desde el prisma del Estado Social», *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. especial 99-100, pp. 2031-2054.

— (2014b), *El deber de conservación: una construcción inacabada*, Madrid, Iustel.

Muñoz Guijosa, M. A. (2015), «La problemática conceptualización jurídica de la vinculación singular y su trascendencia aplicativa», *Revista de Administración Pública* núm. 196, pp. 171-207.

Pemán Gavín, I. (2013), «De la política higienista a la política proteccionista del patrimonio edificado: los nuevos paradigmas en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», www.consultores-urbanismo.com.

Martín Rebollo, L. (1993), *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Santander, Universidad de Cantabria.

Sospedra Navas, F. J. (2013), «El deber de conservación del propietario del suelo tras la reforma operada por Ley 8/2013», *Revista de Urbanismo,* de 1 de septiembre de 2013, El Derecho.com.

Villanueva López, Á. (2015), «Pasado, presente y futuro de las órdenes de ejecución por motivos de conservación. Incidencia de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas sobre las mismas», *Práctica urbanística,* núm. 132, 2015, pp. 26-37.

XVIII

INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO Y DE VIVIENDA

A.1 Patrimonios públicos de suelo y vivienda(1)

Judith Gifreu Font
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
judith.gifreu@uab.cat

Resumen: *Este trabajo aborda la importancia de los patrimonios públicos de suelo (PPS) en la planificación urbana y social, analizando su régimen jurídico y destacando su papel en el acceso a la vivienda y en la regulación del mercado inmobiliario. Históricamente, han sido una herramienta para intervenir en la gestión del suelo y evitar la especulación, aunque ha enfrentado dificultades debido a la falta de recursos municipales, habiéndose utilizado con fines desviados de su propósito original. El acuciante problema de la vivienda ha convertido en destino preferente de los PPS la promoción de vivienda protegida, un fin a cuyo cumplimiento puede contribuir el reforzamiento del derecho de superficie. El texto sugiere reforzar la regulación, fomentar la colaboración público-privada y asegurar una*

(1) Este trabajo se ha realizado como miembro del Grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili «Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad», reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

adecuada planificación para optimizar el uso del suelo y promover la sostenibilidad urbana.

Palabras clave: *Patrimonio público de suelo, derecho de superficie, vivienda, bienes patrimoniales.*

Abstract: *This paper addresses the importance of public land patrimonies (PPS) in urban and social planning, analysing their legal regime and highlighting their role in access to housing and in the regulation of the real estate market. Historically, they have been a tool to intervene in land management and prevent speculation, although they have faced difficulties due to the lack of municipal resources, having been used for purposes that deviated from their original purpose. The pressing housing problem has made the promotion of subsidised housing the preferred destination of PPSs, a purpose to which the strengthening of surface rights can contribute. The text suggests strengthening regulation, encouraging public-private partnerships and ensuring proper planning to optimise land use and promote urban sustainability.*

Keywords: *Public land patrimony, right of superficies, housing, patrimonial goods.*

Sumario: 1. La importancia de imbricar las políticas de urbanismo y de vivienda. 2. Los patrimonios públicos de suelo: algunas notas identificativas. 2.1 Fines. 2.2 Constitución. 2.3 Patrimonio separado. 2.4 Bienes integrantes del PPS. 2.5 Destino. 2.6 Disposición, gestión y transmisión de los bienes integrantes del PPS. 2.7 Condicionantes inscribibles en el Registro de la Propiedad. 3. La gestión del PPS en régimen de derecho de superficie para la construcción de vivienda de protección pública. 4. Reflexión final. Bibliografía.

1. LA IMPORTANCIA DE IMBRICAR LAS POLÍTICAS DE URBANISMO Y DE VIVIENDA

La disposición de suelo para la construcción de vivienda es un elemento clave en la planificación urbana sostenible, en sintonía con el reconocimiento de la función social de la propiedad privada (art. 33 CE) y con el principio rector de la política social y económica consagrado en el artículo 47 CE, que reconoce el derecho constitucional de todos los es-

pañoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada[2] y, correlativamente, impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Dicho principio ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE).

Asegurar suficiente suelo destinado a vivienda de renta o precio asequible no es solo una cuestión técnica, sino también social y económica. Y ello porque, siendo el suelo un recurso limitado y caro –especialmente en áreas urbanas–, sin una intervención planificada que tenga en cuenta el objetivo social, el mercado tiende a destinar terrenos a proyectos privados que maximizan el valor económico. Esto excluye a las familias de bajos ingresos, generando desigualdad y segregación social. Pero no se trata solo de construir más vivienda, sino de hacerlo de manera que se favorezca la cohesión social, la sostenibilidad y el desarrollo inclusivo de las ciudades. Esto requiere una intervención activa de los gobiernos locales y una planificación cuidadosa, considerando la justicia espacial y el bienestar de todos los ciudadanos. Al reservar suelo para vivienda en régimen de protección pública, los gobiernos y las ciudades pueden asegurar que las poblaciones más vulnerables tengan acceso a una vivienda digna, asequible y bien localizada. Además, cuando no se planifica adecuadamente el uso del suelo, la vivienda protegida tiende a concentrarse en áreas periféricas o marginadas –aun cuando la regulación de la reserva de vivienda protegida impone una distribución espacial que no genere discriminación por razón del nivel de renta–. La integración social es vital para evitar guetos urbanos y fomentar ciudades inclusivas, por lo que disponer de suelo en áreas céntricas o bien conectadas es crucial para la mezcolanza social y para proporcionar igualdad de oportunidades. El acceso al suelo bien ubicado permite promover vivienda asequible/social en áreas que ya cuentan con infraestructura y servicios; en caso contrario, los costes y el impacto ambiental del desarrollo urbano aumentan, dado que es necesario construir nuevas redes y vías de acceso.

En este mismo orden de cosas, es importante destacar que la vivienda pública tiene un efecto regulador sobre el mercado inmobiliario. Si el

(2) Sobre el reconocimiento del derecho constitucional a la vivienda, *vid.* el Fundamento Jurídico 3.B) de la STC 79/2024, de 21 de mayo, según el cual *«(ii) Que sobre el artículo 47 CE cabe proyectar el artículo 149.1.1 CE es algo que hasta ahora no habíamos reconocido de forma abierta, por falta de oportunidad, habiéndose limitado nuestra doctrina a resaltar su contenido de principio rector y no de derecho fundamental (…). Ahora bien, que el artículo 47 no contenga un derecho fundamental ni un título competencial, o que constituya un principio rector de la política social y económica, no es óbice para que al mismo tiempo se despliegue como derecho constitucional, con sus vertientes competenciales».*

suelo se destina exclusivamente a desarrollos privados, la oferta de viviendas puede ser insuficiente, lo que incrementa los precios y empeora la crisis habitacional (Gifreu Font, 2023a). Por el contrario, una estrategia que incluya más vivienda protegida puede ayudar a equilibrar la oferta y la demanda, impidiendo que los precios suban desmesuradamente. Si bien en muchas ciudades el suelo ya está ocupado, existen áreas infrautilizadas o degradadas que, mediante la regeneración y renovación urbanas pueden convertirse en zonas habitables y productivas. Esto también ayuda a revitalizar barrios y mejorar la calidad de vida de los residentes, sin necesidad de expandir indefinidamente las fronteras urbanas.

Es evidente que el urbanismo no debe ser reactivo, sino proactivo. Las ciudades deben prever el crecimiento de la población y reservar suelo para vivienda protegida en sus diversas tipologías antes de que la presión inmobiliaria sea insostenible. Las políticas de suelo y vivienda deben anticiparse a la demanda futura y tener en cuenta factores como el cambio climático, la migración y las transformaciones demográficas. En su momento, el legislador estatal preconstitucional diseñó unos instrumentos de intervención en el mercado del suelo (venta y sustitución forzosas, patrimonios públicos de suelo, derecho de superficie, etc.) que la legislación urbanística autonómica ha ido complementando a fuer de necesidad. Estas herramientas jurídicas se han diseñado para intervenir y regular el uso, desarrollo y gestión del suelo, con el objetivo de garantizar un desarrollo urbano equilibrado y accesible, así como para promover la provisión de vivienda asequible. Dichos instrumentos buscan controlar el crecimiento urbano, redistribuir las ganancias generadas por la urbanización y garantizar que el acceso a la vivienda no dependa exclusivamente del mercado. Entre estos instrumentos destacan los patrimonios públicos de suelo,[3] una figura jurídica ampliamente estudiada por la doctrina,[4] cuyo principal objetivo es permitir a las Administraciones Públicas intervenir en el mercado del suelo para promover un desarrollo urbano equilibrado, evitar la especulación y garantizar el acceso a la vivienda. Su regulación jurídica se contempla en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (LSRU) y en la normativa urbanística autonómica que desarrolla aspectos espe-

(3) La figura de los patrimonios municipales de suelo se introduce de manera incipiente en el ordenamiento jurídico administrativo con la Ley de Expropiación Forzosa de 1879. Sin embargo, es en el Estatuto Municipal de 1924 y, de forma más detallada y precisa, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 donde esta institución recibe una regulación más exhaustiva y concreta.

(4) Entre otros, sin ánimo exhaustivo, Alemany Garcías (2016), Álvarez González (2014), Aviño Belenguer (2015), Blanquer Criado (2007), Bosch Meda y Gifreu Font (2020), Cabeza Escobar (2022), Castillo Gómez (2000), Chinchilla Peinado (2007), Delgado Piqueras (2008), Martín Valdivia (1999), Menéndez Rexach (1993), Pardo Álvarez (2015) y Quintana López (2007).

cíficos de la política de suelo, siendo también de aplicación la normativa sobre patrimonio de las Administraciones Públicas a los efectos de la explotación y transmisión de los bienes que conforman este patrimonio público de suelo.(5)

2. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO: ALGUNAS NOTAS IDENTIFICATIVAS(6)

Los patrimonios públicos de suelo (PPS) son un instrumento previsto en la legislación de suelo y urbanística para facilitar la disposición de terrenos destinados a actuaciones de interés público y garantizar una oferta suficiente que permita la construcción de viviendas protegida, equipamientos públicos y otras infraestructuras necesarias. Desde su configuración legal en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 como un instrumento para «*prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones*» (art. 72), el régimen jurídico de los PPS ha experimentado cambios legislativos destacados que han venido condicionados sobremanera por la delicada situación financiera de las haciendas locales.(7) Diseñados como una herramienta destinada a combatir la especulación y a regular el precio en el mercado de solares,(8) pronto quedó clara su incapacidad para frenar la elevación excesiva de los precios del suelo y obligó a un primer ajuste

(5) El artículo 16 RBEL señala que los patrimonios municipales de suelo se regulan por su legislación específica y que los bienes patrimoniales que resultaren calificados como suelo urbano o urbanizable programado en el planeamiento urbanístico quedarán afectos al mismo.

(6) Aunque hoy en día las Administraciones Públicas otras que los ayuntamientos, y especialmente la Administración autonómica, pueden constituir patrimonios públicos de suelo, en este trabajo se utiliza la mención «patrimonio público de suelo» y el acrónimo PPS como sinónimos de «patrimonio municipal del suelo» puesto que el análisis se centra exclusivamente en los patrimonios municipales de suelo habida cuenta de su estrecha vinculación con el urbanismo y la provisión de vivienda protegida. Cabe recordar que los ayuntamientos tienen reconocidas competencias propias en materia de «*Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística […] Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificació*n» (art. 25.2.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local).

(7) En relación con el papel de los PPS como fuente de recursos financieros, *vid.* Tienza Fernández (2020).

(8) Siguiendo a Parada y Lora-Tamayo, los PPS se crearon con la finalidad de contrarrestar el oligopolio generado por la propia Ley de 1956 –al conceder a la propiedad el derecho a urbanizar–, para que en épocas de escasez de suelo estos patrimonios permitieran aumentar la disponibilidad de solares edificables y, con ello, reducir precios. Sin embargo, como argumentan los autores, «*el antídoto tampoco es tan eficaz, porque en un mercado de oferta limitada como el del suelo, pretender bajar los precios introduciendo un nuevo competidor, los patrimonios municipales de suelo, es tanto como pretender apagar los fuegos con gasolina. Y eso, más o menos, es lo que aconteció*» (2019, pp. 417-418).

mediante la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, la cual reforzó su potencia antiespeculativa dotándolos con una parte (10 %) de las plusvalías urbanísticas derivadas del proceso de urbanización –cesión gratuita del suelo privado edificable que hasta entonces habían sido objeto de una apropiación indebida por los propietarios privados–, lo que facilitaba a su vez la financiación de las obras de infraestructura primaria y equipo urbano al garantizarse una aportación permanente de suelo. La LS/90 y el TRLS/92 mantuvieron esa línea, reforzando el carácter de los PPS con un alcance no solo cuantitativo –ampliación de los bienes y derechos integrantes, pudiéndose acudir a la expropiación de suelo no urbanizable residual–, sino también cualitativo, en cuanto al destino que a los mismos había de darse. La STC 61/1997 anuló la regulación de los PPS, salvo los preceptos referidos a la constitución y al carácter de patrimonio separado (art. 276) y al destino de los bienes que lo integran (art. 280.1), los cuales mantuvieron su vigencia con la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 –una Ley que solo aludía a la reversión de terrenos expropiados para el PPS–y hasta la aprobación de la LS07. En esta Ley se introduce un cambio significativo en la denominación de la institución, pasando de «patrimonio municipal de suelo» a «patrimonios públicos de suelo», abriendo la puerta a una regulación estatal básica y unificada para todos los patrimonios de las Administraciones Públicas. En Cataluña, la Ley de urbanismo de 2002 amplió este concepto al incorporar los «patrimonios públicos de suelo y de vivienda» (arts. 153 y ss.), extendiendo tanto el ámbito de los bienes como de los sujetos responsables de estos patrimonios e incidiendo en la importancia de la vivienda en el marco de los PPS.[9]

La LSRU regula los PPS en sus artículos 51 y 52, en ejercicio de las competencias reservadas al legislador estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y de bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13), sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autóno-

(9) Con esta nueva denominación se subraya explícitamente que los bienes del PPS no solo comprenden terrenos, sino también edificios destinados a cumplir los objetivos legalmente establecidos. Además, se reconoce que distintas Administraciones Públicas, más allá del ámbito municipal, pueden ser titulares de patrimonios vinculados a la actividad urbanística. Por ejemplo, el PPS puede estar constituido tanto por la Administración de la Generalitat, a través del Instituto Catalán del suelo (Incasol), como por los ayuntamientos, ya sea directamente o mediante entidades urbanísticas especiales, como consorcios urbanísticos, mancomunidades en materia urbanística, entidades públicas empresariales o sociedades de capital íntegramente público de carácter local, siempre que actúen como Administración competente (arts. 22 y 160.4 TRLUCat y 13.2 y 220 RLUC). En el caso de que un ayuntamiento decida constituir el PPS a través de entidades instrumentales, los bienes que lo componen se incorporan al patrimonio de dichas entidades sin perder su vinculación a los fines específicos a los que debe ajustarse dicho patrimonio.

mas y que las habilitan para desarrollar las previsiones estatales. Los preceptos legales citados fijan las bases para la determinación del destino de los bienes integrantes del PPS (construcción de vivienda protegida y, excepcionalmente, otros usos de interés social) y de los ingresos obtenidos mediante su enajenación (conservación, administración y ampliación de ese PPS; si bien, como se verá, se pueden destinar a reducir la deuda comercial y financiera municipal).

2.1 **Fines**

El PPS nace afecto a unos determinados fines. De conformidad con el artículo 51 LSRU, los PPS se constituyen al objeto de «*regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística*». Estos fines se caracterizan por su abstracción y encuentran su concreción en el destino que la propia Ley les asigna (Menéndez Rexach, 2009, p. 939).

Las Comunidades Autónomas han reproducido estas finalidades en sus disposiciones urbanísticas, ampliándolas en algunos casos con fines genéricos de difícil concreción, que, *stricto sensu*, casan más con el destino de los activos del PPS –de mejora del medio físico, urbano o rural– que con sus fines. (10) Así, se detallan como fines no mencionados explícitamente por la LSRU, entre otros, garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas protegidas (art. 127 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, LISTA) –que, como fin genérico coincide con el fin específico (o destino) previsto en el artículo 52.1 LSRU–; prever, poner en marcha y desarrollar, técnica y económicamente, la expansión de las poblaciones y la mejora de la calidad de vida –reproducción literal del artículo 72.2 LS56–, y formar reservas para proteger y tutelar el suelo no urbanizable (art. 160. 5 TRLUCat); conservación o mejora del medio ambiente, protección del patrimonio histórico-artístico, y actuaciones de interés social para crear y facilitar suelo para el ejercicio de nuevas actividades empresariales o ampliación de las existentes, que en ambos casos generen empleo y sean compatibles con el desarrollo sostenible (art. 176 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, LSCM); conservación o mejora del medioambiente, de espacios naturales

(10) Alonso Ibáñez alerta, en este sentido, de que la regulación autonómica «*en muchos casos, proporciona cobertura jurídica para que las Administraciones titulares puedan utilizar tales recursos económicos como una fuente más de financiación del ente titular, en cuestiones que nada tienen que ver con la funcionalidad de la propia institución*» (2007, p. 662).

y del patrimonio histórico, protección del litoral, actuaciones públicas dotacionales, sistemas generales y equipamientos públicos, y la planificación y gestión territoriales y urbanísticas, en especial el pago en especie, mediante permuta, de suelo destinado a sistemas generales (art. 299 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias); compensación a propietarios a los que corresponda un aprovechamiento superior al permitido por el planeamiento, o cuyos terrenos hayan sido objeto de ocupación directa (art. 125 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, LUCL). Otras normativas como la valenciana se limitan a reproducir fielmente los fines contemplados en la LSRU (art. 105.1 del Decreto Legislativo valenciano 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, TRLOTV).

2.2 **Constitución**

Si bien originariamente la regulación de los PPS se refería exclusivamente a los municipios (PMS), en la actualidad, las entidades locales y las administraciones autonómicas pueden constituir PPS –directamente o mediante entidades urbanísticas especiales–. El artículo 13 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955 establecía que, con el fin de prevenir, encauzar y desarrollar la expansión urbanística de las poblaciones mayores de 50.000 habitantes o capitales de provincia, y para facilitar los planes de ordenación urbana, los ayuntamientos debían constituir un PPS. Dicha obligación se trasladó sucesivamente a la LS56 y al TRLS76 y con la LS90 y el TRLS92 se extendió a todos los municipios que contaran con un Plan General de Ordenación Urbana (art. 276.1 TRLS92). La LSRU omite cualquier referencia a este punto en sintonía con el contenido de la STC 61/1997. En algunas Comunidades Autónomas la constitución municipal de PPS es obligatoria. Así lo prevén, por ejemplo, el artículo 105.6 TRLOTV y el artículo 173 LSCM. En Cataluña, la obligación se reconduce a los ayuntamientos que tengan un planeamiento urbanístico general que delimite ámbitos de actuación urbanística susceptibles de generar cesiones de suelo de titularidad pública con aprovechamiento (art. 163.1 TRLUCat). El mismo requisito de contar con planeamiento general se contempla en el artículo 123.2 LUCL. En los ayuntamientos restantes, la constitución es voluntaria.[11]

(11) La integración de los bienes patrimoniales en el PPS no necesita acto administrativo, sino que tiene lugar *ex lege*, de modo que no se requiere la previa constitución formal de este patrimonio. En cambio, en los casos en que la constitución es facultativa, se requiere la adopción de un acuerdo formal en tal sentido (Pavón Pérez, 2022, p. 821; Fernández-Figueroa Guerrero, 2024, p. 13).

2.3 **Patrimonio separado**

Los bienes de los PPS constituyen un patrimonio separado del resto de bienes municipales. Consecuentemente, estos bienes tienen que identificarse en un registro separado de los otros bienes y derechos patrimoniales del municipio, que ha de estar permanentemente actualizado. En este registro deben constar los datos relativos al título y el precio de adquisición, la situación jurídica y urbanística, el uso a que se dedican efectivamente, las operaciones que tengan que ser anotadas en el instrumento de contabilidad pública correspondiente, y su vinculación, si procede, a las específicas finalidades en materia de viviendas de protección pública (emplazamiento del suelo sobre la reserva con destino a vivienda protegida; destino a régimen de alquiler o derecho de superficie, etc.). El Registro del PPS constituye un inventario parcial, que forma parte del Inventario General consolidado del Ayuntamiento. La responsabilidad del PPS recae en el secretario general de la Corporación local.

Este PPS debe disponer, además, de una contabilidad separada que, en opinión de la jurisprudencia, no rompe con el principio de presupuesto único, al que está anudado el principio de unidad de caja (art. 177.1, letra b), de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales).[12]

La normativa catalana impone que los municipios incluidos en las áreas de demanda residencial fuerte y acreditada de vivienda deban aprobar anualmente el inventario de los bienes y los derechos que integran el PPS, así como el balance de situación de este patrimonio, y enviarlos al Registro de Planeamiento Urbanístico de Cataluña para su inscripción (art. 164.6 TRLUCat).

2.4 **Bienes integrantes del PPS**

Los PPS están formados por una diversidad de bienes y derechos de distinta procedencia. Entre otros, terrenos, construcciones y edificaciones procedentes de las cesiones obligatorias de suelo en el marco de actuaciones urbanísticas y de adquisiciones voluntarias de la Administración en virtud de cualquier título (expropiación forzosa, etc.); ingresos obtenidos en la gestión y disposición del PPS; créditos que tengan como garantía hipotecaria los bienes incluidos en el PPS; transferencias y consignaciones presupuestarias cuyo fin sea la conservación, ampliación o gestión del mis-

(12) *Vid.* la STS de 21 de julio de 2011, que anula el presupuesto municipal del Ayuntamiento de Valencia por razón de haber omitido la determinación del destino de los ingresos procedentes del PPS.

mo patrimonio; etc. El artículo 51.1 LSRU señala que integran el PPS los bienes, recursos y derechos procedentes del deber de cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico no susceptible de apropiación privada en actuaciones de urbanización y de dotación,[13] sin perjuicio de los demás activos que determine la legislación territorial y urbanística, evidenciando que no corresponde al Estado sino a las Comunidades Autónomas regular con detalle cuáles son esos bienes. A esta composición, el legislador estatal le añade que los ingresos obtenidos mediante la enajenación y la gestión de los bienes del PPS (entre los que se incluyen los ingresos derivados de la sustitución de las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico por dinero en metálico)[14] también se integran en ese patrimonio –debiendo consignarse en un depósito específico–. De donde resulta que se integran en el PPS tres clases de bienes: los procedentes de la cesión de aprovechamiento urbanístico, el producto de la enajenación de esos bienes y los que determine libremente la normativa urbanística.

A modo de ejemplo, el artículo 128 LISTA establece una lista exhaustiva de los bienes que forman parte del PPS: a) Los terrenos y las construcciones adquiridos por la Administración titular en virtud de cualquier título con el fin de incorporarlos al PPS y los adquiridos en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto previstos; b) Los terrenos y construcciones obtenidos en virtud de las cesiones de aprovechamiento urbanístico por ministerio de la ley o en virtud de convenio urbanístico; c) Los adquiridos con los ingresos derivados de la sustitución de tales cesiones por pagos en metálico; d) Los ingresos obtenidos en virtud de las sanciones urbanísticas, una vez descontado el importe destinado a garantizar el coste de la actividad administrativa de inspección y disciplina territorial y urbanística; e) Los ingresos obtenidos en virtud de la prestación compensatoria en suelo rústico, así como cualesquiera otros expresamente previstos en esta Ley; f) Los recursos derivados de su gestión y los bienes adquiridos con la aplicación de tales recursos; y g) Los ingresos procedentes de la concesión o autorización sobre los bienes dotacionales, arrendamiento o intereses bancarios y los bienes permutados incluidos dentro del patrimonio

(13) El suelo correspondiente al porcentaje de aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria y gratuita, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, se incorpora al PPS. Ese porcentaje se fija en una horquilla no inferior al 5% ni superior al 15% –pudiendo reducirse o bien incrementarse hasta un máximo del 20%, de manera excepcional y motivada– cuyo porcentaje tiene que ser concretado en la diferente legislación de las Comunidades Autónomas, dentro de los límites establecidos por la legislación estatal (art. 18.1 LSRU).

(14) La LSRU permite sustituir la cesión de aprovechamiento urbanístico por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sujeta a un régimen de protección pública en virtud de la reserva de suelo para esta finalidad, que se concreta en el 40% de la edificabilidad residencial en el suelo incluido en actuaciones de nueva urbanización –suelo urbanizable– y el 20% en suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización –suelo urbano– [arts. 20.1.b) y 51.2 LSRU].

público de suelo o el producto de su enajenación. En el otro extremo se sitúa el legislador catalán, que ha optado por una noción muy amplia según la cual son bienes integrantes del PPS todos los edificios y terrenos susceptibles de cumplir con las finalidades del PPS (art. 160 TRLUCat; desarrollado por el artículo 223.1 RLUC).

La legislación urbanística contempla además distintos mecanismos para la dotación del PPS, como el establecimiento de reservas de terrenos de posible adquisición, la delimitación de áreas en las que las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y la expropiación forzosa de terrenos, construcciones y edificaciones.

2.5 **Destino**

Tradicionalmente, muchos ayuntamientos han adoptado una interpretación flexible de los posibles usos del PPS y han utilizado los recursos generados por las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico para financiar inversiones y otras necesidades presupuestarias, incluso para perseguir intereses urbanísticos distintos a los propios fines del PPS. Este enfoque ha sido rigurosamente censurado por una consolidada jurisprudencia, que no ha admitido el uso espurio del PPS y que, con sus fallos, ha ido acotando el destino de los bienes e ingresos provenientes del mismo. En la STS de 2 de noviembre de 2001, se señala que «*la Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, un fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones Locales han de perseguir según la legislación de régimen local (arts. 25 y 26 de la Ley 7/1.985) sino el específico y concreto de «prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones (art. 89.2.º de la Ley del Suelo de 1.976) y ha querido y quiere expresamente con claridad elogiable que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo.*» (15)

(15) Como señala la STS de 7 de noviembre de 2005, los pronunciamientos judiciales que han declarado la imposibilidad de que los ayuntamientos conviertan el PPS en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales son abundantes (SSTS de 2 de noviembre de 1995, 14 de junio de 2000, 25 de octubre de 2001, 31 de octubre de 2001, 2 de noviembre de 2001, 29 de noviembre de 2001, 27 de junio de 2002 y 7 de noviembre de 2002, entre otras). La propia sentencia afirma que «*Tal consolidada interpretación impide que pueda prosperar la pretensión municipal de que*

A su vez, se advierte que las previsiones legislativas autonómicas han ido templando los fines de los PPS, ampliando su espectro a otros supuestos integrables dentro de los mimbres normativos establecidos por el legislador estatal,[16] todo ello con el propósito de solventar los problemas derivados de la situación de infrafinanciación local.

El artículo 52, apartados primero y quinto, determina los posibles destinos de los bienes y recursos del PPS:

a. Con carácter preferente, los bienes del PPS se destinarán a la *construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública*. El precepto se refiere a los regímenes de protección determinados por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.[17] Según la STS de 25 de mayo de 2005, «*los ayuntamientos carecen de capacidad para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas*». No obstante, algunas disposiciones autonómicas han abierto la posibilidad de establecer un régimen específico de viviendas de protección pública municipal.

b. En actuaciones de dotación, la destinación a vivienda protegida cede ante la necesidad de «mejorar la ciudad» (STS de 20 de julio de 2017). Se establece en este supuesto que, cuando la cesión de suelo en concepto de aprovechamiento urbanístico se sustituya por su valor en metálico, este dinero ha de destinarse a *costear la parte de financiación pública prevista en la actuación* o a integrarse en el PPS con destino preferente a *actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas* (art. 18.2.a) LSRU).

c. Complementariamente, los bienes del PPS también pueden ser destinados a *otros usos de interés social*, de acuerdo con lo que dispon-

---

la compra de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda con lo obtenido de la venta de las parcelas del patrimonio municipal del suelo encaje en tal disposición de la legislación urbanística. Si la normativa urbanística establece un fin último como es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planteamiento urbanístico a él debemos atenernos sin que quepa interpretaciones flexibles en una disposición tan clara como la aquí concernida.».

(16) Por ejemplo, el artículo 160.5 bis TRLUCat permite la entrega de los bienes inmuebles integrantes del PPS como contraprestación en concepto de retribución a los contratistas de acuerdo con la legislación aplicable en materia de contratos del sector público. Y el artículo 129.1.c) LISTA prevé la posibilidad de destinarlos a cualquier uso admitido por el planeamiento cuando sea conveniente para su ejecución y tal destino redunde en una mejor gestión del PPS –y así se declare motivadamente por la Administración titular en atención a su interés social–.

(17) Aviño Belenguer opina que la obligación de destinar los bienes y recursos del PPS a la construcción de vivienda protegida ha quedado diluida como uno más de los destinos del mismo, habida cuenta de la adición de destinos como la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, la creación y mejora de equipamientos municipales y las actuaciones estratégicas que supongan procesos de inversión y generación de empleo. Todos ellos «*priman cada vez más sobre el fin tradicional de la construcción /y/o promoción) de VPP*» (2015, p. 95).

gan los instrumentos de ordenación urbanística, en los casos en que el legislador lo prevea expresamente,[18] especificando los fines admisibles, que han de ser urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, o de carácter socioeconómico para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana (art. 52.1). Este interés social ha sido interpretado de la siguiente manera: «*no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El artículo 1.1 de la Constitución Española que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con el artículo 9.2 de la misma, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*» (STS de 31 de octubre de 2001). Bajo este concepto jurídico indeterminado, los ayuntamientos han hecho disposición de los bienes del PPS para construir polideportivos, bibliotecas, centros socioculturales, escuelas, etc. que, aun siendo actuaciones de índole urbanística, han sido sucesivamente anulados por los tribunales por razón de no casar con el concepto de «usos de interés social».[19]

d. Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter excepcional, los ayuntamientos pueden destinar su PPS a reducir la deuda comercial o financiera (o ambas), siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 52.5 LSRU). Esa flexibilización de los fines del PPS fue introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el momento álgido de la crisis económico-financiera que asolaba al país, con la intención de rebajar su endeudamiento.[20] Tal disposición de bienes se condiciona al cumplimiento de

(18) A diferencia del destino principal de los PPS (construcción de vivienda protegida), que tiene una aplicación directa, la habilitación de «otros usos de interés social» como destino del PPS no puede hacerse directamente por el planeamiento, sino que requiere una previsión legal (Parejo Alfonso, y Roger Fernández, 2007, p. 381).

(19) Zamorano Wisnes pone en evidencia la confusa relación entre los fines y destinos del PPS que establecen los artículos 51 y 52 la LSRU pues parece que la Ley atribuya distintos usos a los PPS: «unos, los fines, aparentemente vinculados al planeamiento urbanístico y otros, los destinos, vinculados a la política de viviendas y, en su caso, a otras políticas de interés social, ya sea éste urbanístico, medioambiental o del patrimonio cultural» y, después de dar un repaso a la doctrina, concluye que la finalidad de los PPS es el destino previsto en el artículo 52.1 (construcción de vivienda protegida y otros fines de interés social) y que los fines del artículo 51.1 serían una mera declaración de principios o, en el mejor de los casos, su operatividad se reduce a los momentos previos a la aprobación del planeamiento (2019, p. 12).

(20) Cabe reseñar, en este sentido, que la situación económica derivada del estallido de la burbuja inmobiliaria y la posterior crisis sistémica llevó a muchos ayuntamientos a acordar la inmovilización de los recursos integrantes del PPS con el fin de poder disponer de un balance contable saneado (Gifreu Font, 2012, p. 5).

los requisitos siguientes: a) Haber aprobado el presupuesto municipal del año en curso y haber liquidado los de los ejercicios anteriores; b) Tener el Registro del PPS correctamente actualizado; c) Que el presupuesto municipal tenga correctamente contabilizadas las partidas del PPS; d) Que exista un acuerdo del pleno municipal en el que se justifique que no es necesario dedicar esas cantidades a los fines propios del PPS y que se van a destinar a la reducción de la deuda municipal, indicando el modo en que se procederá a su devolución; y e) Que se haya obtenido la autorización previa del órgano que ejerza la tutela financiera.

Por otro lado, se establece la subrogación real del producto obtenido con las enajenaciones y la gestión de los bienes integrantes del PPS, el cual ha de destinarse única y exclusivamente a la *conservación, administración y ampliación de dicho patrimonio* –siempre que solo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable– *o a los usos propios de su destino* (art. 51.2 LSRU), entendiendo por tales usos la construcción de vivienda protegida u otros usos de interés social citados en el artículo 52.2 LSRU, lo que lleva a concluir que los bienes provenientes del deber de cesión de aprovechamiento y el producto de sus enajenaciones, así como la compensación económica sustitutoria del suelo de cesión, tienen todos el mismo destino. Se advierte que el legislador estatal ha establecido el carácter restrictivo respecto del destino de los ingresos obtenidos con la enajenación del PPS (STS de 21 de junio de 2011). De acuerdo con los fines previstos en el artículo 51.1 LSRU, el artículo 52.1 establece el destino concreto que tienen que tener los bienes y recursos que integran «necesariamente» el PPS y del cual no pueden desvincularse dado que, como afirma la jurisprudencia, «*Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales del Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, solo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador, (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas, (art. 3-1 del Código Civil), porque esa interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales.*» (SSTS de 7 de noviembre de 2005 y 21 de julio de 2011). La referencia al «necesariamente» que hace el precepto debe interpretarse en el sentido de que los destinos que contempla

son de aplicación obligatoria a los bienes y recursos que son producto del cumplimiento del deber de cesión obligatoria, mientras que el resto de bienes que, mediante regulación autonómica, formen parte del PPS pueden destinarse a los fines previstos en la legislación urbanística.

Esa necesidad de reinvertir en el propio PPS también ha sido puesta de manifiesto por los tribunales al declarar que: «*Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico, pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (Art. 93 del T. R. L. S.). Por ello se ha podido decir que «las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera»* (SSTS de 2 de noviembre de 1995 y 25 de octubre de 2001).

2.6 **Disposición, gestión y transmisión de los bienes integrantes del PPS**

Los bienes que integran el PPS son bienes patrimoniales afectos a un fin que tiene indudablemente interés público, pero sin que esta característica les dote de naturaleza demanial (Menéndez Rexach, 2007, pp. 831-832). Es precisamente esta vinculación la que provoca que, a diferencia de los bienes patrimoniales generales, estos no puedan ser objeto de embargo ni de ejecución (STC 166/1998, del 15 de julio; art. 173.2 TRLHL). Sí son, en cambio, enajenables.

Las Administraciones Públicas titulares del PPS pueden actuar como promotoras directas de las operaciones de construcción de vivienda protegida por cualquiera de los medios que establece la Ley, constituir derechos de superficie o enajenar el suelo para que sea la iniciativa privada la que se encargue de la promoción de vivienda privada. Para la gestión y desarrollo de los patrimonios públicos de suelo pueden adoptarse mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativos, así como fórmulas jurídicas de colaboración público-privada, de acuerdo con la legislación sobre contratos del sector público, régimen jurídico del sector público y régimen local.

Como condición previa al ejercicio de la potestad de cesión o enajenación, debe justificarse que con estas acciones se cumplen los objetivos establecidos en la normativa reguladora del PPS. El documento público en que conste la transmisión de bienes de los PPS debe establecer el des-

tino final de los bienes transmitidos, el plazo para hacerla efectiva y las demás limitaciones y condiciones que la Administración o entidad transmitente considere convenientes. Por su parte, la persona adquirente se obliga a destinar los bienes transmitidos a la finalidad establecida en los plazos fijados, y a no transmitir los bienes adquiridos a terceras personas por actos *inter vivos* mientras no los destine a esta finalidad.[21] El cumplimiento de estas obligaciones se garantiza mediante una condición resolutoria expresa del contrato de transmisión. Si se incumplen los plazos, la Administración transmitente puede optar por prorrogarlos o bien exigir el cumplimiento de la obligación finalista o resolver el contrato de transmisión, con el resarcimiento de los daños y el abono de intereses, de acuerdo con las indemnizaciones o penalizaciones que, en su caso, se establezcan en el documento público de transmisión.

A los efectos de la gestión y transmisión patrimonial de los bienes del PPS de los ayuntamientos, resulta aplicable la normativa sobre régimen local, patrimonio y contratación pública,[22] atendiendo en todo caso a las especificidades que fija la normativa urbanística, entre ellas, que esa gestión y transmisión ha de ajustarse a las particularidades derivadas de su finalidad urbanística.[23] La incidencia de la normativa urbanística en la gestión patrimonial es evidente, habida cuenta de que permite actuaciones no previstas en la legislación sectorial.

La regulación autonómica es heterogénea en lo relativo a la preferencia en las formas de transmisión de los bienes (enajenación, arrendamiento –con o sin opción de compra–, derecho de superficie, etc.). A título de ejemplo, la Ley valenciana establece que, como regla general, en la gestión del PPS se prefiere el arrendamiento a la enajenación y, en caso de enajenación, se prefiere la del derecho de superficie a la del pleno dominio (art. 105.3 TRLOTV).

---

(21) La transmisión de bienes municipales está sujeta a la actividad de tutela autonómica. En el caso de que el valor del bien a enajenar exceda del 25 % de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación, se requiere autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma. En todos los casos, además, una vez adoptado el acuerdo de enajenación del bien, es necesario comunicarlo a dicho órgano autonómico (art. 109 RBEL).

(22) En relación con la adjudicación de los contratos sobre bienes patrimoniales, *vid.* los artículos 4 y 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que los excluye de su ámbito de aplicación, y la disposición adicional segunda, que recoge ciertas determinaciones sobre los mismos.

(23) Únicamente se cita la normativa aplicable por la imposibilidad de realizar en estas páginas un tratamiento más amplio de la cuestión: artículos 79-83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; artículos 74-87 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, además de la legislación autonómica sobre bienes. En cuanto a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, su aplicación es supletoria (art. 2 en relación con la disposición final segunda).

Los bienes pueden ser objeto de transmisión de su dominio mediante enajenación por concurso público o subasta, adjudicación directa, cesión gratuita y permuta. Como regla general, la transmisión de bienes se efectúa con carácter oneroso por precio igual o superior al que resulta de su valoración, aunque también pueden cederse gratuitamente. En este caso, se requiere que la Corporación local adopte un acuerdo con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros del plenario municipal, previa instrucción del expediente con arreglo a determinados requisitos (arts.109 y 110 RBEL). La legislación urbanística permite la cesión a título gratuito o la enajenación onerosa del bien por un precio inferior al de su valoración a favor de otras administraciones o entidades públicas o de entidades privadas sin ánimo de lucro para atender necesidades de vivienda de carácter social o de equipamiento comunitario, para generar actividad económica en áreas deprimidas o para formar reservas para proteger y tutelar el suelo no urbanizable.

Los bienes de los PPS pueden ser enajenados en la forma prevista en la legislación patrimonial. De conformidad con la legislación de régimen local y de patrimonio de los entes locales, las enajenaciones de bienes patrimoniales han de realizarse, como regla general, por subasta pública, salvo que se trate de una permuta con otros bienes de carácter inmobiliario –en cuyo caso será necesario tramitar previamente un expediente que acredite su necesidad– (art. 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y art. 112.2 RBEL). La enajenación de bienes del PPS mediante permuta será posible siempre que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 % del que lo tenga mayor, aunque esta forma de enajenación debería utilizarse con carácter excepcional para evitar posibles tratos de favor.

De estos preceptos se deduce que la subasta pública es la regla general en materia de enajenación de los bienes de las Corporaciones Locales, en contraste con el carácter excepcional y singular de la permuta.[(24)] No obstante, debe prestarse atención a las especificidades que ha establecido la legislación urbanística, algunas de las cuales establecen el concurso como regla general en la consideración de que el precio no es el único criterio determinante de la enajenación. Así, por ejemplo, la Ley madrileña ha suprimido la subasta

(24) *Vid.* el artículo 137 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que no es un precepto básico conforme a su disposición final segunda, el cual establece que la enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, así como el artículo 1.2.d) RBEL que habilita para la aplicación de la legislación estatal no básica sobre bienes públicos. *Vid.*, asimismo, la Resolución de 11 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de San Javier núm. 2 a inscribir una escritura de compraventa que establece la subasta como la regla general en las transmisiones patrimoniales.

como procedimiento de adjudicación de las enajenaciones de los terrenos de los PPS en favor de concurso, que, en caso de quedar desierto, va a permitir la enajenación directa de los bienes (art. 178 LSCM). La normativa andaluza establece preceptivamente el concurso en las enajenaciones de bienes del PPS cuando se destinen a viviendas protegidas (art.129.3 LISTA). En el mismo sentido de fijar como regla general de las transmisiones el concurso, se pronuncia el legislador catalán al establecer que la transmisión onerosa y gratuita de los bienes se efectúa en virtud de concurso, con la salvedad de ciertos supuestos, en los que se admite la adjudicación directa, como, por ejemplo, cuando los bienes se adjudiquen a favor de otra Administración Pública o de una entidad urbanística especial gestora del correspondiente PPS; a favor de los propietarios de terrenos afectados por el planeamiento urbanístico a sistemas urbanísticos públicos o de bienes que se deseen incorporar al PPS, para obtenerlos mediante permuta; y a favor de cualquier persona, después de una licitación pública que ha quedado desierta o resulta fallida por el incumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la licitación y que los adquirentes asuman las mismas obligaciones (arts. 166 y 168 TRLUCat).

Como salvaguarda del destino de los PPS, se establece que los terrenos obtenidos por la Administración en virtud del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico cuyo destino sea la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no pueden ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se debe hacer constar esta limitación (art. 52.2 LSRU).

2.7 **Condicionantes inscribibles en el Registro de la Propiedad**

El acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas que integran un PPS, y los efectos de este acceso, se regulan por la legislación registral aplicable. A este respecto, la LSRU especifica que el acceso de estos plazos y condicionantes al Registro produce los efectos propios de las notas marginales de condiciones impuestas sobre determinadas fincas, excepto que se hayan configurado como causa de resolución, en cuyo caso esta causa se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del PPS, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial. Sin

perjuicio de la resolución del contrato, la Administración enajenante puede interesar la práctica de anotación preventiva de la pretensión de resolución en la forma prevista por la legislación hipotecaria para las anotaciones preventivas derivadas de la iniciación de procedimiento de disciplina urbanística (art. 52, apartados tercero y cuarto, LSRU).

3. LA GESTIÓN DEL PPS EN RÉGIMEN DE DERECHO DE SUPERFICIE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA

A poco que se atienda a la redacción del artículo 52.1 LSRU, es claro que la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública constituye el destino prioritario de los bienes y recursos del PPS. El carácter imperativo del redactado «*deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública*» pone de manifiesto la preferencia por este destino frente al «*podrán*» del supuesto siguiente. Así se constata en la STSJ de Castilla y León de 18 de junio de 2007, en los términos siguientes: «*De esta manera, cuando el planeamiento permite en parcelas que integran el PMS la construcción de viviendas, como aquí sucede, esas parcelas 'deberán' ser destinadas a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, y únicamente pueden destinarse a 'otros' usos de interés general cuando no se permita por el planeamiento el uso de vivienda en esas parcelas, y sin que se considere de 'interés social' su enajenación para construir viviendas libres, que no se contemplan ni en ese artículo 280.1 de la Ley de Suelo de 1992 ni en el también mencionado artículo 125 de la LUCyL, que también se refiere expresamente, como se ha dicho, a la construcción de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública*».

A pesar de su potencial para la construcción de vivienda protegida, la figura jurídica del derecho de superficie no ha cumplido con las exitosas expectativas que el legislador depositó en ella. Su carácter esencialmente temporal y el hecho de que no comporte la transmisión de la nuda propiedad le ha restado atractivo, convirtiéndose en una técnica urbanística secundaria. No obstante, en estos últimos años, merced a los cambios legislativos que promueven la colaboración público-privada y al impulso de los fondos provenientes del Programa *Next Generation*, el derecho de superficie ha recibido un nuevo impulso que lo convierte en una herramienta muy adecuada para la provisión de vivienda de protección pública (Gifreu Font, 2023b) que puede ser explotada en régimen de arrendamiento e, in-

cluso, transmisible en régimen de propiedad temporal, atendida la posibilidad de constituir un régimen de propiedad horizontal. Así lo establece el artículo 54.2 LSRU al disponer que, cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.[25] Además, en la constitución del derecho de superficie se pueden incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de las viviendas, locales y elementos privativos de la propiedad horizontal (art. 54.3 LSRU).

El derecho real de superficie permite a las Administraciones Públicas promover un uso eficiente de los bienes del PPS sin perder la titularidad del suelo –puesto que, al finalizar el plazo pactado, se produce la reversión total de lo edificado al propietario del suelo– ni la plusvalía que va a experimentar el suelo con la nueva construcción.[26] Obviamente, la constitución del derecho recae sobre bienes de naturaleza patrimonial, como son los del PPS, nunca demanial –a menos que se altere su calificación jurídica mediante un procedimiento de desafectación–. Se distinguen dos situaciones distintas en las que el derecho de superficie puede constituirse: a) para atribuir al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena –manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas hasta la finalización del plazo de duración del derecho– y b) para atribuir al superficiario la propiedad temporal de construcciones o edificaciones ya realizadas o incluso sobre viviendas, locales o elementos privativos de dichas construcciones o edificaciones,[27] sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo (art. 53.1 LSRU). En ambos casos, se produce una disociación del derecho de propiedad (separación suelo/edificación sobre

(25) La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

(26) El derecho de superficie se regula por la LSRU y la normativa urbanística. Subsidiariamente, por las normas de derecho privado, que serán aplicables en lo no previsto por las anteriores, y por el título constitutivo del derecho (art. 53.4 LSRU). La doctrina se ha dividido entre quienes argumentan que existen dos modalidades de derecho de superficie (de naturaleza civil y de naturaleza administrativa) y los partidarios de la tesis monista o unitaria, que consideran que se trata de una institución de derecho civil, aunque su regulación proceda de una norma administrativa, postura avalada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, que afirmó que la regulación contenida en el TRLS92 sobre el derecho de superficie es Derecho privado.

(27) La referencia a viviendas, locales y elementos privativos de construcciones y edificaciones parece admitir implícitamente la posibilidad de constituir un régimen de propiedad horizontal, que confirma el artículo 54.2 LSRU.

el cual se erige) que se rompe, unificándose de nuevo bajo una misma titularidad, al finalizar el plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario es el sujeto pasivo del IBI y figura como titular catastral (art. 3 de la Ley del Catastro Inmobiliario, de 23 de diciembre de 2002).

El procedimiento de constitución de un derecho de superficie sobre bienes del PPS para la construcción de vivienda protegida encuentra su regulación en la normativa urbanística, constituyendo dicha regulación una excepción al régimen aplicable a los bienes patrimoniales locales.

El derecho de superficie es un derecho alienable y susceptible de gravamen (hipoteca) y transmisión. Ha de formalizarse en escritura pública que se inscribe en el Registro de la Propiedad.[28] En la escritura debe fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que ahora –habiéndose unificado los plazos que antaño distinguían en función de si el concedente era una entidad pública (65 años) o un particular (99 años)–, no podrá exceder de 99 años (art. 53.2 LSRU). La SLRU impone una condición resolutoria al superficiario y es que debe edificar dentro del plazo previsto en el título de constitución ya que, en caso contrario, el derecho se extingue (art. 54.5).

El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso en favor de la Administración concedente, que es la propietaria del suelo (mediante el pago de una suma alzada o de un canon periódico; en una suerte de permuta, mediante la adjudicación de viviendas, locales o derechos de arrendamiento a favor del concedente; o, finalmente, mediante una combinación de varias de estas modalidades) o a título gratuito (art. 53.3 LSRU), en cuyo caso debe estarse a los requisitos sobre disposición de bienes patrimoniales en la normativa urbanística y de régimen local (adjudicación directa, concurso, etc.). La constitución a título gratuito tiene mucho sentido cuando de lo que se trata es de construir vivienda de protección pública de alquiler asequible mediante gestión privada. Al respecto, los gobiernos locales están llegando a acuerdos con el sector privado –entidades con o sin ánimo de lucro– para construir y gestionar viviendas protegidas en régimen cooperativo o de alquiler. Se constata que, en pocos años, promotoras que se dedicaban a la construcción y venta inmediata del producto final (viviendas) están ampliando su objeto a la gestión posterior de ese producto con vistas a la constitución de derechos de superficie. También se ha producido un repunte en relación con la promoción de vivienda mediante sociedades cooperativas, que son entidades sin ánimo de lucro; en este caso, la cooperativa de vivienda es la titular del derecho de superficie y cede a las personas asociadas el uso de la vivienda a precio de coste.

(28) La inscripción de la escritura de constitución del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad es constitutiva de la eficacia de este derecho frente a terceros. *Vid.* la STS de 31 de enero de 2001 que anula el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

4. REFLEXIÓN FINAL

En un principio, el legislador estatal anudó la existencia del PPS (en su modalidad de patrimonio *municipal* de suelo) a la satisfacción de un objetivo tan ambicioso como genérico, cuál era el de incidir en los precios del mercado inmobiliario para pasar después, a partir del TRLS92, a concretizar que los terrenos integrados en estos patrimonios, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, quedaban *vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial*. Ni en un caso ni en el otro ha tenido este instrumento el éxito esperado. Y la causa de tal malogro ha sido sin duda la situación financiera de los ayuntamientos. Tras la crisis sistémica de 2008, los ingresos municipales se vieron gravemente reducidos debido a la caída del mercado inmobiliario, que impactó en la venta de suelo urbanizable y en la recaudación de impuestos como el IBI y las plusvalías. Esto, sumado a la limitación de recursos provenientes de otras fuentes de financiación pública (transferencias estatales), llevó a los ayuntamientos a buscar vías alternativas para cubrir sus necesidades presupuestarias. Ante la falta de ingresos, algunos ayuntamientos recurrieron al uso indebido del PPS para fines distintos a los previstos, como la venta del suelo público para cubrir déficits presupuestarios o para financiar otras áreas no relacionadas con el urbanismo ni la vivienda (gastos generales, servicios sociales, etc.), la permuta de terrenos para la obtención de bienes o servicios que no están relacionados directamente con la promoción del urbanismo o con la construcción de viviendas de protección oficial y la cesión de terrenos a entidades privadas para actividades que no encajan en los fines del PMS, como la instalación de infraestructuras comerciales, oficinas o usos industriales, entre otros ejemplos. Muchos ayuntamientos optaron por vender suelo público o cederlo a promotores privados para proyectos lucrativos, justificando estas operaciones como una forma de dinamizar la economía local o atraer inversiones. Sin embargo, en muchos casos, estos proyectos no estaban alineados con los fines del PMS, sino que se orientaban a usos comerciales, turísticos o industriales, que reportaban beneficios inmediatos a las arcas municipales, pero contravenían la normativa urbanística. Ciertamente, aunque la crisis y el colapso del sector inmobiliario agravaron el problema, no hay que desconocer que esta práctica era muy común en el pasado, especialmente durante el boom inmobiliario de finales de los años 90 del siglo xx. Las causas de ese uso indebido hay que buscarlas en una excesiva dependencia de los ingresos urbanísticos –tendencia que se aceleró con el auge del mercado inmobiliario y el aumento del precio del suelo– y en la falta de mecanismos de control y supervisión adecuados.

La Constitución vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. Aunque el problema de la vivienda se ha acrecentado en la última década, la preocupación por esta cuestión ha sido una constante en la regulación de los PPS. La LS56 ya establecía que los ayuntamientos podían ceder terrenos del PPS a título gratuito o por precio inferior al coste para ser destinados a la construcción de vivienda ultraeconómica (art. 153) y que podían enajenarse directamente terrenos para edificar viviendas por parte de organismos oficiales, entidades benéficas y personas económicamente débiles (arts. 155 y 156). El Preámbulo de la LS92 refería sin ambages que «*los terrenos integrados en estos patrimonios quedan vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial u otras finalidades de interés social, pues no sería justo ni coherente con el contenido del artículo 47 de la Constitución que las Entidades locales utilizasen los terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas, contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas*». Y en el TRLS92 se establecía que «*Los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico*» (art. 280.1). Siguiendo la misma tónica, la LS07 mantuvo, con leves modificaciones, la regulación pretérita de los PPS e incorporó –después que lo hubieran hecho algunas Comunidades Autónomas– una reserva de suelo residencial para la vivienda protegida como garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria en la forma de una oferta mínima de suelo para vivienda asequible. Pero hace falta más. Potenciar los PPS es clave para garantizar un desarrollo urbano equilibrado y sostenible, así como para promover el acceso a la vivienda. Para ello, es necesario apuntalar la capacidad económica de los ayuntamientos –como ya se ha hecho con la flexibilización de las reglas de gasto o la creación de fondos estatales de apoyo– a fin de permitir que, además del suelo de cesión para vivienda protegida, puedan contar con los fondos necesarios para asumir su construcción, en la línea de lo que prevé la legislación urbanística catalana. El legislador catalán ha dispuesto que el suelo residencial con aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria deba emplazarse sobre la reserva para vivienda protegida; sin embargo, cuando la Administración adjudicataria no disponga de recursos económicos suficientes para construir las viviendas, el emplazamiento sobre la reserva será parcial, con la finalidad de poder destinar a dicha construcción los ingresos que obtenga por la enajenación del suelo de cesión obligatoria emplazado fuera de la reserva. La parte de la cesión de suelo con aprovechamiento urbanístico que recaiga sobre suelos

que no forman parte de la reserva para viviendas de protección pública se integra en el PPS con la expresa finalidad de destinar los ingresos obtenidos para su enajenación a la construcción de dichas viviendas en los suelos de reserva cedidos. También se prevé la posible sustitución del deber de cesión de ese suelo fuera de la reserva por su equivalente en techo ya construido de las viviendas de protección (art. 46.2.c TRLUCat).

Junto a la mejora de la regulación, es necesario promover una planificación urbanística adecuada y de largo plazo, que asegure reservas de suelo suficientes para uso público. También es importante que los ayuntamientos cuenten con herramientas legales y financieras que les permitan adquirir y, en algunos casos, recuperar suelo urbano (derecho de tanteo y retracto, expropiaciones urbanísticas, adquisiciones incentivadas, etc.) y que utilicen el suelo público de manera eficiente y responsable para generar ingresos sin comprometer los fines del PPS, como la constitución de derechos de superficie a favor de privados, que permite incrementar la vivienda protegida en régimen de alquiler asequible del municipio sin generar gasto público y sin perder la titularidad del suelo. Para ello es fundamental incentivar la colaboración público-privada mediante alianzas con el sector privado para el desarrollo en suelo municipal de proyectos con retorno social, como la construcción de vivienda protegida. Aunque el grueso de suelo de cesión se encuentra en ámbitos de suelo urbanizable, no debe olvidarse la importancia de intervenir también en la ciudad consolidada mediante operaciones de rehabilitación y regeneración –que constituyen también un posible destino del PPS, artículo 52.1 LSRU–.

Finalmente, es esencial que los ayuntamientos dispongan de normativas claras que regulen estrictamente los fines del PPS y las condiciones bajo las cuales puede cederse o venderse el suelo y que se establezcan mecanismos de control y transparencia para asegurar que los bienes del PPS se utilizan de acuerdo con los fines previstos.

BIBLIOGRAFÍA

Alemany Garcías, J., «El patrimonio público de suelo en la legislación estatal con especial referencia a su tratamiento en el Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación urbana», en Gifreu Font, J.; Bassols Coma, M., y Meéndez Rexach, A. (dir.), *Derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid, INAP, 2016, pp. 635-648.

— «El rol de las sociedades urbanísticas locales en la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbana», *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 69-94.

Alonso Ibáñez, M. R., «Patrimonios públicos del suelo», en Martín Rebollo, L. y Bustillo Bolado, R. O. (dir.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 655-666.

Álvarez González, E. M., «El nuevo destino del patrimonio municipal del suelo: ¿Una institución en riesgo de desaparición?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 88, 2014, pp. 101-130.

Aviño Belenguer, D., «El destino de los bienes, recursos y derechos del patrimonio público del suelo en la legislación urbanística estatal y autonómica», *RDU*, núm. 299, 2015, pp. 57-106.

Blanquer Criado, D., *Los patrimonios públicos del suelo. Especial referencia a la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, 2007.

Bosch Meda, J. y Gifreu Font, J., «Los instrumentos de política de suelo y vivienda en la legislación urbanística catalana», *Práctica Urbanística*, núm. 164, 2020.

Cabeza Escobar, J. M., «Algunas consideraciones jurídicas sobre los deberes de reserva de suelo para vivienda de protección pública en la legislación urbanística a la luz de la jurisprudencia más reciente», *RDU*, núm. 351, 2022, pp. 19-46.

Castillo Gómez, F., «Los patrimonios municipales de suelo: destino y finalidad», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 21, 2000, pp. 3478-3489.

Chinchilla Peinado, J. A., «Los Patrimonios Públicos de Suelo en la Ley 8/2007, de Suelo», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 135-168.

Delgado Piqueras, F., «Novedades del régimen básico de los patrimonios públicos del suelo», en Del Olmo Alonso, J. (coord.), *El Derecho urbanístico del siglo xxi: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, vol. I, Ed. Reus, 2008, pp. 155-201.

Fernández-Figueroa Guerrero, F., «La constitución de patrimonios "provinciales" de suelo desde la legislación estatal y algunas leyes autonómicas, especialmente en Andalucía», *Actualidad Administrativa,* núm. 5, 2024, pp. 1-15.

Gifreu Font, J., «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas: un análisis desde la fallida experiencia catalana», *REDA,* núm. 230, 2023a, pp. 61-98.

— «Mecanismos de colaboración público-privada para la provisión y la explotación económica de vivienda asequible: un juego de suma positiva», *Revista catalana de dret públic,* núm. 66, 2023b, pp. 56-85.

— «Els reptes dels governs locals i la política local d'habitatge. Perspectives de futur dels patrimonis municipals de sòl i habitatge», *Governs locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes Observatori local d'habitatge*, Diputació de Barcelona, junio 2012, pp. 1-8.

Martín Valdivia, S. M., *Urbanismo y especulación. Los patrimonios públicos del suelo*, Montecorvo, 1999.

Menendez Rexach, A., «Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos», *Revista Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 95-96, 1993, pp. 209-221.

— «Comentarios a los artículos 38 y 39», en Sánchez Goyanes, E. (dir.), *Ley de Suelo. Comentario Sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2009.

Parada, R., y Lora-Tamayo, M., *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Dykinson, 2019.

Pardo Álvarez, M., «Nueva regulación de los Patrimonios Públicos del Suelo tras la Ley 27/2013» en García Rubio, F. (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, 2015, pp. 577-611.

Parejo Alfonso, L., y Roger Fernández, G., *Comentarios a la Ley del Suelo*, Iustel, 2007.

Pavón Pérez, J. A., «Los patrimonios públicos del suelo en Extremadura: a propósito de la Ley 11/2018, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura (LOTUS)», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pp. 813-840.

Quintana López, T., «Algunas cuestiones sobre el régimen de los patrimonios públicos del suelo. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007, pp. 113-136.

Tienza Fernández, J., *El patrimonio municipal del suelo como fuente de recursos financieros: evolución y régimen actual,* RDU, 2020.

Zamorano Wisnes, J., «El destino de los patrimonios públicos del suelo en la legislación del Estado», *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 50, 2019, pp. 1-38.

A.2 Modelos comparados de funcionamiento del patrimonio público de suelo o instrumentos equivalentes en el entorno europeo y su empleo para la realización de políticas públicas de garantía del derecho a la vivienda: en especial, el ejemplo de Francia*

Albert Ituren Oliver
Profesor de Derecho administrativo
Universitat de València
Alberto.Ituren@uv.es

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00), así como dentro de las actividades de investigación realizadas como miembro del grupo de REGULATION UV y en el Proyecto de Generación de Conocimiento 2024-2026 «La planificación administrativa» (PID2023-152781NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).

Resumen: *La escasez de vivienda asequible es un problema generalizado en Europa, exacerbado por el aumento de la demanda debido al crecimiento poblacional, la urbanización y la precariedad laboral, especialmente entre los jóvenes. En España, la proporción de hogares en alquiler ha aumentado significativamente, especialmente en áreas urbanas, mientras que los precios de alquiler han subido desmesuradamente, lo que hace que la vivienda sea inalcanzable para muchas familias. Las políticas públicas han intentado paliar esta situación mediante incentivos fiscales y la creación de patrimonio público de suelo, destinado a promover viviendas asequibles y regular el mercado inmobiliario. Sin embargo, la disponibilidad limitada de suelo y la preferencia por proyectos privados continúan generando desigualdad. Es crucial que los gobiernos locales planifiquen y reserven suelo para viviendas protegidas antes de que la presión inmobiliaria sea insostenible, garantizando una integración social y evitando la segregación. En este contexto, el patrimonio público de suelo se presenta como una herramienta clave para un urbanismo inclusivo y equilibrado. En este trabajo se presenta un breve esbozo de cómo nuestro entorno comparado a desarrollado estas políticas (Reino Unido, Italia, Alemania, Francia), con especial referencia a este último país.*

Palabras clave: *Suelo, patrimonio público del suelo, vivienda, Francia, Alemania.*

Abstract: *The shortage of affordable housing is a widespread issue across Europe, driven by increasing demand due to population growth, urbanization, and labor precarity, especially among young people. In Spain, the share of households renting has risen significantly, particularly in urban areas, while rental prices have escalated, making housing unaffordable for many families. Public policies have attempted to address this by offering fiscal incentives and creating public land reserves for affordable housing, aiming to regulate the housing market. However, limited land availability and a preference for private projects continue to exacerbate inequality. It is crucial for local governments to plan and reserve land for protected housing before real estate pressures become unsustainable, ensuring social integration and avoiding segregation. In this context, public land reserves are a key tool for inclusive and balanced urban planning. This paper presents a brief outline of how our comparative environment has developed these policies (United Kingdom, Italy, Germany, France), with special reference to the latter country.*

Keywords*: Urban land, public land, housing, France, Germany.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve repaso al contexto comparado. 3. Francia y su urbanismo. 3.1 Producción normativa y su ejecución. 3.2 El empleo del patrimonio

público del suelo en el Derecho francés y otros instrumentos del Código urbanístico francés y su repercusión en materia de vivienda. 4. Otros modelos y algunas conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

No es ninguna novedad que existe en toda Europa una dificultad seria de acceso a la vivienda, que desemboca a su vez un verdadero problema social que según países y territorios ha alcanzado en los últimos años cotas inasumibles que es necesario reducir. Las causas de este problema son variadas (1) y preocupan a todas las Administraciones públicas, no solo en España, sino también en otros países, habiéndose probado en todos los casos muy diversas soluciones, aunque de momento no parecen haber logrado una respuesta que se juzgue en general como suficiente (2).

Así, sabemos en primer lugar, que existe un déficit estructural de vivienda puesta a la venta y sobre todo destinada a alquiler. En este último caso, hay países donde el mercado es claramente insuficiente para atender una demanda cada vez más elevada de vivienda, debido a factores como el incremento poblacional, el movimiento de personas hacia las ciudades o zonas ya tensionadas, la evolución de los hábitos sociales en busca de independencia del ámbito familiar, etc. En todo caso, esta desavenencia entre oferta y demanda tiene como consecuencia generalizada un constante incremento de los precios, tanto para la compraventa como para el alquiler de vivienda. A todo ello hay que añadir, el otro factor que ha entrado en liza consistente en la baja capacidad financiera de la población joven entre los 18 y los 30 años, en un panorama tendente hacia la precariedad laboral y los bajos salarios que les dificulta enormemente sus posibilidades de emancipación.

Estos datos hay que ponerlos en consideración, porque muestran con crudeza el problema (3). Solo en España se aprecia cómo en diez años (2021-2011) ha subido de media más de dos puntos los jóvenes que residían en hogares en régimen de alquiler (15,9 % en 2021, frente al 13,5 % de 2011). Pero el detalle de las cifras es mucho más revelador. Por ejemplo, ese porcentaje sube hasta el 22,8 %, en los municipios de más de 500.000 habitantes y en los hogares con todos sus miembros extranjeros alcanzaba

(1) López-Rodríguez y de los Llanos Matea Rosa, *BdE*, 2020, p. 8.
(2) Quintiá Pastrana, *RDPTM*, 2022, p. 118; Noguera Fernández, 2022, p. 25.
(3) Informe del INE, febrero de 2023. (https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021_feb.pdf).

el 56,4 %, y 43 % en hogares mixtos. En una relación de ingresos económicos se observaba cómo hay una correspondencia directa entre menores rentas y mayor tasa de alquiler frente a la compraventa. En el lado de la oferta, las cifras también muestras un panorama desolador[4]: en las áreas cercanas a los grandes núcleos de población la variación acumulada del precio del alquiler desde 2015 estriba entre un 20 % y un 25 %. Porcentajes claramente que no van acompasados de la subida de salarios ni existencia de mayores empleos de calidad. Por lo que no es difícil deducir que cada vez más resulta inabordable el alquiler de una vivienda para la población sumida en dicha condición laboral y salarial. No en vano el propio Ministerio de Juventud e Infancia[5] ha advertido que hasta 2022 el 30,2 % de las personas jóvenes se hallaba en riesgo de pobreza o exclusión social, hasta el punto de que, para alquilar una vivienda en solitario, debía dedicar el 93,9 % del salario neto anual, cifras que había que relacionar con que desde 2019 hasta la actualidad la tasa de emancipación juvenil hubiese bajado del 23,60 % al 16,75 %.

Si miramos al resto de Europa el panorama es igual de sombrío, aun con las lógicas diferencias entre los países de la Unión Europa, donde factores como la mayor raigambre rural, la industrialización, la cultura de protección que dispensa el núcleo familiar, de conservación de la propiedad, o de patrimonialización del ahorro, la intervención pública en el mercado, entre otros, determina en gran medida el estado del acceso a la vivienda. Pero las cifras de Eurostat también hablan por sí mismas.

Frente a esta situación, muy generalizada, las soluciones planteadas han sido diversas en el entorno comparado europeo. En primer lugar, la preocupación de las Administraciones Públicas ha sido principalmente buscar la fórmula para conseguir que los propietarios pongan sobre todo en alquiler las viviendas desocupadas. Y para ello, según países, se han implementado con mayor o menor intensidad políticas fiscales y jurídicas de todo tipo sobre los impuestos y el régimen de contratación del alquiler. Impositivamente el ramillete de medidas para fomentar el incremento del parque de viviendas se ha enarbolado con reformas variadas, que van desde la penalización a grandes tenedores, hasta la desgravación en la fiscalidad de las rentas por este hecho vinculadas a alquiler de vivienda habitual, y otras medidas de fomento fiscal según las competencias de cada Administración afectada.

Junto a ello, las Administraciones públicas de los países de nuestro entorno tienen también en su mano la puesta en funcionamiento de meca-

(4) El visor de seguimiento del INE es muy revelador a estos efectos: https://ine.es/portalgis/apps/webappviewer/index.html?id=cb0c5ad3f0424b5cb159f0114c016ae3.

(5) Véase el informe del consejo de la Juventud de España dependiente del Ministerio de Infancia y Juventud, https://www.cje.org/investigacion/#254-270-1o-semestre-2023.

nismos para hacer un mayor acopio de patrimonio público del suelo, por medio de diversos instrumentos (a la manera, por ejemplo, del modelo español, que se nutre esencialmente de las aportaciones de los propietarios de suelo, que han de hacerse necesariamente en favor de los municipios para poder disponer del derecho a urbanizar el suelo que queda en manos del promotor o propietario privado)[6], suelo que después podrá ser empleado para diversas modalidades de políticas públicas de vivienda: desde la creación directa de parque público de viviendas para este fin, que no solo incrementara el número de unidades puestas a disposición en el mercado, sino que tuviera también como objetivo contener el alza continua de los precios, a su posible utilización para un urbanismo que permita a la iniciativa privada la construcción de vivienda, incrementando la oferta (ya sea en condiciones de vivienda protegida, ya como vivienda libre).

Las diversas fórmulas para lograr que se destine suelo a vivienda asequible constituyen una cuestión técnica, social y económica de enorme complejidad, pues su limitada disponibilidad y alto costo en áreas urbanas llevan al mercado a priorizar proyectos privados más rentables, excluyendo a las familias de menores ingresos y fomentando la desigualdad. De ahí las distintas fórmulas que podemos encontrar en el entorno comparado, dada la inexistencia de soluciones óptimas. Por lo demás, no basta con construir más viviendas, sino que ha de hacerse de forma inclusiva y sostenible, asegurando cohesión social y justicia espacial. Además, la vivienda pública regula el mercado inmobiliario. Exclusivamente priorizar desarrollos privados reduce la oferta, encarece los precios y agrava la crisis habitacional. En contraste, más vivienda protegida equilibra oferta y demanda, estabilizando precios. También, la regeneración de áreas degradadas puede aumentar el suelo disponible sin expandir las ciudades, revitalizando barrios y mejorando la calidad de vida.

La planificación activa por parte de los gobiernos locales es por ello esencial para reservar suelo destinado a vivienda protegida, permitiendo a las personas vulnerables acceder a viviendas dignas y bien ubicadas, evitando la segregación en zonas periféricas y promoviendo integración social en áreas céntricas con infraestructura existente. Y, para que ello pueda ser llevado a cabo, es esencial garantizar que las Administraciones públicas, y más en concreto las administraciones locales, puedan disponer de suelo para desplegar esta pluralidad de políticas públicas en materia de vivienda.

El urbanismo debe ser por ello empleado como un instrumento activo orientado a la consecución de estos fines y ha de disponer para ello de patrimonio público de suelo, anticipándose al crecimiento poblacional y

(6) Gifreu i Font, 2025.

reservando este suelo público para esas políticas de vivienda antes de que la presión inmobiliaria sea insostenible. Las políticas de suelo y vivienda deben prever demandas futuras y considerar factores como el cambio climático, la migración y los cambios demográficos. En este contexto, los instrumentos jurídicos destinados a incrementar los patrimonios públicos de suelo son necesarios para que las Administraciones Públicas puedan intervenir en el mercado y garantizar un desarrollo urbano equilibrado, evitar la especulación y facilitar el acceso a la vivienda.

En España, estos patrimonios, regulados por la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015) y normativas autonómicas, buscan redistribuir beneficios urbanísticos, controlar el crecimiento urbano y asegurar que la vivienda asequible no dependa únicamente del mercado. También permiten la explotación y transmisión de bienes públicos para cumplir con estos objetivos, promoviendo un urbanismo accesible y justo. Pero en nuestro entorno comparado tenemos también modalidades e instrumentos semejantes que permiten extraer enseñanzas sobre este tipo de políticas y herramientas para mejorar la proyección de estas políticas en nuestro país.

2. BREVE REPASO AL CONTEXTO COMPARADO

Como se ha dicho, en prácticamente todos los países de nuestro entorno se emplean mecanismos específicos para gestionar el patrimonio público del suelo y facilitar políticas de vivienda, incluidos los instrumentos de reserva obligatoria de suelo y su movilización por parte de las administraciones públicas.

Así, en el sistema urbanístico francés, que analizaremos posteriormente con más profundidad por ser el que más enseñanzas nos permite extraer para el caso español, aunque los suelos para fines dotacionales suelen adquirirse mediante expropiación, también incluye herramientas como las *Associations Foncières Urbaines* (AFU) que permiten a propietarios colaborar en proyectos de urbanización para cesión obligatoria de terrenos a las administraciones públicas. En estos casos, las licencias de edificación están vinculadas a estos planes, y los terrenos cedidos se destinan prioritariamente a vivienda pública o equipamientos. Francia es conocida, como veremos después, por sus políticas urbanísticas que promueven la cohesión territorial mediante la planificación y el uso estratégico para ello, precisamente, de estos suelos públicos, lo que incluye programas que los reservan para proyectos de vivienda social y sostenibilidad urbana.

Con una finalidad semejante, la legislación italiana establece acuerdos llamados *convenzioni edilizie*, en los cuales los promotores deben ceder terrenos o realizar contribuciones equivalentes como parte de sus proyectos de desarrollo, según lo definido por los planes municipales. Este modelo permite a las Administraciones públicas acumular suelo para vivienda social o proyectos públicos, de un modo muy semejante en cuanto a sus resultados finales a lo que conocemos en España, gestionándolo a través de entidades locales y con posibilidad de venta posterior para usos específicos. Además, hay otros sistemas no tanto para la consecución de más patrimonio público como para su movilización, como los programas como el *Valore Paese* y el *Programma Unitario di Valorizzazione Territoriale (PUVaT)*, diseñados para la reutilización de inmuebles públicos abandonados con fines de regeneración urbana. Estas estrategias buscan reconvertir propiedades estatales en desuso para fomentar la integración social y revitalizar áreas urbanas degradadas, equilibrando objetivos sociales, económicos y ambientales. Este enfoque, gestionado por la *Agenzia del Demanio*, promueve negociaciones entre el sector público y privado, asegurando transparencia y sostenibilidad en las iniciativas. En definitiva, todo un abanico de medidas e instrumentos para incrementar, movilizar y poner en valor para el desarrollo de políticas públicas de vivienda de todo tipo los patrimonios públicos.

También muy parecido en sus rasgos estructurales, más allá de la concreta regulación jurídica, es el modelo alemán, donde los suelos dotacionales se obtienen mediante expropiación o contribuciones especiales de los propietarios, quienes deben financiar hasta el 90 % de los costes de urbanización. Los municipios gestionan estos suelos en planes locales (*Bebauungsplan*), asegurando que se destinen a vivienda social o infraestructura pública según los objetivos del planeamiento urbano. Alemania combina flexibilidad en la zonificación con normativas claras para el uso del suelo cedido. Las políticas de vivienda en este país suelen centrarse en la creación de vivienda asequible mediante asociaciones público-privadas, pero siempre suelen combinarse con intentos por hacer acopio de suelo para poder realizar actuaciones directamente a cargo de los poderes públicos. Municipios como Berlín, por ejemplo, han implementado adquisiciones de suelo para proyectos de vivienda pública, priorizando el acceso igualitario y la mezcla social. También se utilizan herramientas como el derecho de tanteo para incrementar el patrimonio público de suelo y viviendas y así tratar de asegurar que las áreas estratégicas sean destinadas a usos sociales.

Por último, en el contexto británico, diferente en algunos aspectos al modelo continental europeo por cuanto la planificación está menos pautada y deja mucho más espacio a la negociación de las colectividades locales con los promotores caso por caso, la concreción de los permisos de urbanización

(*planning permission*) acaba siendo muy parecida, por cuanto estos permisos suelen ser el producto de procesos que incluyen negociaciones con promotores inmobiliarios que están obligados a ceder suelos para fines públicos como parte de los desarrollos autorizados. Estos suelos se destinan habitualmente a proyectos de vivienda social o infraestructura, y su gestión está regulada por acuerdos específicos entre las partes y el gobierno local, con procedimientos que incluyen la participación pública. Localidades implementan programas como la transferencia de terrenos públicos para proyectos de vivienda social, con un enfoque en el alquiler asequible. Las asociaciones público-privadas también son una característica común para maximizar el impacto social de los proyectos de desarrollo urbano.

En todos los casos, el éxito de estas políticas depende de la capacidad de las administraciones locales para planificar, gestionar y movilizar los terrenos adquiridos, ya sea mediante construcción directa, asociaciones público-privadas o venta controlada para usos sociales.

3. FRANCIA Y SU URBANISMO

De entre estos modelos, quizás el que más ha influido y del que más se han copiado como inspiración instrumentos en España es el francés, al que dedicamos por ello una mayor atención.

3.1 **Producción normativa y su ejecución**

En el caso francés, hay que considerar que existe un alto índice de normas de naturaleza reglamentaria que regulan su urbanismo y, por tanto, también las normas de fomento de la vivienda social. Ello es así por la propia configuración de la reserva de ley y reserva reglamentaria que fija la Constitución de la V República de 1958 (CF), en la que establece que todas aquellas materias no reservadas a la ley, están reservadas al reglamento[7] (art. 34 y 37 CF). Y dado que no existe una referencia específica al urbanismo en el listado de materias reservadas a la ley, el margen de maniobra de las normas reglamentarias es considerablemente extenso. Aun así, el hecho de que exista una reserva legal en ámbitos íntimamente conexos al urbanismo, como la propiedad, los derechos fundamentales, las entidades territoriales, determina también la existencia de algunas normas con rango de ley.

(7) Chapus, 2021, pp. 64 ss.

En todo caso, también hay que señalar que por la propia estructura unitaria del Estado derivada de la Constitución, el único productor normativo, sea la Asamblea Nacional o el poder ejecutivo en el gobierno de la República, deja la gestión del urbanismo en cuanto a su planeamiento, ejecución y disciplina para la Administración territorial de proximidad, principalmente los cerca de 36.000 municipios (communes) con que cuenta el país, y también los 96 departamentos y 22 regiones.

Como suele ser habitual, el desarrollo urbanístico en Francia comenzó siendo un cometido básicamente municipal, poco o nada planificado, y fuertemente marcado por la tradición de las comarcas, la orografía, climatología y fenología determinante, el acceso a los materiales de construcción de proximidad que ahorraran costes de construcción, y también en cierto modo por cuestiones políticas de lograr una hegemonía urbana en un territorio determinado[8]. Sin embargo, es de destacar que pronto mostró también una preocupación por el bienestar de las personas, dejando muestras de su interés por propiciar una capacidad suficiente de vivienda con unas condiciones mínimas de habitabilidad.

Así, apenas terminada la Primera Guerra Mundial, y con la corriente transformadora de alineaciones y ordenación urbana que había inspirado el desarrollo de París en el siglo anterior por Georges Haussmann, se dicta la Ley Cornudet de 14 de marzo de 1919, *concernant les plans d'extension et d'aménagement des villes*. Esta ley obligaba a los municipios mayores de 10.000 habitantes a elaborar un plan que contemplara soluciones al problema de la higiene, orden público e infraestructuras, aguas potables, movilidad, capacidad de prestación de servicios públicos, expansión y parcelaciones, y que mejoraba los mecanismos que había instaurado la normativa urbanística de la Ley de 5 de abril de 1884. Posteriormente, en 1924, se mejoraría mucho más esta norma, tratando de dar seguridad al mantenimiento de la vivienda en alquiler, con la Ley de 21 de julio de 1924, *prohibant le changement dé destination des locaux affectés à l'habitation et réglementant les locations en meublé*, y con la ley también de 21 de julio de 1924, *complétant la loi du 14 mars 1919 concernant les plans d'extension et d'aménagement des villes*, que prácticamente extendía la obligación de plan a todos los pueblos del país, También el *Conseil d'État* en su *arrêt* de 23 de febrero de 1934, *Lainé*, amplió las capacidades del plan.

Sin embargo, no fue hasta la Segunda Guerra Mundial cuando aparece la necesidad de dar un impulso a la gestión urbanística, principalmente por los efectos devastadores de la propia guerra, precisando no solo de tareas de reconstrucción, sino también de dotar de una vivienda de mayor calidad

(8) Harouel,1995, pp. 55 ss.

y con servicios a la población que la había perdido, considerando además que Francia va a experimentar un incremento de natalidad en los años sucesivos, y también se va a producir con la industrialización un éxodo rural hacia las ciudades, que va a necesitar de mayor parque inmobiliario. Téngase en cuenta que hacia 1954, el 56 % de la población francesa vivía en las ciudades, subiendo al 61 % en 1962. Ya durante el gobierno de Vichy se dicta la Ley de Urbanismo de 15 de junio de 1943, que en realidad y dadas las circunstancias de la ocupación alemana, recentralizó competencias, pero mantuvo la necesidad de los proyectos o planes de gestión para una adecuada ordenación de las poblaciones. El impulso mayor llegaría con varias leyes que pretenden ordenar estas transformaciones sociales y económicas. El 6 de agosto de 1953 se dicta la ley del suelo, denominada comúnmente *loi d'orientation foncière*, cuyo título original era bien explícito de lo que pretendía, *Loi núm. 53-683 du 6 août 1953 accordant des facilités supplémentaires en vue de l'acquisition de terrains nécessaires à la construction d'habitations et à l'aménagement de zones affectées à l'habitation ou à l'industrie*. En el mismo Journal también se dictó, la *Loi núm. 53-682 du 6 août 1953 relative à l'octroi, à titre exceptionnel, du permis de construire pour les constructions à caractère précaire,* para facilitar construcciones provisionales incluso en terrenos reservados por el planeamiento a dotaciones públicas. Y ya en 1954, por Decreto de 54-766, de 26 de julio se codifica toda la normativa urbanística apareciendo el primer *Code de l'Urbanisme i l'habitatition*.

En la década de los sesenta del siglo pasado Francia ya se ha convertido en un país mayoritariamente de población urbana, con un gran desarrollo económico. Y para ello refuerza sus herramientas de gestión pública tratando de alcanzar una infraestructura urbana que dé solución a la fuerte demanda de vivienda. Por eso, en 1967 se aprueba una nueva ley del suelo, (*d'orientation foncière*) que supone situar a Francia en la modernidad urbanista hasta épocas recientes[9]. Aparecieron instrumentos de planificación a diversa escala y concreción administrativa, como el *schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme* (SDAU), el *plan d'occupation des sols* (POS), la *zone d'aménagement concerté* (ZAC), y elementos de financiación de la urbanización a través de la *taxe locale d'équi*pement (TLE). Todas estas herramientas fueron mejorándose y adaptándose a las necesidades de vivienda y también a otros bienes jurídicos que fueron logrando mayor presencia social y reconocimiento jurídico. Así, por ejemplo, se incorporan estudios ambientales en la planificación a partir de la *Loi núm. 76-1285, du 31 décembre 1976, portant réforme de l'urbanisme*, texto que también dotará de mayor proyección

(9) Kalflèche, 2012, p. 14 ss.

a los planes para una mejor gestión de densidades y volumetrías, movilidad (por ejemplo, se citan ya los carriles bici, entre otros, art.9), compatibilidad con usos agronómicos, etc.

Situados en la década de los ochenta, se van a producir algunos cambios de calado. En primer lugar, hay que destacar un fuerte movimiento de descentralización hacia los departamentos y regiones, pero fundamentalmente hacia los ayuntamientos, que asumen las principales competencias en gestión urbanística con la confección de los planes de ocupación del suelo (POS). Primero la *LOI núm. 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat,* y después la *Loi núm. 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en oeuvre de principes d'aménagement*, confirieron a las Administraciones territoriales los poderes del planeamiento local y de detalle para adaptarlo a las necesidades de cada lugar. En segundo término, hubo un especial interés por las políticas dirigidas a corregir los problemas que se habían detectado en barrios de nueva creación en las ciudades con mayor densidad poblacional. Hay que tener en cuenta que Francia había construido durante tres décadas barriadas para acoger a la población del éxodo rural y la derivada de sus antiguas colonias, y que suponía en este último caso un reto de integración para la República por su carácter multicultural y étnico. También se conocía otros ejemplos de fracasos urbanísticos en cuanto a la planificación urbana, integración y la propia decadencia de la ciudad hasta hacerla inhabitable, como por ejemplo el caso norteamericano de la ciudad de Detroit[10], pero también en Francia se había comenzado a aparecer los primeros signos de fatiga urbana de barrios pobres, donde había de facto una segregación económica o étnica y ya se apreciaba el descontento en algunos sectores, y nacimiento de movimientos vecinales, sociales y profesionales que demandaban la mejora de los suburbios de las ciudades (Banlieues 89).

Todo ello propicia que se apruebe la *Loi d'orientation pour la ville (núm. 91-662 du 13 juillet 1991)*. Es relevante porque el texto se inicia con un artículo 1 cargado de intenciones en el que se parte del reconocimiento de un «derecho a la ciudad», que hay que proteger, y por ello *les communes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements, l'Etat et leurs établissements publics assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation…* Es también muy importante destacar que la ley hace mención expresa a que las Administraciones deben procurar la

(10) Markus, y Krings, 2020; Safransky, 2014; Drau; Roddy, y McDuffie, 2018.

construcción de viviendas sociales, que son declaradas de «interés nacional» (art. 3), incluyendo dicho objetivo incluso en la rehabilitación de barrios antiguos.

Todas estas son las bases normativas del modelo actual, donde recientes normas urbanísticas han tratado de condicionar el planeamiento y la acción de los municipios de manera cada vez más centrada en la consecución de objetivos de movilización de suelo, puesta en el mercado de más oferta y, a la vez, de sostenibilidad y mejora de la porosidad social, reforzando la tradicional regulación sobre la legislación de adquisición de patrimonio público de suelo. En concreto, y tras la *loi Duflot* (2013) ya en la segunda década de este siglo y como primera reacción a la situación crítica en materia de vivienda, la *loi ALUR* (*Loi pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Rénové*, 2014)[11], es mucho más ambiciosa e incorpora muchos más mecanismos de control y además tiene la pretensión de introducir muchas medidas contra la discriminación o la precarización en el mercado de la vivienda)[12]. La norma fue rectificada en una clave más simplificadora y liberal, pero igualmente preocupada por lograr estos objetivos, en 2018 con la llamada *Loi ELAN* (*Évolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique*, 2018)[13].

En todo caso, de toda esta evolución normativa e histórica se deriva una regulación estatal, por medio del Código urbanístico francés de ámbito y origen legislativo estatal, donde aparecen muchos instrumentos a disposición de la acción ejecutiva de los entes locales, que son los encargados de su aplicación.

3.2 El empleo del patrimonio público del suelo en el Derecho francés y otros instrumentos del Código urbanístico francés y su repercusión en materia de vivienda

En Francia, la planificación urbanística y la provisión de vivienda pública están reguladas principalmente por el Código Urbanístico estatal y las leyes complementarias enfocadas hacía el equilibrio social (la *Loi de Solidarité et Renouvelement Urbaine* SRU obliga a los municipios con más de 3.500 habitantes a que al menos el 25 % de su parque de viviendas sean sociales), la sostenibilidad y la diversidad funcional, que incluyen herramientas estratégicas que determinan la organización del espacio, promoviendo un balance entre áreas urbanas, rurales y naturales, así

(11) Loi n.º 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

(12) Xerri y Molina Roig, 2015, p. 59; López-Rodríguez y de los Llanos Matea Rosa, BdE, 2020, p. 18.

(13) Loi n.º 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

como objetivos para garantizar el equilibrio social en la vivienda y fomentar el desarrollo de vivienda pública en áreas bien conectadas y con acceso a servicios básicos (Planes de Coherencia Territorial (SCOT).

Las Administraciones locales tienen herramientas para reservar terrenos para proyectos de vivienda pública, evitando la especulación y promoviendo el acceso asequible a la misma. Estas intervenciones están reguladas por el derecho de tanteo y el establecimiento de zonas de intervención de suelo, desarrolladas en el marco del Código Urbanístico. Así, en Francia, los municipios tienen varias herramientas legales para adquirir y reservar suelo destinado a políticas de vivienda pública. Estas herramientas están diseñadas para garantizar un acceso más equitativo a la vivienda y evitar la especulación inmobiliaria, como el derecho de tanteo urbano (*droit de préemption*, por el que los municipios tienen el derecho prioritario de compra sobre bienes inmuebles que salgan al mercado dentro de ciertas áreas designadas, con el objetivo de lograr suelo o inmuebles para proyectos de interés público, como vivienda social, equipamientos colectivos o desarrollo sostenible).

Pero el instrumento más potente e importante son los patrimonios públicos del suelo, por medio de los cuales los municipios pueden crear reservas de suelo destinadas a proyectos de vivienda pública o mixta, asegurando terrenos para desarrollo futuro, tal y como establece la referida *Loi de Solidarité et Renouvelement Urbaine* y regula el Código Urbanístico francés. Estos patrimonios buscan no solo redistribuir los beneficios de la urbanización sino limitar la especulación y dotar de suelo a las Administraciones públicas para cumplir con obligaciones legales como la ya mencionada para los los municipios de más de 3,500 habitantes a mantener un mínimo del 25% de vivienda social en su territorio. Asimismo, estos patrimonios permiten la creación de Zonas de Acción Prioritaria (*Zones d'Aménagement Concerté* – ZAC), áreas donde el municipio define un plan de desarrollo específico para vivienda pública, infraestructuras y servicios. En estas zonas, el *commune* adquiere terrenos (para lo que la regulación en materia de patrimonios públicos de suelo es muy útil), los urbaniza y los redistribuye a desarrolladores bajo condiciones estrictas que incluyen porcentajes para vivienda pública.

Por último, la legislación estatal francesa permite también a los municipios, también, firmar Convenios de Transferencia de Suelo (*Cessions avec Charges*) para garantizar un uso del patrimonio en materia de suelo público acorde a objetivos sociales incluso en los casos en que se destinan a promoción privada. En estos supuestos, los municipios venden suelo a desarrolladores con la condición de construir viviendas asequibles o sociales. Este modelo permite mantener el control sobre el uso del suelo.

En definitiva, en Francia, los patrimonios públicos de suelo (*patrimoines fonciers publics*) constituyen un pilar esencial en las políticas de vivienda pública y planificación urbanística. Así, han permitido la construcción de un alto porcentaje de las viviendas sociales necesarias para cumplir con los objetivos de la Ley SRU. Además, se estima que fomentan una mejor integración social al permitir la creación de viviendas asequibles en zonas bien conectadas y con acceso a servicios. Estos patrimonios se han consolidado como una herramienta clave para que Francia alcance sus metas de inclusión social, desarrollo urbano equilibrado y sostenibilidad.

Respecto de las últimas reformas, la referida *loi ALUR* de 2014 afectó a los patrimonios públicos de suelo de varias maneras:

1. *La loi* ALUR amplió las áreas donde los municipios pueden aplicar el derecho de tant*eo (droit de préemption)*, permitiendo que más suelos sean adquiridos prioritariamente por las autoridades locales para proyectos de interés público, como vivienda social.
2. También simplificó los procedimientos administrativos asociados, facilitando una adquisición más ágil del suelo.
3. Creación de herramientas de gestión del suelo, con la posibilidad de crear Organismos Públicos de Gestión del Sue*lo (Établissements Publics Fonciers,* EPF), que operan a nivel local o regional para adquirir, gestionar y redistribuir suelo. Estos organismos apoyan a los municipios que carecen de los recursos o capacidad técnica para desarrollar y gestionar patrimonios públicos de suelo por sí mismos.
4. Fomento del derecho de superfici*e (bail réel solidaire,* BRS). La ley promovió contratos de derecho de superficie, permitiendo que el suelo siga siendo propiedad pública mientras se cede su uso a promotores o ciudadanos. Esto reduce significativamente el costo de la vivienda, ya que los compradores solo pagan por la edificación, no por el terreno. Este mecanismo es gestionado principalmente por Organismos de Vivienda Soci*al (Organismes de Foncier Solidaire,* OFS).
5. Mayor control local: Los municipios tienen más herramientas para intervenir en el mercado del suelo y asegurar el desarrollo de viviendas asequibles.

En resumen, la *loi ALUR* trató de fortalecer y modernizar las herramientas legales disponibles para los patrimonios públicos de suelo, consolidándolos como un instrumento esencial en las políticas de vivienda pública de Francia, como ha sido tradicional desde hace décadas. Tras estas mejoras, las últimas han venido de la mano de la ya comentada *loi ELAN*,

especialmente en términos de la gestión del suelo y la simplificación de los procedimientos:

1. Simplificación de los procedimientos urbanísticos. *La loi* ELAN busca reducir la burocracia y agilizar los procesos de planificación urbanística. Para ello, la ley modifica ciertos aspectos de las Zonas de Acción Prioritar*ia (Zones d'Aménagement Concerté,* ZAC) y otras áreas de intervención, con el fin de facilitar la construcción de viviendas. La creación de estas zonas se simplifica, permitiendo una mayor flexibilidad en su implementación.
2. Revisión de los patrimonios públicos de suelo. Aunque *la loi* ALUR ya había promovido los patrimonios públicos de suelo, *la loi* ELAN introdujo cambios que permiten una gestión más flexible de estos patrimonios. Uno de los objetivos fue facilitar su venta o desarrollo, buscando optimizar el uso del suelo disponible, especialmente en áreas donde la urbanización es densa o donde hay escasez de terrenos disponibles.
3. Aumento de la competencia en la construcción de viviendas sociales. La reforma legal también fomenta la colaboración público-privada mediante la simplificación de ciertos procedimientos legales relacionados con la construcción de viviendas sociales. Esta ley establece un marco más flexible para los proyectos mixtos, combinando vivienda social con otras tipologías residenciales.
4. Derecho de superficie ampliado. Se ha reforzado el uso del derecho de superficie (en particular, el *bail réel solid*aire, BRS), una herramienta que permite a las autoridades públicas mantener la propiedad del suelo mientras permiten que las viviendas sean construidas y ocupadas bajo condiciones accesibles. Esta modalidad favorece la construcción de viviendas asequibles, sobre todo en áreas de alta demanda.
5. Reducción de la carga de las viviendas sociales en los municipios. La *loi ELAN* también flexibiliza los requisitos de la ley SRU en algunas circunstancias, permitiendo a los municipios que no cumplen con la cuota de vivienda social compensar mediante contribuciones financieras o el desarrollo de otras soluciones habitacionales.

En definitiva, la *loi ELAN* ha seguido la línea de la *loi ALUR*, pero con un enfoque hacia la simplificación administrativa y la flexibilidad en la gestión del suelo. Ha dado a las autoridades locales y organismos públicos mayores herramientas para intervenir en el mercado del suelo, a la vez que fomenta una mayor cooperación con el sector privado. Todo ello en la línea de buscar el empleo de este instrumento, como es tradicional, para abordar los desafíos persistentes en términos de acceso a la vivienda asequible y desarrollo urbano.

4. OTROS MODELOS Y ALGUNAS CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, en toda Europa hay muchos países que utilizan los patrimonios públicos de suelo como una herramienta clave para gestionar el desarrollo urbano, garantizando así la disponibilidad de más suelo público para la vivienda y fomentando un urbanismo más sostenible. Estos patrimonios se consiguen mediante una variedad de mecanismos, como la expropiación de terrenos privados o las contribuciones obligatorias de los desarrolladores privados, generalmente como parte de las regulaciones urbanísticas. Por ejemplo, en Francia, caso que hemos estudiado más detalladamente, el *Patrimoine Public de Sol* permite a los municipios adquirir o recibir terrenos para uso público, asegurando así el desarrollo de viviendas asequibles, tal y como exige su legislación. Herramientas similares existen en otros países europeos como Alemania, Italia y el Reino Unido, donde las administraciones locales disponen de instrumentos legales que les permiten asegurar terrenos para la construcción de viviendas sociales o asequibles, a veces incluso reservando terrenos no desarrollados. Esto permite a los gobiernos garantizar que el uso del suelo responda al interés público y no a intereses especulativos.

Los objetivos detrás de estas regulaciones son ampliamente compartidos en los países europeos. En primer lugar, buscan incrementar la disponibilidad de viviendas asequibles, asegurando terrenos para el uso público y evitando las prácticas especulativas que incrementan los precios. También fomentan un desarrollo urbano inclusivo, ya que los gobiernos pueden destinar terrenos para viviendas sociales o desarrollos de uso mixto en áreas con buena infraestructura. Otro objetivo común es regular la expansión urbana, reduciendo el desarrollo descontrolado de las ciudades y minimizando su impacto ambiental, promoviendo ciudades más compactas y sostenibles.

Los patrimonios públicos de suelo también se consideran una forma de redistribuir los beneficios económicos derivados del desarrollo urbano al sector público, asegurando que las ganancias provenientes de la apreciación del valor del suelo beneficien a toda la población, especialmente a aquellos con menores ingresos, dado que el urbanismo y la ordenación urbana son políticas públicas el coste de las cuales recae sobre toda la población. En general, el objetivo final es crear entornos urbanos más equitativos, sostenibles y cohesionados, que respondan a las necesidades de la población, mientras se controla la presión del mercado inmobiliario.

BIBLIOGRAFÍA

Auby, J. B., y Périnet-Marquet, H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 5.ª ed, Montchrestien, 1998.

Chapus, R., *Droit administratif général,* T. I, Ed. Montchrestien, 15e, 2001.

Draus, P.; Roddy, J., y McDuffie, A., «It's about half and half: Austerity, possibility and daily life inside a depopulated Detroit neighborhood», *City, Culture and Society*, v. 14, 2018, pp. 37-46.

Fériel, C., «La genèse de la loi d'orientation foncière», *La loi d'orientation foncière (1967) Un héritage en débat* (Revue des Ministères de la Transition Écologique et Solidaire et de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales), HS núm. 26 – été 2019, pp. 31-35.

Fiale, A., y Fiale, E., *Diritto Urbanistico*, 12.ª ed., Ed. Simone, Napoli, 2006.

Gifreu i Font, J., «Patrimonios públicos de suelo y vivienda», *en esta misma obra,* 2025, pp. Por determinar.

Harouel, J. L., *Histoire de l'urbanisme*, 5.ª ed., PUF, 1995.

INE, Informe, febrero de 2023, (https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021_feb.pdf).

Jacquot, H., *Droit de l'urbanisme*, 10.ª ed., Dalloz, 1989.

Kalflèche, G., *Droit de l'urbanisme*, Themis Droit. PUF, 1.ª ed., 2012.

López-Rodríguez, D./Matea Rosa, M.ll., «La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional (Updated March 2020)», Occasional Papers 2002, Banco de España, 2020.

Markus, G. B., y Krings, A., «Planning, participation, and power in a shrinking city: The Detroit Works Project», *Journal of Urban Affairs*, 42(8), 2020, pp. 1141-1163.

Mazzoni, P., *Diritto Urbanistico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1990.

Morand-Deviller, J., *L commune, l'urbanisme et le droit*, LGDJ, 2002.

Pagliari, G., *Corso di Diritto Urbanistico*, 2.º ed., Giuffrè, 1999.

Pécheul, A., *Droit de l'urbanisme*, Ellipses, 2003.

Quintiá Pastrana, A., «Más allá del artículo 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Vol. 6, 2022, pp. 115-153.

Safransky, S., «Greening the urban frontier: Race, property, and resettlement in Detroit», *Geoforum*, vol. 56, 2014, pp. 237-248.

Stüer, B., *Handbuch des Bau– und Fachplanungsrechts*, Beck, 4.ª ed., München, 2009.

Xerri, K., y Molina Roig, E., «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», *CEFLEGAL*, 178, 2015, pp. 41-86.

B.1 Incidencia de políticas públicas sobre el precio del suelo y su repercusión en la vivienda: liberalización, intervención pública y competencia

Joaquín López Vallés *

Ex Director del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC
Asesor Principal en el Banco Mundial
Técnico Comercial y Economista del Estado

Resumen: *El trabajo analiza la intervención pública en el mercado del suelo desde la óptica de su impacto sobre la competencia en el mercado y los principios de regulación económica eficiente. Tras una descripción de los principios de competencia y buena regulación y su aplicabilidad a las materias de vivienda y suelo, el artículo repasa las principales experiencias recientes de intervención pública en materia de vivienda en España, para, a continuación, centrarse en el examen de la regulación española en materia de suelo, que se propone revisar conforme a criterios de buena regulación.*

* Estudio entregado en octubre de 2024. Las opiniones vertidas en este artículo corresponden al autor, y no representan a las instituciones donde trabaja o ha trabajado.

Palabras clave: *Mercado de la vivienda, Mercado del suelo, Urbanismo, Planificación urbanística, Política de competencia, Better regulation, Regulación económica eficiente, Liberalización.*

Abstract: *The article evaluates public intervention on the land market from the perspective of its impact on market competition and the principles of economically efficient regulation. Starting with a description of the principles of competition and better regulation, the paper then examines the main recent experiences of public intervention on the housing market in Spain, and, finally, focuses on the Spanish regulatory approach to the land market, that the article proposes to review alongside better regulation principles.*

Keywords: *Housing market, Land market, Urban policy, Urban planning, Competition policy, Better regulation, Economically efficient regulation, Liberalization.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Competencia e intervención pública: los principios de regulación económica eficiente. 3. Experiencias recientes de intervención pública en materia de vivienda en España. 4. La intervención pública sobre el mercado del suelo. 4.1 Las «fronteras» urbanísticas del planeamiento. 4.2 La tendencia a la excesiva delimitación de los usos del suelo. 4.3 Los costes y la lentitud de los procesos de urbanización. 4.4 Los incentivos perversos en los patrimonios públicos del suelo. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los precios de la vivienda en España se han caracterizado por un aumento sostenido, aunque todavía están por debajo de los alcanzados antes de la crisis financiera de 2008[(1)]. De acuerdo con el Banco de España, el crecimiento de precios ha sido más intenso en las áreas urbanas donde la actividad económica es más dinámica y en las zonas turísticas[(2)]. En combinación con las dinámicas registradas en el mercado laboral y en el mercado crediticio, en los años más recientes se han agudizado las difi-

(1) Entre 2014 y 2023, los precios medios de la vivienda en España han aumentado un 56 % en términos nominales y un 30 % en términos reales. No obstante, los precios medios en 2023 son un 2 % inferiores a los niveles máximos observados en 2007 en términos nominales, y un 28,5 % inferiores en términos reales [Banco de España (2024)].

(2) Banco de España (2024).

cultades de acceso a la vivienda, especialmente de los colectivos más vulnerables económicamente y la población joven en las áreas urbanas más pobladas. Como destaca el Banco de España, además del coste social para estos colectivos, esta situación puede tener implicaciones negativas profundas para el conjunto de la economía, al afectar a la creación de hogares, la edad de emancipación, la tasa de natalidad, la movilidad laboral, o la capacidad de ahorro de los hogares, entre otras consecuencias macroeconómicas[3].

La intervención pública sobre la vivienda puede contribuir a mitigar los problemas de este mercado, aunque también puede magnificarlos si no es adecuada. La vivienda configura un mercado complejo y en continua evolución, por la heterogeneidad del bien vivienda, la rigidez de su oferta en el corto plazo (debida a motivos físicos y regulatorios), la existencia de demanda por motivos no residenciales (turísticos, inversión), o su relación con otros mercados (fundamentalmente, el crediticio y el laboral). Por ello, es importante que las medidas de intervención pública sean diseñadas teniendo en cuenta todos sus posibles efectos y que sean objeto continuo de evaluación y revisión en caso necesario.

Las medidas de intervención pública adoptadas para afrontar las actuales tensiones en el mercado de la vivienda se han centrado en la protección regulatoria de los inquilinos y los demandantes de vivienda en alquiler y en facilitar el acceso al crédito para la compra de vivienda de los colectivos más desfavorecidos. Sin embargo, un reciente informe del Banco de España pone de relieve la situación estructural de escasez de vivienda en España, que podría consolidarse en el medio y en el largo plazo. Frente a esta situación, es preciso acudir a políticas de estímulo de la oferta, tanto pública como privada.

Las políticas del suelo son un elemento fundamental para estimular la oferta privada de vivienda. El presente trabajo pretende revisar la regulación del suelo en España y plantear posibles alternativas de intervención pública para estimular la oferta de vivienda. La tesis principal que se plantea es la necesidad de estimular la competencia en los mercados de vivienda y suelo, de forma coherente con el interés general. Siguiendo el estudio que realizó la extinta Comisión Nacional de la Competencia[4] en 2013, la intervención pública en materia de suelo debe ser coherente con el respeto a la competencia en el mercado, en subordinación al interés general (Comisión Nacional de la Competencia, 2013). Esta coherencia se concreta en los principios de regulación económica eficiente, que exigen que todas las intervenciones públicas respeten la competencia en los mercados salvo que sea necesario por una razón de interés general (principio de necesidad), y

(3) Banco de España (2024).

(4) En 2013, la Comisión Nacional de la Competencia se integró en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

de manera mínimamente distorsionadora (principio de proporcionalidad). Bajo este prisma, el estudio de la Comisión Nacional de la Competencia resulta todavía novedoso en cuanto a sus planteamientos y propuestas, y puede servir de inspiración para reflexionar sobre los elementos que actualmente constriñen el mercado del suelo y lastran su disponibilidad para la construcción de vivienda.

Tras la introducción, el segundo apartado presenta los principios de regulación económica eficiente y su relación con la intervención pública. El tercer apartado describe las principales experiencias recientes de intervención pública en materia de vivienda. El cuarto apartado se centra en la regulación del suelo desde la óptica de los principios de regulación económica eficiente. El quinto apartado presenta las conclusiones.

2. COMPETENCIA E INTERVENCIÓN PÚBLICA: LOS PRINCIPIOS DE REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE

La competencia es una característica que exhiben los mercados y que resulta fundamental para determinar la eficiencia de la asignación y los incentivos de los agentes que intervienen en los mercados. En los mercados donde existe un grado elevado de competencia efectiva, los precios son un reflejo adecuado de la utilidad, el coste y la escasez relativa de los productos y la cantidad de producto intercambiada es máxima. Los consumidores se benefician de esta situación a través de mayores posibilidades de elección, menores precios y productos más cercanos a sus gustos y necesidades. Además, la competencia incentiva a que las empresas mejoren su oferta dinámicamente, impulsando la calidad, la inversión, la innovación y las ganancias de productividad agregadas[(5)].

La regulación y la intervención pública son fundamentales para determinar el grado de competencia en un mercado. La regulación[(6)], además de establecer las reglas «horizontales» de los intercambios en los mercados (el régimen de la propiedad y de las transacciones comerciales, los derechos de los consumidores, los mecanismos de resolución de conflictos…), determina las condiciones específicas en que se produce el acceso de las empresas a los mercados, el ejercicio de la actividad y la forma en que se llevan a cabo las transacciones. Este conjunto de reglas horizontales y específicas, junto con el ejercicio de otras potestades públicas como la concesión de ayudas públicas, la contratación pública o las potestades

(5) Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2021).

(6) Utilizamos aquí el término «regulación» en un sentido económico, esto es, incluyendo toda clase de leyes y disposiciones de carácter reglamentario.

administrativas de control de mercado influyen de modo decisivo en el grado de competencia que puede alcanzarse en cada mercado.

En ocasiones, la regulación y la intervención pública son necesarias para que los mercados proporcionen mejores resultados. En los mercados donde existen «fallos del mercado»(7), no se alcanza una asignación eficiente, y la intervención pública puede corregir la situación para lograr una mejora del bienestar global. Por otra parte, la intervención pública sobre los mercados puede ser necesaria por razones de interés general distintas a la eficiencia, como las razones de equidad. En cambio, en otras ocasiones, la intervención pública altera las reglas de competencia de modo inadecuado desde la óptica del bienestar general, bien porque no está justificada, bien porque la intervención no está diseñada correctamente, bien porque persigue finalidades que no representan correctamente el interés general(8).

Los principios de *regulación económica eficiente* tratan de asegurar un equilibrio adecuado desde el punto de vista del bienestar general entre la intervención pública en los mercados y la existencia de competencia efectiva en los mercados. Estos principios son dos: necesidad (toda intervención pública que distorsione la competencia debe venir justificada por una razón de interés general) y proporcionalidad (de entre las alternativas disponibles para alcanzar el objetivo de interés general, debe elegirse la que minimice su impacto negativo sobre la competencia). Estos principios configuran un *test* para evaluar la calidad de las políticas públicas desde una óptica de eficiencia y no son meramente inspiradores de la intervención pública, sino que su cumplimiento es obligado para todos los poderes públicos(9) y, así, producen efectos concretos moduladores de la intervención pública(10). Al mismo tiempo, el *test* cumple el estándar constitucional (art. 38 CE), puesto que configura la competencia en los mercados no como una finalidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del interés general y, por tanto, exceptuable cuando haya una mejor forma de satisfacer dicho interés general.

---

(7) Los «fallos del mercado» son situaciones en las que los mercados no conducen por sí solos a resultados eficientes. Típicamente, se incluyen en este concepto las externalidades (situaciones en las que las decisiones de un agente afectan positiva o negativamente a otros agentes, como la contaminación o la congestión), los bienes públicos (bienes que no son apropiables o cuyo consumo no es rival, como el alumbrado público), las situaciones de poder de mercado y los problemas de información.

(8) Bajo el concepto «fallos del Estado», se agrupan todos aquellos factores que limitan la efectividad de la intervención pública: costes de acceso a la información privada, fallos de evaluación, costes de ejecución de la intervención pública, ineficiencias públicas, captura regulatoria, problemas de corrupción.

(9) Artículo 38 CE.

(10) Por ejemplo, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado establece el obligado cumplimiento de estos principios en todas las intervenciones administrativas que afecten al acceso y ejercicio de las actividades económicas.

Las autoridades de competencia, y, en particular, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), llevan a cabo regularmente análisis de las intervenciones públicas desde la óptica de los principios de competencia, tanto en respuesta a peticiones de los propios organismos públicos impulsores de las actuaciones[11] como a través de estudios y trabajos de investigación[12]. Asimismo, la CNMC tiene una función de control del ejercicio de las potestades administrativas, al estar legitimada para impugnar ante los tribunales de justicia las disposiciones generales de rango inferior a ley y los actos de las Administraciones públicas que obstaculicen injustificadamente la competencia[13]. En los apartados siguientes, haremos referencia a algunas de estas actuaciones.

3. EXPERIENCIAS RECIENTES DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE VIVIENDA EN ESPAÑA

En los últimos años, la intervención pública dirigida a la vivienda ha abarcado un conjunto de medidas muy diversas, incluyendo medidas de estímulo a la demanda y a la oferta de vivienda, tanto en compraventa como en alquiler, así como medidas sobre otros mercados conexos al de vivienda, como el mercado del suelo, el mercado del crédito hipotecario y el mercado de las viviendas turísticas. A partir del análisis efectuado por el Banco de España (Banco de España, 2024), podemos destacar las siguientes medidas públicas adoptadas en los últimos años en el mercado de la vivienda en España:

a. Medidas de protección a los inquilinos vulnerables, incluyendo el endurecimiento de los supuestos y condiciones de desahucio[14] y la posibilidad de extender la duración del contrato por inquilinos vulnerables[15].

(11) La CNMC tiene una función consultiva que prevé su participación en la elaboración de leyes y reglamentos que afecten a la competencia y el buen funcionamiento de los mercados (art. 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC).

(12) Artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

(13) Artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

(14) El Real Decreto-ley 7/2019 endureció las condiciones para practicar los desahucios vinculados a contratos de alquiler. Tras desatarse la pandemia del covid, el Real Decreto-ley 11/2020 suspendió temporalmente los desahucios de viviendas arrendadas para colectivos vulnerables durante un periodo de 6 meses, que se ha ido prorrogando hasta finales de 2024. A partir de 2025, la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda establece que en el caso de los arrendadores grandes tenedores, los desahucios suspendidos solo podrán reanudarse si el arrendador se ha sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación.

(15) La disposición final primera de la Ley 12/2023 establece la posibilidad de que los arrendatarios que estén en situaciones vulnerables puedan extender la duración del contrato de arrendamiento por un año más, siempre que el arrendador sea un gran tenedor.

b. Medidas directas e indirectas para controlar los precios de los alquileres, incluyendo la ampliación de la duración mínima de los contratos de alquiler de vivienda[16], la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento en las zonas tensionadas[17], la limitación de los incrementos anuales de la renta de los arrendamientos[18], los controles sobre los precios de la vivienda[19] y los estímulos fiscales para los propietarios de vivienda condicionados a la contención de los precios de alquiler en zonas tensionadas[20].

c. Medidas de apoyo a la compra y el alquiler de vivienda, incluyendo bonos al alquiler, avales públicos para la compra de vivienda y beneficios fiscales para la compra y el alquiler de vivienda.

d. El impulso a la vivienda pública, a través de diferentes anuncios de planes para la construcción de viviendas para los colectivos más vulnerables.

e. Medidas para aumentar la estabilidad de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, reduciendo la litigiosidad sobre esta materia y sus consecuencias en términos de anulabilidad de tales instrumentos[21].

f. Medidas de control de la oferta de viviendas de uso turístico, adoptadas principalmente por las comunidades autónomas en uso de sus competencias en materia de turismo y por algunos municipios.

En su más reciente informe anual, el Banco de España evalúa estas medidas y las considera globalmente insuficientes para acotar los problemas de accesibilidad. En palabras del Banco de España: «la magnitud del problema diagnosticado […] hace difícil vislumbrar que actuaciones aisladas de corto plazo puedan tener el alcance suficiente para reducir de forma significativa las actuales dificultades de acceso a la vivienda» (Banco de España, 2024, p. 276). Al mismo tiempo, el Banco de España llama a

(16) El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler amplió el plazo mínimo de duración de los contratos de alquiler de vivienda de 3 a 5 años (o a 7 si el arrendador es persona jurídica).

(17) Artículo 10.3 de la Ley 29/1994, en la nueva redacción dada por la Ley 12/2023.

(18) En marzo de 2022, ante la escalada de precios acaecida tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia, se topó temporalmente la actualización de las rentas de alquiler de los contratos vigentes al 2%, medida que se extendió hasta finales de 2023 (artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania). Para 2024, el límite a la actualización de rentas se estableció en el 3% (Disposición final sexta de Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda). La nueva Ley de Vivienda ha dispuesto que el INE debe establecer un nuevo índice que servirá de límite para la actualización de las rentas de los contratos de arrendamiento a partir de 2025.

(19) A nivel estatal, la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda establece la posibilidad de declarar zonas tensionadas, en las que los precios de los nuevos contratos están sujetos a limitaciones.

(20) Disposición final segunda de la Ley 12/2023.

(21) Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

que el diseño de las políticas públicas evite «que algunas actuaciones, cuya efectividad podría resultar relativamente limitada en el corto plazo, acaben generando efectos indeseados significativos que dificulten el funcionamiento de este mercado en el medio y largo plazo» (Banco de España, 2024, p. 276).

En efecto, algunas de las medidas descritas pueden producir efectos indeseados que restan eficacia a la intervención pública para lograr sus objetivos. Como destaca el Banco de España, es importante analizar los efectos de las medidas públicas desde una óptica global, teniendo en cuenta no solo sus beneficios, sino también sus costes en todos los horizontes temporales (Banco de España, 2024). Desde la óptica de competencia, estos costes pueden ser notables en algunos casos, como destacamos a continuación.

En primer lugar, las medidas de protección de los arrendadores vulnerables, aunque sobre el papel refuerzan la protección sobre estos, pueden producir un efecto de signo opuesto si el coste de esa protección se hace recaer directamente sobre los arrendadores (Banco de España, 2024). Si alquilar vivienda a personas de los colectivos protegidos supone para los arrendadores asumir mayor riesgo (por las mayores dificultades para recuperar posibles impagos o para recuperar la vivienda) o reduce la rentabilidad potencial del alquiler (por la mayor duración del alquiler y las menores posibilidades de revisión de las condiciones económicas), es esperable que los arrendadores trasladen esos mayores costes y riesgos a los alquileres de personas de estos colectivos exigiéndoles precios de alquiler más elevados o medidas de aseguramiento adicionales (avales, seguros), reduciendo la calidad de los inmuebles ofertados a estos colectivos o, incluso, dejando de alquilar a personas de los colectivos protegidos. Estos efectos indeseados, además, pueden ser especialmente importantes en España, puesto que un porcentaje muy elevado de los propietarios del parque de viviendas en alquiler en España son personas físicas con carteras de tamaño muy reducido [22], que están más expuestos a los riesgos de impago de sus inquilinos que un tenedor con una gran cartera de viviendas [23]. Como hemos señalado, el problema de este tipo de medidas de intervención no está en la mayor protección ofrecida a los colectivos

(22) Un rasgo distintivo del mercado de alquiler residencial español es la prevalencia de los arrendadores particulares y de los pequeños propietarios, frente al reducido peso que tienen las personas jurídicas y los grandes tenedores. Según el Banco de España, «las viviendas principales en alquiler de mercado que son propiedad de las personas jurídicas de naturaleza privada representarían una cuantía estimada en un 8 % del total, frente al 92 % de las de los particulares» (Banco de España, 2024).

(23) El riesgo de impago del alquiler se diluye al aumentar el tamaño de la cartera de alquiler (Banco de España, 2024). Además, los grandes propietarios de vivienda pueden tener mayor capacidad que los pequeños propietarios para establecer mecanismos eficaces para comprobar la solvencia de los inquilinos potenciales, lo que reduce la incertidumbre en la contratación.

vulnerables, que puede resultar del todo deseable, sino en que el coste de esa mayor protección se haga recaer directamente sobre los arrendadores. Por tanto, una forma de mitigar los efectos adversos es establecer mecanismos públicos que compensen el mayor riesgo y la menor rentabilidad de los alquileres a hogares vulnerables, de manera que los posibles mayores riesgos y pérdidas se socialicen. Estos mecanismos serán tanto más efectivos cuanto más compensen las posibles pérdidas a los arrendadores y más faciliten a estos la recuperación[24].

En segundo lugar, el *establecimiento de niveles distintos de obligaciones para los arrendadores en función de su tamaño empresarial o su peso en el mercado de vivienda* permite ajustar la intensidad de las obligaciones de los arrendadores en función de su capacidad económica, pero puede suponer un desincentivo al crecimiento en tamaño empresarial de los oferentes en el mercado del alquiler de vivienda. Los operadores de mayor tamaño pueden tener ventajas frente a los pequeños propietarios en términos de su mayor capacidad para aprovechar economías de escala en la comercialización de las viviendas y en su rehabilitación y mantenimiento, para analizar correctamente el riesgo de los futuros arrendatarios y para mitigar los riesgos asociados al alquiler, así como para invertir en nuevas viviendas de alquiler (Banco de España, 2024). Por tanto, un mercado de alquiler con mayor presencia relativa de oferentes pequeños puede no ser beneficioso para los inquilinos. Por otra parte, es conveniente que los criterios para el establecimiento de obligaciones diferentes para los arrendadores estén basados en condiciones objetivas que reflejen de modo adecuado su diferente capacidad económica, y no solamente en su forma jurídica, bajo la que pueden esconderse situaciones empresariales muy diversas.

En tercer lugar, *las políticas de control de precios del alquiler* pueden tener efectos positivos en el corto plazo para los inquilinos y demandantes de alquiler. Al mismo tiempo, estos controles pueden tener efectos distorsionadores sobre los mecanismos de competencia en el mercado, que pueden reducir la eficacia de la intervención pública. En primer lugar, las limitaciones de precios sobre los nuevos alquileres pueden llevar a la retirada de oferta de vivienda y ocasionar la aparición de demanda insatisfecha. En segundo lugar, los controles de precios indiscriminados benefician a todos los arrendadores, independientemente de su situación y capacidad económica, lo que puede tener un efecto distributivo

(24) El Real Decreto-ley 37/2020 previó una compensación para los arrendadores afectados por la suspensión de los lanzamientos y los desahucios, que se condiciona a la realización de determinados trámites previos por parte de la Administración (emisión de informe por los servicios sociales) y a la acreditación de haber sufrido perjuicio económico en determinados casos, y cuya cuantía se limita al importe medio de los alquileres de los inmuebles del entorno.

regresivo (Banco de España, 2024). En tercer lugar, las limitaciones de precios de los alquileres existentes pueden llevar a la configuración de un mercado dual, en el que viviendas similares en cuanto a sus características tengan precios diferentes de alquiler únicamente en función del momento en el que hayan sido arrendadas. Este tipo de mercados duales puede repercutir negativamente en la movilidad de los inquilinos (López-Rodríguez y Matea, 2020). En cuarto lugar, pueden reducir los incentivos a introducir vivienda en alquiler en el mercado y a invertir en mejoras en la vivienda, afectando negativamente a la oferta de viviendas en alquiler y a la calidad del parque de viviendas en oferta (Banco de España, 2024). Todos estos efectos pueden tener distinta amplitud y dimensión según los casos, por lo que deben ser estudiados cautelosamente y tenidos en cuenta en el diseño de la intervención pública. Estos problemas no son exclusivos del mercado de la vivienda: en general, el establecimiento de precios máximos suele resultar una medida de intervención adecuada únicamente ante situaciones de poder de mercado no reconducibles automáticamente[25] o cuando se aplican como reacción temporal ante circunstancias extraordinarias e imprevistas que afectan significativamente a una de las partes en el mercado[26]. De hecho, en materia de control de precios de alquileres, las experiencias históricas internacionales suelen responder a alguno de los supuestos mencionados[27]. Fuera de las situaciones anteriores, es menos probable que los controles de precios tengan efectos netos positivos.

Finalmente, las *medidas restrictivas sobre las viviendas de uso turístico* también pueden ocasionar efectos indeseados para el bienestar general. El alquiler de viviendas con fines turísticos es un fenómeno que se ha desarrollado exponencialmente en las últimas dos décadas[28]. En la actualidad, los alquileres turísticos de vivienda no solo suponen

(25) Esto justifica, por ejemplo, la regulación o el control de los precios de acceso a las redes de energía, transporte o telecomunicaciones.

(26) Un ejemplo reciente sería el establecimiento de precios máximos de las mascarillas quirúrgicas aplicados inmediatamente tras desatarse la pandemia del covid.

(27) Por ejemplo, una primera generación de controles sobre los precios de los alquileres en muchas ciudades de Estados Unidos y en Europa se introdujeron tras las guerras mundiales, como reacción a la relocalización geográfica de una elevada proporción de la fuerza laboral y las subsiguientes presiones inflacionistas en los alquileres residenciales de los mercados donde se concentraba la actividad industrial (López-Rodríguez y Matea, 2020).

(28) Históricamente, esta forma de alquiler tenía un alcance residual frente a la oferta de alojamiento hotelero y era complementaria de otros usos de la vivienda. Sin embargo, la consolidación de grandes plataformas digitales del alquiler turístico, unida a la notable expansión que ha registrado el turismo en todo el mundo, han modificado el paradigma notablemente. Las principales ventajas de la economía de plataformas para el desarrollo de esta actividad son la ampliación del tamaño de los mercados, la mitigación de los problemas de asimetría informativa entre oferentes y demandantes y la reducción de costes de transacción (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2018).

una fuente de competencia muy relevante en el sector del alojamiento turístico, sino que pueden ocasionar desplazamientos de la oferta de vivienda de alquiler residencial y afectar a los precios de la vivienda (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2018). Pero ello no debe justificar cualquier forma de intervención sobre las viviendas turísticas para favorecer el alquiler residencial[29]. En primer lugar, porque el alcance y magnitud de la sustituibilidad entre ambas formas de alquiler dependerá de las rentabilidades y riesgos relativos de ambas formas de alquiler, que varía mucho de unos entornos urbanos a otros[30]: así, en muchos entornos, restringir las viviendas turísticas no tendrá efectos positivos apreciables sobre la oferta de alquiler residencial. En segundo lugar, las regulaciones dirigidas a contener el uso turístico de las viviendas para favorecer el alquiler residencial pueden tener efectos negativos importantes sobre la competencia en el mercado del alojamiento turístico[31] (Comisión Nacional de la Competencia, 2018, y Banco de España, 2024). En todo caso, la posible sustituibilidad entre la oferta de viviendas para alquiler residencial y para alquiler turístico es un elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer regulaciones sobre el alquiler residencial que puedan desincentivar esta forma de arrendamiento.

(29) Históricamente, los alquileres de viviendas de corta duración estaban sujetos a la legislación nacional en materia de arrendamientos urbanos (Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos), que básicamente otorgaba libertad a las partes para negociar los términos del alquiler de corto plazo. En 2013, los alquileres turísticos de vivienda fueron excluidos de la legislación estatal de arrendamientos urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio), lo que permitió que las comunidades autónomas empezaran a regularlo a partir de sus competencias en materia de turismo. En paralelo, numerosas ciudades han hecho uso de sus competencias en materia urbanística para regular el uso de vivienda turística. Por ejemplo, solo entre 2013 y 2018, 14 comunidades autónomas modificaron su legislación turística para incluir los alquileres de vivienda de corto plazo, y varios municipios establecieron normativa urbanística limitativa de esta actividad (entre ellos, ciudades como Madrid, Barcelona, Bilbao o San Sebastián).

(30) En 2018, la CNMC consideraba que «si bien se ha registrado un aumento generalizado de los precios de la vivienda en España en los últimos años, ello se debe a una confluencia de factores económicos, entre los que cabría incluir el uso turístico, pero es difícil discernir en qué medida han contribuido cada uno de esos factores. Así, no existe evidencia de una relación directa y exclusiva entre la oferta de viviendas turísticas y el precio de las viviendas» (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2018). Algunos trabajos posteriores han encontrado evidencia empírica de efectos de las viviendas turísticas sobre el alquiler residencial, pero su magnitud depende de las ciudades estudiadas, siendo normalmente mayor en ciudades muy turísticas y en los centros urbanos.

(31) La CNMC y las autoridades de competencia de las comunidades autónomas han sido muy críticas con algunas de las restricciones que la regulación autonómica y local han impuesto sobre las viviendas turísticas. En 2018, la CNMC publicó un Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico, en el que identificaba las principales restricciones regulatorias sobre esta forma de alojamiento. En paralelo, la CNMC y las autoridades de competencia autonómicas han impugnado numerosas normas de origen autonómico y municipal en las que se restringía la actividad de vivienda turística de modo innecesario o desproporcionado.

4. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE EL MERCADO DEL SUELO

El examen de las medidas de intervención recientes más relevantes realizado en el apartado anterior muestra algunas de sus limitaciones para abordar los problemas actuales de accesibilidad a la vivienda en España. Las políticas de estímulo y protección a la demanda pueden ser útiles para proteger a los colectivos más vulnerables y para paliar sus mayores dificultades de acceso a la vivienda. Pero si la oferta de vivienda es rígida, los problemas de escasez persistirán, incluso en el medio plazo, y es probable que los estímulos sobre la demanda de vivienda se trasladen a incrementos en los precios.

En su informe anual, el Banco de España recomienda impulsar la oferta a través de diferentes vías. En primer lugar, promoviendo la expansión del parque público de vivienda en alquiler social. Pero también advierte de que el esfuerzo requerido para que la planta de alquiler social en España converja con los niveles del parque público promedio de las economías avanzadas o de la UE-27 es extraordinario. Por ello, recomienda, también, apostar por otras medidas de fomento de la oferta privada de vivienda. Entre estas medidas, notablemente, recomienda mejorar la gestión de los procesos administrativos relacionados con las políticas de suelo y urbanismo. En este sentido, afirma que «El tiempo necesario para el desarrollo de nuevo suelo finalista y para la construcción de viviendas está limitando la producción de nuevas viviendas. Si bien se están adoptando nuevas medidas para mejorar la situación en este ámbito, las distintas AAPP deberían analizar si es posible profundizar en la simplificación y agilización de la gestión administrativa de estos procesos y aumentar la coordinación entre ellas para reducir los dilatados plazos de ejecución actuales. Asimismo, ante la escasez de viviendas en las grandes áreas urbanas, podría contemplarse la posibilidad de ajustar los usos de los bienes inmuebles y del suelo para que fueran destinados en una mayor proporción al uso residencial. La toma de estas decisiones en un ámbito metropolitano, superior al municipal, podría generar ganancias de eficiencia en los municipios con mercados residenciales tensionados» (Banco de España, 2024, p. 284).

El suelo es un componente muy importante en el valor de la vivienda y su disponibilidad. En 2009, el valor del stock de suelo sobre el valor total del stock de vivienda llegó a representar un 45 %, aunque este peso varía a lo largo del ciclo económico (Comisión Nacional de la Competencia, 2013 a partir de datos de Uriel Jiménez y Albert Pérez, 2012). La importancia del suelo en el mercado de la vivienda deriva no solo de su repercusión en términos de precio, sino también de su impacto sobre la disponibilidad de vivienda. El suelo es, sin duda, uno de los principales

factores que influyen en la velocidad a la que reacciona la oferta de vivienda ante cambios en la demanda. De hecho, uno de los problemas tradicionales de la economía española ha sido una elevada rigidez relativa de la oferta de vivienda a los precios (Comisión Nacional de la Competencia, 2013). Esto es especialmente relevante, puesto que supone que la oferta de vivienda nueva reaccionará más lentamente ante los incrementos en la demanda de vivienda, lo cual presionará los precios de la vivienda más que en otros países.

Ya en sus primeros estudios sobre los principales problemas de la competencia en España, el Tribunal de Defensa de la Competencia criticó la aproximación regulatoria al suelo[32]. Sus propuestas inspiraron una reforma en la legislación del suelo a finales del siglo pasado[33], que ha sido objeto de crítica por no tener en cuenta suficientemente las externalidades y otros fallos de mercado que aconsejan la intervención pública. En 2013, la Comisión Nacional de la Competencia revisitó este mercado con un estudio específico denominado *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España* (Comisión Nacional de la Competencia, 2013). Este estudio planteaba un nuevo enfoque sobre la regulación del mercado del suelo, basado en la aplicación sistemática de los principios de *necesidad* y *proporcionalidad* a las diferentes medidas de intervención pública sobre el mercado del suelo[34]. En este informe, la Comisión identificaba varias áreas de mejora en la intervención sobre el mercado del suelo, que examinamos a continuación.

4.1 **Las «fronteras» urbanísticas del planeamiento**

El sistema español de planificación urbanística, a través de la técnica de la clasificación, divide el territorio municipal según sus posibilidades de ser utilizado para la edificación. Estas divisiones generan un sistema de «fronteras urbanísticas» que limitan en cada momento la cantidad de suelo que puede ser utilizado y su localización[35].

(32) Tribunal de Defensa de la Competencia (1993 y 1995).

(33) Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

(34) La planificación urbanística clasifica el suelo de modo que configura tres fronteras urbanísticas principales: la que separa el suelo no urbanizable del urbanizable, la que distingue el suelo urbanizable según esté o no delimitado y la que separa el suelo urbanizable del suelo urbano (Comisión Nacional de la Competencia, 2013).

(35) La planificación urbanística clasifica el suelo de modo que configura tres fronteras urbanísticas principales: la que separa el suelo no urbanizable del urbanizable, la que distingue el suelo urbanizable según esté o no delimitado y la que separa el suelo urbanizable del suelo urbano (Comisión Nacional de la Competencia, 2013).

La Comisión Nacional de la Competencia reconocía que esta forma de intervención pública respondía a fallos de mercado[36], pero consideraba que la planificación no es la forma óptima de responder a tales fallos de mercado. En primer lugar, la planificación introduce ineficiencias en el mercado del suelo porque la localización de los terrenos que pueden ser urbanizados no responde a las preferencias privadas, sino a las limitaciones del planeamiento. En segundo lugar, la limitación de la cantidad de suelo utilizable para edificar facilita que aparezcan agentes con poder de mercado en la oferta del suelo, lo que hace más probables las prácticas especulativas que encarecen artificialmente el suelo. En tercer lugar, favorece fenómenos de búsqueda de rentas y captura regulatoria por parte de los propietarios del suelo o los promotores, puesto que la delimitación concreta de las parcelas que quedan incluidas dentro de cada frontera puede resultar «arbitraria e impredecible». Por último, conforme van cambiando las necesidades de la ciudad, la planificación va quedando obsoleta, lo que hace necesario revisarla. Estos procesos de revisión de la planificación son lentos y costosos y pueden agudizar los problemas de rigidez de la oferta de viviendas[37].

Tras describir todos estos problemas, la Comisión plantea la posibilidad de remplazar el sistema de clasificación del suelo por otros mecanismos de intervención pública que lograran los efectos pretendidos (contener un crecimiento excesivo y disperso de la ciudad y preservar sus espacios abiertos) sin distorsionar tanto los mecanismos de mercado. En concreto, se plantean dos mecanismos:

– Instrumentos fiscales que hagan que los agentes privados internalicen en su toma de decisiones de utilización del suelo las externalidades que generan sobre el resto de la ciudad. Por un lado, las tasas y los peajes como forma de desincentivar los problemas de congestión. Por otro lado, las tasas de impacto sobre los promotores para hacerles asumir el coste incremental en términos de infraestructuras y servicios.

– Asignación mediante mecanismos competitivos de derechos de urbanización, que pudieran ser intercambiables por sus propietarios en mercados secundarios organizados. Aunque este mecanismo no es óptimo, tiene

(36) El estudio reconoce que, en ausencia de regulación, las decisiones privadas de localización de las edificaciones generarían externalidades negativas sobre el resto de la ciudad, en términos de pérdida de espacios abiertos, mayor coste de prestación de los servicios públicos por la dispersión de la trama urbana y problemas de congestión en las infraestructuras urbanas.

(37) Por ejemplo, la Comisión afirmaba lo siguiente en relación a la lentitud de los procesos de urbanización: «En caso de que la transformación del suelo requiera un cabio en el planeamiento general, su urbanización puede tardar entre 4,5 y 14,5 años. En caso de que la urbanización no requiera cambios en el planeamiento general, debe aprobarse el planeamiento de desarrollo pertinente y realizarse la ejecución jurídica y material del planeamiento, por lo que la urbanización puede tardar entre 3 y 10 años» (Comisión Nacional de la Competencia, 2013, p. 61).

algunas ventajas frente a las fronteras urbanísticas: permite limitar la cantidad de suelo que es posible urbanizar en cada momento del tiempo pero sin identificar las parcelas donde se puede edificar, lo que reduce los fenómenos de búsqueda de rentas y permite ajustes rápidos de la oferta de suelo ante cambios en la demanda.

4.2 **La tendencia a la excesiva delimitación de los usos del suelo**

La Comisión considera que la calificación del suelo (el establecimiento de usos para cada parte del territorio), responde a fallos de mercado que justifican la intervención pública (fundamentalmente, las externalidades entre usos y la insuficiente dotación de espacios públicos que resultaría de la falta de intervención pública en el mercado). Pero advierte de que la calificación genera ineficiencias importantes. La principal es que sustituye a la competencia para asignar el suelo entre sus diferentes usos, tanto en cantidad como en localización, y puede generar problemas de mayor escasez relativa de determinados usos (o, al contrario, excesos de oferta de otros usos que lleven a la no edificación de determinadas parcelas por falta de interés del mercado), lo que puede, además, generar problemas de poder de mercado y búsqueda de rentas similares a los descritos para la frontera urbanística. La Comisión consideraba que el problema se ve agudizado por la tendencia generalizada al excesivo detalle en cuanto a la definición de posibles usos.

Frente a este sistema de intervención, la Comisión planteaba otras alternativas menos distorsionadoras para conseguir los objetivos pretendidos, como la zonificación por estándares (en suma, el establecimiento de reglas o estándares que eviten que los usos incompatibles se sitúen cerca entre sí) o, en caso de mantener el sistema actual de calificación, la opción por un menor grado de detalle en los usos permitidos en cada parcela.

4.3 **Los costes y la lentitud de los procesos de urbanización**

La Comisión criticaba la lentitud en la ejecución jurídica del planeamiento. Los mecanismos de equidistribución de los beneficios y las cargas, aunque necesarios para resolver inequidades en la conciliación de la utilización efectiva de los terrenos con el reparto de la propiedad del suelo, dilatan enormemente los procesos de transformación urbanística. Ante aumentos de la demanda, la dificultad para transformar el suelo protege a los propietarios incumbentes e impide que la entrada limite el aumento de los precios. En ocasiones, la fase de transformación del suelo se prolonga tanto, que una vez se ha desarrollado plenamente la urbanización,

las condiciones del mercado han cambiado y los operadores han de afrontar una pérdida económica.

La Comisión advertía de que estos problemas son consustanciales a los sistemas descritos de fronteras urbanísticas y calificación de usos propios del planeamiento español, cuya reforma aliviaría. También planteaba algunas formas de mitigarlos en el sistema vigente de clasificación y calificación, como el uso de mecanismos alternativos para solucionar las desigualdades del planeamiento o la flexibilización del diseño de las unidades de ejecución, permitiendo a los propietarios decidir qué terrenos incluir en la unidad de ejecución o acordar modificaciones en los coeficientes de ponderación para facilitar las negociaciones.

4.4 **Los incentivos perversos en los patrimonios públicos del suelo**

Finalmente, la Comisión advertía de los conflictos de interés que se generan por la participación pública en la propiedad del suelo urbano. Aunque la lógica de que existan los Patrimonios Públicos del Suelo (constituidos principalmente con las cesiones obligatorias de suelo de los particulares en los procesos de transformación urbanística) es que la Administración pueda intervenir directamente en el mercado y frenar procesos especulativos, también constituyen una forma de financiación de los municipios. La Comisión consideraba que esto genera incentivos para que la Administración no utilice sus patrimonios del suelo para regular el mercado, sino para obtener financiación, y para que, al establecer la planificación, la Administración restrinja la oferta de suelo y aumente así sus ingresos como propietaria. El estudio constataba que la Administración es el principal propietario de suelo urbano no edificado en muchas de las principales áreas urbanas de España, con una posición significativa en el total de la oferta. Por ejemplo, en 2011, la Administración era titular del 44,6 % del suelo urbano no edificado en Madrid, del 42,4 % en Barcelona, del 32,1 % en Sevilla o del 27,5 % en Valencia (Comisión Nacional de la Competencia, 2013, p. 66-67).

Todo ello contribuye a hacer todavía más rígida la oferta del suelo. De hecho, el estudio destacaba la existencia de una relación positiva entre el precio de la vivienda y el porcentaje del suelo urbano no edificado propiedad de la Administración en las 15 principales áreas urbanas de España. Por todo ello, la Comisión recomendaba establecer medidas para garantizar que los patrimonios públicos del suelo se destinen efectivamente a los fines establecidos en la normativa vigente [38].

(38) La Comisión consideraba «muy complicado garantizar que se respeten los destinos y finalidades específicas que la normativa impone a los bienes de los patrimonios públicos del suelo:

5. CONCLUSIONES

En los últimos años, se ha intensificado el debate sobre la situación del mercado de la vivienda en España. Un examen del mercado muestra que existe un problema de accesibilidad a la vivienda, que afecta específicamente a los colectivos de población más joven y con menor capacidad de generación de renta, especialmente en las ciudades más dinámicas. Pero los problemas de accesibilidad no derivan exclusivamente del mercado de la vivienda, puesto que también se originan en las condiciones de acceso al crédito y en la situación en el mercado laboral. Por ello, toda intervención pública que pretenda abordar los problemas de accesibilidad debe adoptar una visión global.

Las experiencias recientes de intervención pública en materia de vivienda no han conseguido acotar eficazmente los problemas de accesibilidad a la vivienda, y posiblemente resulten insuficientes para abordar los retos de futuro. Algunas de estas medidas pueden tener efectos indeseados que merman su efectividad en el medio y largo plazo, pero, además, no parecen abordar el problema principal del mercado de vivienda: el déficit estructural de vivienda. Es preciso que la intervención pública promueva un mayor crecimiento del parque de vivienda, lo que exige una combinación de esfuerzos directos (parque público de vivienda) y esfuerzos privados. En este ámbito, el suelo juega un papel fundamental. La construcción de nuevas viviendas al ritmo requerido para acotar los problemas de escasez en el medio y el largo plazo precisa de que la intervención pública permita utilizar el recurso suelo con mayor velocidad.

La autoridad nacional de competencia ha recomendado en el pasado revisar la regulación del mercado del suelo. Esta revisión no debe suponer que el sector público deje de intervenir para ordenar el mercado del suelo, sino que debe conducir a evaluar la efectividad de los instrumentos actuales de intervención pública desde una óptica de buena regulación, así como a reemplazar los que no sean satisfactorios desde el punto de vista del bienestar general. Un buen funcionamiento del mercado del suelo debe evitar las externalidades negativas que produce la utilización del suelo para la edificación de viviendas y otros usos, pero sin crear distorsiones que petrifiquen las ciudades y dificulten la capacidad de reacción del mercado para atender las necesidades de vivienda. En este sentido, siguen vigentes, en opinión del autor, muchas de las recomendaciones efectuadas por la extinta Comisión Nacional de la Competencia en 2013.

---

construcción de vivienda protegida y otros usos de interés social» (Comisión Nacional de la Competencia, 2013, p. 68).

BIBLIOGRAFÍA

Banco de España, *El mercado de la vivienda en España entre 2014 y 2019*. Documentos Ocasionales Núm. 2013, 2020.

— *Informe Anual 2023*, 2024.

Carbó Valverde, S., y Rodríguez Fernández, F., *El mercado de la vivienda en Europa: viejas costumbres y nuevos desafíos*, Cuadernos de Información Económica Núm. 266, pp. 81-92, 2018.

Comisión Nacional de la Competencia, *Problemas de competencia en el mercado del suelo*, 2013. Disponible en www.cnmc.es.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, 2018. Disponible en www.cnmc.es.

— *Los beneficios de la competencia para los consumidores*, 2021. Disponible en www.cnmc.es.

García Bernaldo de Quirós, J., *La aplicación del derecho de la competencia en la regulación y en la gestión del uso del suelo*. Anuario de la competencia, núm. 1, pp. 21-52, 2016.

Intendencia Económica de El Salvador, *Estudio de condiciones de competencia en la provisión de vivienda nueva en El Salvador*, Versión pública, 2022.

López Ramón, F., *Introducción al derecho urbanístico*. Ed. Marcial Pons, 2007.

López-Rodríguez, D., y Matea, M., *La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional*. Banco de España, Documentos ocasionales Núm. 2002, 2020.

López Vallés, J.; Maudes Gutiérrez, A. y Silos Ribas, M., *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC*. Boletín Económico de ICE Núm. 3044, pp. 3-14, 2013.

Martín, A., y Camas, A., *Regulación y mercado de suelo en España. Presupuestos para el debate*. EURE, vol. 43, núm. 130, 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, 1993. Disponible en www.cnmc.es.

— *La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas*, 1995. Disponible en www.cnmc.es.

B.2 Los sistemas de control de precios de la vivienda, tanto para la compra como para el alquiler, ensayados en España: contenido, límites y evaluación*

Clàudia Gimeno Fernández
Profesora ayudante doctora de Derecho administrativo
Universitat de València
claudia.gimeno@uv.es

Resumen: *La profundización en el debate sobre la necesidad de reforzar las políticas públicas en materia de vivienda fruto del contexto de crisis habitacional en el que nos encontramos ha supuesto la aparición de distintas normas que prevén políticas de limitación del precio de los contratos de arrendamiento y compraventa, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, por el atractivo que sus efectos inmediatos producen frente a los escasos costes que suponen, en principio, para la hacienda pública. El interés por el estudio de la regulación de precios en estos contratos justifica el*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del grupo de investigación REGULATION UV y en el Proyecto de Generación de Conocimiento 2024-2026 «La planificación administrativa» (PID2023-152781NB-I00) otorgado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

presente capítulo en el que se que analizarán, primero, las políticas de control de precios ensayadas en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la compra y con el alquiler de viviendas. El trabajo resumirá después los límites normativos que encuadra tanto la actuación del legislador como la de las Administraciones públicas en esta materia y finalizará con una valoración de los mecanismos de control de precios estudiados.

Palabras clave: *Control de precios, vivienda, arrendamientos.*

Abstract: *The debate on the need to reinforce public policies on housing has emerged as a result of the context of the ongoing housing crisis. This has led to the appearance of different regulations that have provided for policies that limit the price of rental and purchase contracts, both at the national and regional level, due to their attractive immediate effects and the low costs that they entail, in principle, for the public finances. The interest in the study of price regulation in these contracts justifies the present chapter, which will first analyse the price control policies implemented in our legal system in relation to the purchase and rental of dwellings. The paper will then summarise the regulatory limits that frame both the actions of the legislator and those of the public administrations in this area and will conclude with an assessment of the price control mechanisms studied.*

Keywords: *Price control, housing, rentals.*

Sumario: 1. Los sistemas de control de precios de la vivienda: contexto. 2. El control de precios en la compra de viviendas en España. 3. El control de precios en el alquiler de viviendas en España. 3.1 Ámbito estatal. 3.1.1 El control a las rentas iniciales. 3.1.2 Límites a los crecimientos anuales de las rentas. 3.2 Ámbito autonómico (esencialmente, Cataluña). 4. Límites. 5. Valoración de los mecanismos ensayados en el contexto español. Bibliografía.

1. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE PRECIOS DE LA VIVIENDA: CONTEXTO

En los contratos de compraventa y de arrendamiento de vivienda el precio es un elemento clave. Además de ser determinante en la decisión de concluir dichos contratos, su relación respecto de los otros precios en la economía y los salarios le hace ser también esencial para garantizar que todas las personas puedan acceder a una vivienda adecuada.

Los desequilibrios entre las partes implicadas en estos contratos y el hecho de que la vivienda es un bien esencial para el desarrollo de la persona, han supuesto que la limitación del precio en estos contratos se haya ensayado en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras restricciones. Así, según la realidad socioeconómica y los principios y políticas dominantes en cada momento histórico, regulaciones de carácter más liberal y otras con un cariz más intervencionista que de alguna manera han llegado a instaurar dicha limitación se han sucedido (1). Como no puede ser de otra manera, las medidas de carácter más intervencionista o garantista respecto de los derechos de la persona arrendataria o compradora se han desarrollado y justificado especialmente por contextos específicos o excepcionales (mercados tensionados debido a guerras, crisis económicas, sociales, ambientales, etc.), normalmente con la finalidad de facilitar el acceso a este bien a personas de rentas más bajas o vulnerables económicamente en momentos especialmente difíciles.

Esta es la realidad en la que nos encontramos desde hace algunos años: un contexto de crisis habitacional causado por numerosos factores (2) en el que la posibilidad de acceder a una vivienda digna y adecuada no es una realidad para toda la población y en el que el modelo de vivienda desarrollado en España durante las últimas décadas se ha revelado especialmente frágil e insuficiente (3). Todos estos factores han conllevado una profundización en el debate sobre la necesidad de reforzar las políticas públicas en materia de vivienda (4) y la aparición de distintas normas que, si bien hasta la fecha no han supuesto cambios sustanciales en cuanto a la solución de dicha crisis, sí que han tratado de dar más efectividad jurídica a este derecho fundamental. Entre ellas destaca la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, la primera norma adoptada en el ámbito estatal que busca dotar de más efectividad al derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución española.

---

(1) García Rubio, *RAAP*, 2022 p. 212.

(2) Recientemente se han experimentado fuertes aumentos de los precios de los contratos de compraventa y en la renta de los alquileres, especialmente en las áreas metropolitanas de Europa y Estados Unidos (la demanda ha crecido más que la oferta por distintos motivos: presiones demográficas, un mayor atractivo de la inversión en vivienda para dedicarla a alquiler en un contexto en el que las rentabilidades de la inversión en activos financieros se ha reducido, etc.), que no han venido aparejados de aumentos correlativos en los ingresos y que han supuesto una intensificación de las dificultades en el acceso a la vivienda residencial así como un significativo incremento del gasto en alquiler en la cesta del consumo de los hogares, como apuntan López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, p. 8.

(3) Quintiá Pastrana, *RDPTM*, 2022, p. 118; Noguera Fernández, 2022, p. 25.

(4) En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que este pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y estatales aplicables y que garanticen la igualdad de acceso para todas las personas a una vivienda digna.

En este contexto, las políticas de limitación del precio de los contratos –medidas mucho más controvertidas que otro tipo de limitaciones de tipo urbanístico o relativas a la limitación del tiempo de los contratos de arrendamiento– han resurgido, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico[5], por el atractivo que sus efectos inmediatos producen frente a los escasos costes que suponen, en principio, para la hacienda pública. El interés por el estudio de esta cuestión justifica el presente capítulo, que analizará, primero, las políticas de control de precios ensayadas en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la compra y con el alquiler de viviendas. El trabajo resumirá después los límites normativos que encuadra tanto la actuación del legislador como la de las Administraciones públicas en esta materia y finalizará con una valoración de los mecanismos de control de precios estudiados.

2. EL CONTROL DE PRECIOS EN LA COMPRA DE VIVIENDAS EN ESPAÑA

Generalmente se ha entendido que el desequilibrio entre partes presente en los contratos de arrendamiento de vivienda no se manifiesta con igual intensidad en los contratos de compraventa de las mismas. Así, con carácter general no se detectan medidas de intervención pública directa en el precio en el mercado libre de compraventa de viviendas.

Con todo, sí que forma parte en cierto modo de este tipo de medidas la fijación de los precios en las viviendas que tienen algún régimen de protección. Esto es, en relación con viviendas cuya provisión es responsabilidad de la Administración pública (tanto estatal, como autonómica o local) y que se encuentran dirigidas a facilitar el disfrute de una vivienda para personas con recursos económicos limitados. Esta medida, que ha sido, a su vez, la principal técnica a que se ha recurrido en España para articular la política de vivienda[6] se basa en la figura de la *vivienda de protección oficial*, también llamada de *protección pública* o *protegida*. Este sistema se articula mediante la provisión y calificación por parte de las Admi-

(5) Pese a que después se profundizará en esta cuestión (*vid.* apartado 4), debe tenerse en cuenta la distribución competencial en materia de vivienda. Así, de acuerdo con el artículo 148.1 CE, las CCAA podrán (como así han hecho) asumir las competencias en materia de vivienda. Por su parte, el Estado es competente para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, para adoptar la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las CCAA de los derechos civiles, forales o especiales preexistentes, y para establecer las bases y la coordinación general de la actividad económica, *ex* artículo 149.1 CE.

(6) Laffaire, y Tucat, 2021.

nistraciones Públicas de determinados inmuebles con unas características específicas (generalmente, con un límite máximo de 90 m^2 de superficie) a un precio limitado y regulado y atribuidas mediante sistemas que tienen en cuenta, generalmente, el nivel de ingresos y patrimonio familiar, el número de personas que componen la familia y la necesidad de vivienda. En la LDV, en relación con este tipo de viviendas, se distingue entre la vivienda social de titularidad pública y vivienda protegida de precio limitado, de iniciativa pública o privada(7).

3. EL CONTROL DE PRECIOS EN EL ALQUILER DE VIVIENDAS EN ESPAÑA

El control de la renta de los alquileres en España se ha dado históricamente en dos casos: mediante las políticas o programas conocidos como de alquiler social y en el mercado libre(8). Cuando hay una provisión pública de alquiler residencial (o para la construcción/rehabilitación de la vivienda se ha contado con algún beneficio de carácter público, bien sea subvención o ventaja fiscal o urbanística) y la aportación de los inquilinos se realiza a través de precios regulados (normalmente por debajo del precio de mercado), de acuerdo con lo analizado anteriormente respecto del control de precios en la compra de viviendas protegidas, no hay ningún tipo de discusión académica respecto de la aceptabilidad de este tipo de límites al precio de la renta.

En este sentido se enmarca, por ejemplo, la figura de la vivienda asequible incentivada que incorpora la LDV (art. 17). Se trata de un concepto nuevo que se suma a la vivienda protegida como mecanismo para incrementar la oferta de vivienda a precios asequibles. Se define en la LDV como aquella vivienda de titularidad privada, incluidas las entidades del tercer sector y de la economía social, a cuyo titular la Administración competente otorga beneficios de carácter urbanístico(9), fiscal, o de cual-

(7) Ponce Solé, 2023. De acuerdo con la LDV, la vivienda social de titularidad pública se ubica en suelo de titularidad pública y puede estar destinada al alquiler o cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También se entiende comprendida en esta clase de vivienda aquella cuyo suelo sea de titularidad pública y sobre el que constituya un derecho de superficie, una concesión administrativa o equivalente. Por su parte, la vivienda de precio limitado es aquella que se encuentra sujeta a limitaciones administrativas en los precios de venta y/o alquiler y que se destina a satisfacer la necesidad de vivienda permanente de personas u hogares que tengan dificultades de acceder a la vivienda en el mercado (art. 3 LDV).

(8) López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020.

(9) Respecto de estos el artículo 17.4 apunta que los instrumentos de ordenación urbanística «podrán promover la puesta en el mercado de viviendas en régimen de alquiler durante períodos de

quier otro tipo, a cambio de destinarlas a residencia habitual en régimen de alquiler a precios reducidos (esto es, a unos límites máximos de precios de alquiler –que en este caso la norma apunta que «serán proporcionales y ajustados a los beneficios públicos que obtenga, sean urbanísticos, fiscales, o de cualquier otro carácter»–), o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, de personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado.

Por su parte, cuando nos encontramos ante el mercado libre de arrendamientos de vivienda, la posición de desequilibrio que se da de manera natural entre las partes en los contratos ha exigido una intervención reforzada por parte del Estado[10]. Esta se ha dado históricamente en relación con numerosos aspectos de estos contratos, pese a sus efectos económicos tanto para las partes en el contrato como para la economía en general, como la fijación de la duración del contrato, las subrogaciones obligatorias, las causas de resolución o, la que importa a efectos de este trabajo, la fijación de la renta. Así, existen antecedentes que se remontan al siglo XVI en los que en el ordenamiento jurídico español se ha previsto una limitación de las rentas[11].

Centrando el análisis en las medidas adoptadas en el último siglo, se distingue por la doctrina entre controles de renta de primera generación, que se desarrollaron en los años 20 del siglo pasado y son aquellos con los que se establece un tope máximo a la renta inicial, y de segunda generación, que aparecieron en los años 70 y que se caracterizan por el establecimiento de límites a los crecimientos de las rentas del alquiler –se asocian, frecuentemente, a un índice que mide la evolución del coste de la vida, como por ejemplo el índice de precios de consumo–[12]. Ambos conforman las dos principales formas de control de renta ensayadas en el contexto comparado[13] y se pueden utilizar tanto por separado como de forma conjunta.

---

tiempo determinados y a precios asequibles permitiendo incrementos de edificabilidad o densidad o la asignación de nuevos usos a una vivienda o a un edificio de viviendas, incluidos en ámbitos delimitados al efecto».

(10) XERRI y MOLINA ROIG, *CEFLEGAL*, 2015, p. 75. GARCÍA RUBIO, *RAAP*, 2022, p. 199 apunta en este sentido que el contrato de arrendamiento de vivienda es un tipo de contrato claramente intervenido en defensa de los derechos de la parte más débil en la contratación, el arrendatario, como se ha constatado históricamente.

(11) GIFREU I FONT, 2020, p. 790. En este sentido, el Real Decreto de 21 de junio de 1920, que congeló las rentas a niveles anteriores a la primera guerra mundial, o el Real Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre por el que se aprobó el ya derogado Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

(12) Para un resumen de esta cuestión, véanse LÓPEZ-RODRÍGUEZ y DE LOS LLANOS MATEA, *BdE*, 2020, p. 12 ss. y ALGABA ROS, *InDret*, 2021.

(13) BOIX PALOP, 2025.

3.1 **Ámbito estatal**

3.1.1 *El control a las rentas iniciales*

Hasta la aprobación de la LDV, la LAU no establecía ningún límite a las rentas iniciales de los arrendamientos (control de primera generación). Esta norma simplemente preveía que la renta es la libremente pactada por las partes (art. 17)[(14)], de acuerdo también con el artículo 1255 CC.

Tras la incorporación de los cambios previstos por la LDV, la libertad de pactos en la fijación de la renta inicial de los contratos continúa siendo, en cualquier caso, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. Solo en determinados casos podrán las Administraciones competentes establecer limitaciones al precio inicial de los contratos de arrendamiento, de acuerdo con los nuevos apartados que la LDV incorpora al artículo 17 de la LAU con la finalidad de conceder a las Administraciones competentes los instrumentos necesarios para intervenir en el mercado y favorecer el equilibrio entre la oferta de vivienda y la necesidad de residencia habitual en las zonas definidas como de mercado residencial tensionado. Estas medidas (así como muchas otras que contiene la norma), como el mismo preámbulo de la LDV reconoce, ya se habían ensayado, de una u otra forma, en alguna ley autonómica[(15)]. Sin embargo, la declaración del TC relativa a la falta de incompetencia de las CCAA para introducir limitaciones de este tipo por contravenir las competencias previstas por el artículo 149.1.8 CE, relativas a la regulación básica en materia de obligaciones contractuales[(16)], exigía una norma estatal con rango de ley que *habilitase* a las CCAA a utilizar mecanismos de este tipo.

En relación con las previsiones de la LDV y la limitación de las rentas, es esencial el concepto de zona de mercado residencial tensionado. Y es que, entre las distintas previsiones de esta norma destaca la posibilidad de que las Administraciones competentes en materia de vivienda declaren, de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en su normativa reguladora y en el ámbito de sus respectivas competencias, zonas

(14) Aunque no sea una actualización, sino un aumento de la renta a abonar, también debe ser mencionado el artículo 19 LAU, que permite una subida de la renta por mejoras siempre que hayan transcurrido cinco o siete años de duración del contrato (según sea el arrendador persona física o jurídica). En este caso, como apunta Algaba Ros, *InDret*, 2021, la LAU no es tímida al acoger un límite concreto para la subida del veinte por ciento.

(15) En este caso, particularmente, en la legislación catalana, que se analiza en el apartado 3.1. Es precisamente la ausencia de regulación en otras CCAA, apunta el legislador «la que enfatiza la necesidad de establecer, precisamente por el Estado, unos mimbres legales comunes de aspectos tan esenciales y básicos para las políticas de protección del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada».

(16) SSTC 37/2022, de 10 de marzo, y 57/2022, de 7 de abril, que se analizan brevemente en los apartados siguientes.

de mercado residencial tensionado, con la finalidad de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente, inadecuada o inasequible de vivienda para la población, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales (art. 18.1 LDV).

La declaración de zonas de mercado residencial tensionado se debe de realizar por la Administración competente en materia de vivienda de conformidad con un conjunto de reglas (art. 18.2 a 4), entre las que destacan la necesidad de que (a) se tramite un procedimiento preparatorio dirigido a la obtención de información relacionada con la situación del mercado residencial en la zona, (b) se realice un trámite de información pública, (c) se motive la resolución del procedimiento de delimitación en una memoria en la que se justifiquen, con datos objetivos, las deficiencias o insuficiencias del mercado de vivienda en la zona para atender adecuadamente la demanda de vivienda habitual y a precio razonable según la situación socioeconómica de la población residente y las dinámicas demográficas, así como las particularidades y características de cada ámbito territorial[17] y (d) que esta declaración lo sea por tres años, pudiendo prorrogarse anualmente –sin aparentemente ningún tope temporal máximo–.

El principal efecto de la declaración es la necesaria redacción por la Administración de un plan específico en el que se propongan las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo[18]. Entre estas medidas se encuentra, evidentemente, la limitación del precio de nuevos contratos. Respecto de esta, la LDV establece que siempre que la vivienda se halle en

(17) Específicamente, la memoria a elaborar deberá encontrarse justificada en alguna de las circunstancias siguientes: a) que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares, o, b) que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del IPC de la CA correspondiente. Estas circunstancias, como establece la Disposición adicional tercera, deberán ser objeto de revisión a los tres años desde la entrada en vigor de la ley, para adecuarlos a la realidad y evolución del mercado residencial, con lo que nos encontramos aquí, como apunta Ponce Solé, 2024, p. 350, ante una *sunset clause*, un tipo de precepto poco utilizado en España pero habitual en otros sistemas jurídicos que somete la norma a una evaluación *ex post* que demuestre que su continuación es necesaria a la vista del resultado del análisis sobre su eficacia en el mundo real.

(18) Se prevé la posible colaboración del Gobierno estatal con la administración territorial competente a través de la elaboración de un programa específico para dichas zonas de mercado residencial tensionado, que habilitará al Estado para (1) promover fórmulas de colaboración con las administraciones competentes y con el sector privado para estimular la oferta de vivienda asequible en dicho ámbito y en su entorno, (2) diseñar y adoptar medidas de financiación específicas, (3) establecer medidas o ayudas públicas específicas adicionales dentro del plan estatal de vivienda vigente, y (4) favorecer el incremento de la oferta de vivienda social y asequible incentivada conforme a lo establecido en la disposición adicional segunda de la LDV (art. 18.5 y 6).

una zona que haya sido previamente declarada como de mercado residencial tensionado y se encuentre dentro del periodo de vigencia de la declaración se podrá limitar el precio de los nuevos contratos si (disposición final primera):

a) La vivienda sobre la que recae el nuevo contrato ha estado arrendada anteriormente. En este caso el precio máximo al que limita la LDV la renta pactada en el nuevo alquiler es la renta que ha estado vigente en los últimos cinco años del contrato anterior, aplicada la cláusula de actualización anual, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidos en el contrato anterior. Solo se permite que esta se incremente, más allá de lo que proceda de la aplicación de la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, en un máximo del 10 por ciento sobre la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, cuando se acredite, esencialmente, que la vivienda ha sido objeto de una actuación de rehabilitación, mejora energética o accesibilidad en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato o que el nuevo contrato de arrendamiento se firme por un periodo de diez o más años.

b) La arrendadora es una gran tenedora de vivienda. En este supuesto la renta pactada al inicio del nuevo contrato tampoco podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia[19]. Este se fijará según las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique, pudiendo desarrollarse reglamentariamente las bases metodológicas de dicho sistema y los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación.

c) La vivienda sobre la que recae el nuevo contrato no ha estado arrendada durante los cinco años previos. En este caso, se establece *a priori* la misma limitación de precios que en el caso anterior[20].

---

(19) Este sistema ha sido desarrollado mediante la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se determina el sistema de índices de precios de referencia a los efectos de lo establecido en el artículo 17.7 de la LAU y se encuentra accesible a través de la web https://serpavi.mivau.gob.es/.

(20) Se indica en la disposición final primera de la LDV que esta restricción podrá operar "siempre que así se recoja en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, al haberse justificado dicha aplicación en la declaración de la zona de mercado residencial tensionado". Entiendo que la resolución a la que se refiere esta disposición final es a la resolución trimestral que debe de aprobar trimestralmente el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para la aplicación de las medidas contenidas en esta ley, que como indica el artículo 18 LDV deberá recoger la relación de zonas de mercado residencial tensionado que hayan sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en dicho artículo.

Este régimen implica la obligación de que, cuando la vivienda que vaya a ser objeto de arrendamiento como vivienda habitual se encuentre ubicada en una zona de mercado residencial tensionado, la propietaria y, en su caso, la persona que intervenga en la intermediación en la operación, deberá indicar tal circunstancia e informar, con anterioridad a la formalización del arrendamiento, y en todo caso en el documento del contrato, de la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación (art. 31.3 LDV).

Respecto del concepto de gran tenedora de vivienda, este se define como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros (art. 3.k) de la LDV) [21]. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellas titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicadas en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa que acompañe a la propuesta de declaración de zona de mercado tensionado –como así se ha realizado, por ejemplo, en la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se publica la relación de zonas de mercado residencial tensionado que han sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en el artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en el primer trimestre de 2024, relativa a determinados municipios de Cataluña–.

En definitiva, con el sistema que introduce la LDV se prevén una serie de medidas que pueden suponer una limitación de la renta inicial de los contratos, pero cuya aplicación depende de la voluntad de cada comunidad autónoma, que decidirá sobre la declaración de una zona como tensionada (así como la unidad geográfica en la que se aplica, entre muchos otros elementos) con base en los criterios apuntados por la LDV. Asimismo, la norma establece ciertas diferencias entre las medidas limitativas de la renta, según la arrendataria sea una gran tenedora o no lo sea, esencialmente. Como era de esperar, estas diferencias, conjuntamente con las dificultades inherentes al sistema de control de precios que prevé la Ley y otros elementos de la norma como la imprecisión,

(21) Sobre la legitimidad de esta diferenciación, Parejo Alfonso, *PU*, 2023.

inadecuada técnica legislativa[22], arbitrariedad e injusticia[23], la incompetencia del legislador estatal para su introducción[24] o la escasa sensibilidad por las competencias, recursos y políticas públicas de los entes locales[25], además de las críticas que con carácter general se han hecho al potencial impacto económico de las medidas limitativas de precios, han supuesto evaluaciones y opiniones ciertamente negativas a la norma, pese a que desde posiciones más favorables a la intervención en este mercado la norma supone un paso en la protección de la arrendataria en estos contratos.

3.1.2 *Límites a los crecimientos anuales de las rentas*

Por su parte, las actualizaciones de esta renta (controles de segunda generación) sí que han sido objeto de una regulación más incisiva en el artículo 18 de la LAU de manera previa a la aprobación de la LDV[26]. Además, su redacción ha sido modificada en numerosas ocasiones. Así, si bien la redacción original de la LAU establecía que en los primeros cinco años del contrato la actualización operaría conforme al Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo (IPC) y, a partir de sexto año la actualización se regiría por lo pactado y en su defecto conforme al IPC, posteriormente esta previsión ha sido modificada por las siguientes normas:

– Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que establecía que la renta pactada se podía actualizar según pacto expreso entre las partes y, en defecto del mismo, conforme al IPC.

– Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que establecía que la renta se actualizaba conforme a lo previsto en pacto expreso y, en defecto del mismo, no se aplicaba ninguna revisión de renta a los contratos. Si se pactaba actualización, pero no se especificaba el índice, se aplicaba el índice de garantía de competitividad.

– RDLey 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: misma regulación establecida por la Ley 2/2015,

(22) Serra i Camús, 2024, p. 165; Cordobés Millán, 2024, y Bosch y López, 2022.

(23) Collado, Martínez y Galindo, 2021.

(24) Argelich Comelles, *THEMIS*, 2023.

(25) Ponce Solé, 2023, p. 15.

(26) Con la excepción de las actualizaciones en los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 m^2 o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda, que se regirán, de acuerdo con el artículo 4.2 LAU por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título II de LAU y de forma supletoria por las disposiciones del CC.

aunque añadió un párrafo de especial trascendencia pues limitaba las actualizaciones en caso de «renta reducida». Esto es, en determinados contratos cuyas rentas se encontrasen por debajo de las establecidas por la normativa correspondiente, limitaba los posibles incrementos producido como consecuencia de la actualización anual de la renta[27].

– RDLey 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: se mantiene la regulación de la Ley 2/2015 (no hay actualización anual salvo pacto expreso y, si se pacta actualización, pero no se detalla el índice o metodología de referencia, se hará conforme la variación anual del índice de garantía de competitividad) y se prevé como límite máximo al incremento producido como consecuencia de la actualización anual de la renta la variación del IPC.

Finalmente, la LDV ha introducido novedades también en cuanto a la actualización de la renta. Así, con carácter general ha incorporado una disposición adicional undécima en la LAU que prevé que el Instituto Nacional de Estadística definirá, «antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta ley, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento». Es discutible la técnica normativa de la reforma introducida, ya que (1) no modifica directamente el artículo 18 de la LAU, sino que introduce una disposición adicional a la misma, y (2) no establece si este índice de referencia sustituirá a las funciones que cumple el índice de garantía de competitividad o las que cumple el IPC en la actual versión del artículo 18 de la LAU.

Todas estas reformas legislativas que han afectado a la LAU contienen una disposición transitoria en virtud de la cual los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación[28]. Esto supone que en la actualidad convivan distintos regímenes jurídicos que son aplicables en los contratos actualmente vigentes dependiendo de la fecha de formalización de los contratos.

Además, este complejo escenario debe completarse con las medidas introducidas para paliar la situación derivada de la pandemia de la

(27) Norma de escasa vigencia al no ser convalidada por las Cortes, de acuerdo con la Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del RDLey 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que determinó la vuelta a la regulación fijada en la Ley 2/2015.

(28) Este es el motivo por el cual todavía continúan siendo de aplicación las normas previas a la LAU, que suponen la pervivencia de contratos conocidos como de «renta antigua», solo susceptibles de ser actualizados conforme al IPC.

COVID-19, primero, y de las consecuencias económicas de la guerra de Ucrania, después[29]. Pese a que, teóricamente, su incorporación era temporal y excepcional, la realidad es que ambas se han extendido en el tiempo de manera considerable.

Me refiero, en primer lugar, al RDLey 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[30]. Esta norma estableció una serie de preceptos que buscaban paliar los efectos de la pandemia y, entre ellos, preveía para las arrendatarias en situación de vulnerabilidad económica la posibilidad de reducir o prorrogar la obligación de pagar el precio mensual acordado durante un plazo de cuatro meses como máximo en caso de que la arrendadora fuese una gran tenedora –cuya definición aquí es muy similar a la que luego introdujo la LDV– o una empresa o entidad pública de vivienda (art. 4). Esta medida fue posteriormente objeto de revisión y actualización por diversas normas jurídicas posteriores[31], que extendieron la posibilidad de solicitar esta reducción o prórroga hasta el 28 de febrero de 2022.

Posteriormente el RDLey 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, introdujo una «limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda» (art. 46). La incorporación de esta medida respondía, esencialmente, a un crecimiento elevado del IPC, cuya evolución, indica el ejecutivo en el preámbulo de la norma, «obedece a elementos del contexto nacional e internacional que son ajenos al ámbito de la vivienda» y que podía exacerbar la situación de desigualdad entre las partes del contrato.

Específicamente, la norma limitaba el incremento de la renta durante el año 2022 a la aplicación de la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad (que ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad que el IPC) a fecha de dicha actualización en el caso de que la arrendadora fuera una gran tenedora (y, en caso de que no lo fuera, lo establecía para el caso de que no hubiera un nuevo pacto entre las partes relativo a dicha actualización). Esta medida también fue objeto de revisión y exten-

(29) Para un análisis de las situaciones extraordinarias del COVID-19 y la guerra de Ucrania, así como de sus consecuencias jurídicas, García Rubio, RAAP, 2022, p. 181 ss.

(30) Cuyo plazo para solicitar la moratoria o condonación parcial de la deuda fue ampliado hasta el 31 de marzo de 2021, cuando el arrendador sea un gran tenedor o una entidad pública, por el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

(31) RDLey 16/2020, de 28 de abril; 26/2020, de 7 de julio; 30/2020, de 29 de septiembre; 2/2021, de 26 de enero; 8/2021, de 4 de mayo; 16/2021, de 3 de agosto, y Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

sión primero a la anualidad de 2023[32] y después, a la de 2024 mediante la LDV (como así se prevé su disposición final sexta, que cambia el límite máximo en la actualización anual de la renta al 3 por ciento de incremento anual para esa anualidad).

3.2 **Ámbito autonómico (esencialmente, Cataluña)**

Con carácter general, pese a que la misma CE prevé entre las competencias a asumir por parte de las CCAA la de vivienda (como así lo han hecho todos los Estatutos de autonomía adoptados), el legislador autonómico no ha introducido hasta fechas recientes normativas especialmente innovadoras en relación con el control del precio de los arrendamientos. Además de por la general falta de interés en introducir propuestas originales en este ámbito, la reserva de competencias para el Estado en el establecimiento de la legislación civil que prevé el artículo 149.1.8 CE[33] ha supuesto, seguramente, un freno para cualquier desarrollo normativo. Precisamente, esta ha sido la razón por la cual las dos únicas normas que han intentado limitar los precios de los contratos de arrendamiento en el contexto autonómico han sido declaradas parcialmente inconstitucionales por el TC.

Me refiero al DLey 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña en el ámbito de la prenda, y la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015, y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda[34]. Con estas normas el legislador catalán fue un paso más allá de lo que preveía la legislación estatal (y autonómica) del momento e incorporó una serie de medidas dirigidas a limitar las rentas de los arrendamientos de vivienda en determinadas zonas declaradas como de mercado tenso en la línea de los sistemas jurídicos de nuestro entorno comparado (arts. 6 a 13 de la Ley 11/2020[35]). Estos textos son de gran importancia en la medida en que inician en el contexto español el debate sobre la necesidad de limitar los precios y también abren paso al desa-

(32) RDLey 11/2022, de 25 de junio, y 20/2022, de 27 de diciembre.

(33) Para un análisis de los conflictos competenciales en la materia *vid.* el apartado 4 de este trabajo.

(34) La Ley recoge, con algunas modificaciones menores, las medidas previstas por el RD-Ley 9/2019, ampliando sus efectos para así poder atender y dar una respuesta más inmediata (simplificando determinados procedimientos, ya que declara *ex lege* y de forma transitoria determinados municipios como áreas con mercado de vivienda tenso) a la situación de emergencia habitacional que se da como consecuencia de los efectos económicos derivados de la pandemia del COVID-19.

(35) Boix Palop, 2025.

rrollo normativo estatal previsto en la LDV, que se basará en su redacción en la norma catalana en relación con numerosos aspectos (especialmente, los relativos a la limitación de las rentas en los contratos de arrendamientos).

La regulación prevista en estas normas permitía a la Administración calificar ciertas zonas del territorio como áreas con mercado tenso de vivienda y sujetar los contratos de arrendamiento que se concluían en dicha zona a un régimen de contención de las rentas, por medio de la aplicación de un índice de referencia de precios de alquiler de viviendas (36). Es decir, a los contratos arrendamiento a los que eran aplicables las leyes indicadas, la renta inicial no podía sobrepasar el precio de referencia para el alquiler de una vivienda de características análogas, incrementado o minorado, como máximo, en un cinco por ciento (37), ni la renta consignada en el último contrato de arrendamiento, actualizada de acuerdo con el índice de garantía de competitividad, si la vivienda afectada se había arrendado en los cinco años anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley (arts. 6 y 7).

Su aplicación no era generalizada en todo el territorio catalán, sino que sino que dependía de la calificación de ciertas zonas del territorio como áreas de mercado tensas (38); en el tiempo, ya que el periodo de establecimiento máximo de estas limitaciones era de cinco años, ni tampoco a todos los contratos de arrendamiento, ya que había determinadas exclusiones en el ámbito de aplicación de la norma (p. ej., contratos concluidos antes de su entrada en vigor). Además, el régimen de contención de rentas se flexibilizaba en los contratos de alquiler de viviendas de obra nueva y en los contratos que resultasen de un proceso de gran rehabilitación.

Las normas recibieron valoraciones encontradas. Así, hay quienes entendieron que estas normas eran muy positivas y un paso adelante en la protección de la arrendataria en nuestro contexto normativo (39) y quienes criticaron rápidamente sus efectos antieconómicos (40). Con todo, como se ha indicado al principio de este epígrafe, tan solo se aplicaron durante un breve lapso de tiempo como consecuencia de su declaración parcial de inconstitucionalidad –que afecta especialmente los preceptos aquí analiza-

(36) El índice informa de la media de precio por metro cuadrado del arrendamiento de viviendas en una ubicación y con una superficie concretas y de los márgenes de precio superior e inferior resultantes de la ponderación de varias características de la vivienda (año de construcción, estado de conservación, eficiencia energética, ascensor, mobiliario, anexos). Este índice es criticado por Algaba Ros, *InDret*, 2021, p. 76, por estar basado en el precio de mercado y servir tanto como de parámetro para que la zona sea declarada de mercado tensa, como de parámetro para la contención de dicha tensión.

(37) El Índice de Precios de Referencia catalán se introdujo mediante el DLey 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.

(38) Sea por la propia Ley, que incorpora un listado de municipios, sea en el futuro, mediante el procedimiento previsto por parte de distintas Administraciones que están legalmente habilitadas a ello.

(39) Algaba Ros, *InDret*, 2021, y Aparicio Wilhelmi, 2022.

(40) Nasarre Aznar, *Hay Derecho*, 2020, y García Montalvo, *IEE*, 2022.

dos– por las SSTC 37/2022, de 10 de marzo, y 57/2022, de 7 de abril, por considerar que las normas invadían las competencias estatales del artículo 149.1.8 CE en relación con la regulación básica estatal en materia de obligaciones contractuales.

4. LÍMITES

En el marco de los debates que se han producido en torno a las distintas normas aquí analizadas sobresalen una serie de cuestiones relacionadas con los límites que existen en nuestro ordenamiento jurídico y que enmarcan la actuación de las Administraciones y del legislador a la hora de intervenir en el mercado de la vivienda.

En cuanto a la actuación del legislador en el contexto español encontramos dos principales límites: el competencial y el material. Respecto del primero, la regulación de la vivienda, como ya se ha dicho, es de competencia autonómica, al ser esta una competencia exclusiva de las CCAA. Las CCAA tendrán por tanto competencia para definir las políticas de vivienda y delimitar así la función social de la propiedad[41]. Sin embargo, en relación con la limitación de los precios de la vivienda esta competencia debe conciliarse con el hecho de que el Estado tiene reservada la competencia exclusiva sobre la legislación civil (y la de la regulación del estatuto de la propiedad inmobiliaria), como así ha confirmado el TC en relación con la regulación catalana de limitación del precio del alquiler apuntada en el apartado anterior[42], al entender que esta regulación interfería en las competencias estatales para determinar las bases de las obligaciones contractuales, interpretadas en relación con los principios de unidad de mercado y de planificación general de la actividad económica (STC 37/2022, FJ 4.c)[43]. Entender prevalente esta competencia,

(41) Como analiza Boix Palop, 2024, tras una serie de sentencias que debilitaban esta competencia, la capacidad de las CCAA de definir la función social de la vivienda en sus normas y regular de manera incisiva la cuestión, siempre y cuando respeten materialmente los límites constitucionales, vuelve a ser hoy una realidad en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TC que el mismo analiza.

(42) SSTC 37/2022, de 10 de marzo (ECLI: ES: TC:2022:37), y 57/2022, de 7 de abril (ECLI: ES: TC:2022:57).

(43) Sí entiende constitucionales los preceptos que configuran la declaración de zonas de mercado tenso y del índice catalán de referencia, con lo que el TC reconoce un ámbito autonómico para adaptar la regulación estatal, conforme apunta Quintiá Pastrana, *RDPTM*, 2022. Previamente, como indica García Rubio, *RAAP*, 2022, p. 177, la STC 132/2019, de 13 de noviembre (ECLI: ES: TC:2019:132), permitió extender la competencia de las CCAA que pueden legislar en materia civil a instituciones civiles no preexistentes en el ordenamiento respectivo siempre que tuvieran alguna conexión con el mismo, pero advirtió también de la necesidad de respetar la competencia estatal para

frente a los intentos autonómicos de desarrollar la función social de la vivienda, condiciona en la práctica la intervención en materia habitacional[44], y no es una cuestión aceptada pacíficamente por la doctrina[45].

En cualquier caso, la interpretación que prevalece tras las sentencias constitucionales exige conciliar ambas competencias en relación con los sistemas de control de precios de la vivienda, pero requiere una ley estatal que habilite a las CCAA a fijarlos. Por eso, la ley estatal solo deberá de establecer unos mimbres no demasiado exhaustivos ni taxativos para que, de acuerdo con la competencia exclusiva en vivienda que las CCAA ostentan, estas pudieran desarrollar dicha legislación y adaptarla al contexto autonómico, además de ejecutarla y aplicarla. Es así como, además, se pronuncia el TC en Sentencia 79/2024, de 21 de mayo, sobre la LDV, que declara inconstitucionales determinados preceptos de la misma (básicamente los que regulaban el régimen de viviendas protegidas, las obligaciones de colaboración de grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado, finalidad y financiación de los parques públicos de vivienda y el régimen transitorio de las viviendas de protección pública previamente calificadas) por exceso competencial, al ser estos preceptos demasiado taxativos y exhaustivos e invadir la competencia autonómica en vivienda.

En cuanto al límite material que encontrarían dichas normas, su desarrollo enfrenta el derecho de propiedad (art. 33 CE) al de la vivienda (art. 47 CE), cuya concepción como derecho fundamental (pese a su ubicación sistemática en la Constitución) se encuentra amparada por las normas internacionales y europeas y la jurisprudencia que las ha interpretado[46]. Así, en España es plenamente legítima la delimitación del derecho de propiedad y el establecimiento de limitaciones, cargas y ablaciones

---

dictar las bases de las obligaciones contractuales, que han de ser entendidas como «*una garantía estructural del mercado único*».

(44) Quintiá Pastrana, *RDPTM*, 2022, p. 129. En este sentido también, Boix Palop, 2024, critica la jurisprudencia del TC en relación con las distintas normas adoptadas por las CCAA, en tanto que limitaba la efectiva capacidad de estas para hacer política sobre vivienda y condicionaba y reducía las posibilidades autonómicas de delimitar la función social de la vivienda.

(45) Así, respecto de la normativa catalana, Ponce Solé, *Hay Derecho,* 2020, ha afirmado que «podría sostenerse que la ley catalana no violaría ninguna supuesta condición básica estatal de libertad de pactos absoluta, sino que desarrollaría, en ejercicio legítimo de su competencia respecto de las obligaciones contractuales (art. 129 del Estatuto de Autonomía vigente), ese otro elemento básico inescindiblemente unido: la limitación de la libertad de pactos, en garantía de otros derechos y principios constitucionales y del interés general».

(46) Boix Palop, 2024, p. 4. En este sentido, además de su reconocimiento en la DUDH (art. 25.1) el TJUE ha calificado la vivienda de derecho fundamental en Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, *Monika Kušionová contra SMART Capital, SA*, ap. 65 (ECLI: EU: C:2014:2189). Con todo, el TC se resiste a considerarlo en ocasiones como tal, relegándolo a la posición de mero principio rector de la política social y económica, como así lo ha hecho en la STC 32/2019, de 28 de febrero. Sobre la doctrina y de la revitalización del derecho a la vivienda, especialmente en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, Quintiá Pastrana, *RDPTM*, 2022, pp. 122 ss.

al estatuto jurídico de la propiedad con la finalidad de asegurar intereses colectivos y generales constitucionalmente relevantes (siempre que se cumplan una serie de mínimos)[47] como lo es la protección y el acceso a una vivienda adecuada.

En este sentido, el TC ha fijado como parámetro para determinar la constitucionalidad en caso de intervención legislativa en la propiedad que ésta no suponga por sí misma la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos ni *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado[48]. Por esto se entiende que, en relación con la regulación de los arrendamientos, serían factibles medidas que implicasen una limitación para favorecer el derecho a la vivienda, siempre que no supusieran vaciar de utilidad económica el bien arrendado[49] y fueran proporcionadas en el sentido de «no sobrepasar el equilibrio justo o relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida»[50]. De igual forma, el TEDH ha identificado el contenido esencial de este derecho con una renta que exceda los costes de mantenimiento de la vivienda (es decir, con la que la propietaria pueda obtener una rentabilidad económica del arrendamiento)[51] y ha aceptado diferencias de trato entre arrendatarios en las regulaciones que fijan tipos de rentas máximas cuando estas diferencias se justifican en facilitar a personas con menos recursos económicos el acceso a una vivienda a un precio razonable[52]. Así, ha permitido delimitaciones del derecho de propiedad que guarden un equilibrio justo entre los fines de interés general perseguidos y los derechos individuales siempre que vengan previstas por una norma con

(47) Boix Palop, 2024, p. 5.

(48) Específicamente, la STC 89/1994, de 17 de marzo (ECLI: ES: TC:1994:89), establece que la prórroga forzosa de los arrendamientos no supone la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado ni la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad, sino que la limitación de dicho derecho descansa en la función social de la propiedad regulada en el propio artículo 33.3 de la CE y en la necesidad de satisfacer el derecho a una vivienda digna y adecuada regulada en el artículo 47 de la CE. En este sentido también, la STC 37/1987, de 26 de marzo (ECLI: ES: TC:1987:37).

(49) Algaba Ros, *InDret*, 2021.

(50) Ha aplicado por tanto el TC un principio de proporcionalidad debilitado, «teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones» (SSTC 16/2018, de 22 de febrero, ECLI:ES:TC:2018:16, y 32/2018, de 12 de abril, ECLI:ES:TC:2018:32). Critica este canon debilitado Rodríguez de Santiago, *Almacén de Derecho*, 2018, y apunta García Rubio, *RAAP*, 2022, p. 214 que el hecho de que las medidas que limitan el precio de mercado del uso de un bien afecten al núcleo duro de la utilidad individual parecería exigir un control estricto de su proporcionalidad.

(51) SSTEDH de 19 de junio de 2006, asunto *Hutten-Czapska contra Polonia*, y de 28 de febrero de 2014, asunto *Bittó y otros contra Eslovaquia*.

(52) Con todo, el TEDH ha restringido la aceptabilidad de estas medidas cuando privan a los propietarios de su «derecho a obtener beneficios de su propiedad» (STEDH de 19 de junio de 2006, asunto *Hutten-Czapska contra Polonia*).

rango de ley, persigan intereses generales y de política social y sean proporcionadas [53].

Finalmente, respecto de los límites que deberá respetar la Administración pública, además de los que ya se han indicado en relación con el legislador, encontramos básicamente el de legalidad. Así, cualquier intervención administrativa en los precios exigirá de una norma con rango legal que habilite a la Administración a actuar, en la medida en que incide en aspectos de la economía de mercado y del derecho de propiedad previstos por los artículos 38 y 33 CE [54].

En definitiva, la limitación de rentas será aceptable siempre que se establezca por una norma con rango de ley, se encuentre motivada y respaldada por una razón interés general, sea proporcionada, en el sentido de guardar las medidas relación con la situación sobre la que se busca actuar –por ejemplo, que sean medidas que no se apliquen con carácter general, sino tan solo en ámbitos especialmente sensibles, que sean modulables según la situación, y que se adapten fácilmente a los cambios del mercado de la vivienda–, y que respete en cualquier caso el contenido esencial de la utilidad económica del derecho de propiedad (cubra los gastos de mantenimiento).

5. VALORACIÓN DE LOS MECANISMOS ENSAYADOS EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

Tras el cambio político en el gobierno estatal de 2018 ha habido también una transformación en las políticas de intervención en el mercado de la vivienda, en la línea de la senda marcada previamente por la legislación catalana. A estos cambios cabe sumar la mayor sensibilidad hacia el derecho de la vivienda que se observa en el TC, más en la línea de los tribunales internacionales, que ha afianzado estas políticas (al menos, en relación con el ejercicio de competencias estatales). Así, las crisis del COVID-19, primero, y la económica derivada de la guerra de Ucrania, después, conjuntamente con una situación previa de crisis habitacional, han justificado en el contexto español una mayor intervención en defensa del derecho a la vivienda, como así se plasma en el texto de la LDV.

En relación con la materia objeto de este estudio, la norma prevé para el territorio español (aunque con la necesaria activación del mecanismo por parte de los gobiernos autonómicos) la posibilidad de que en determi-

(53) STEDH de 10 de enero de 2017, asunto *Meciar y Otros contra Eslovaquia*.

(54) Para un estudio acerca de la potestad de ordenación de precios, véase García Rubio, *RAAP*, 2022, p. 167 ss.

nadas áreas saturadas se intervenga en la regulación de precios del alquiler. Con todo, puede decirse que esta es todavía una propuesta tímida, tomando en consideración la situación de desequilibrio existente, los sistemas ensayados en nuestro entorno comparado y las posibilidades que nuestro sistema constitucional permite (por ejemplo, dotar de más autonomía a los entes locales para activar mecanismos como los de las áreas tensionadas –que bajo la LDV dependen para su activación de la voluntad del gobierno autonómico–, aplicar regímenes transitorios más incisivos con los contratos vigentes, establecer marcos normativos más complejos y que se adapten mejor a cada caso, prever medidas conexas que palien los efectos adversos de la aplicación de estas normas, etc.)[55]. Y es que, pese a las posibilidades que brinda la LDV, la realidad es que tras un año de vigencia de la misma (en el que la situación de emergencia habitacional no ha mejorado) solo Cataluña ha declarado ámbitos territoriales como zona de mercado residencial tensionado[56].

Esto puede explicarse por el hecho de que, con carácter general, las políticas de este tipo son difíciles de aplicar y se enfrentan a retos de diseño e implementación relevantes[57]. Así, López-Rodríguez y de los Llanos Matea destacan[58]: (1) las dificultades para definir de manera objetiva qué se considera una vivienda equiparable a partir de la que construir precios de referencia en una zona regulada, (2) la consideración de qué se considera un mercado de alquiler de vivienda tensionado, (3) la arbitrariedad tanto en el establecimiento de umbrales en los precios del alquiler como en las metodologías utilizadas para fijar los límites a los niveles y a las tasas de crecimiento de los precios del alquiler, y (4) la dificultad administrativa de controlar la aplicación de la normativa y el coste que supone el cumplimiento efectivo de las regulaciones y la introducción de sanciones.

Asimismo, en el diseño de las políticas públicas de intervención en los precios de la vivienda debe de tenerse en cuenta que estos mecanismos se han criticado en términos económicos. Y es que, en general, los análisis económicos tanto teóricos como empíricos han evidenciado efectos negativos para el bienestar social en términos absolutos como consecuencia de las ineficiencias económicas que generan este tipo de normas (desincenti-

(55) Xerri y Molina Roig, *CEFLEGAL*, 2015, apuntan que esto sucede, por ejemplo, en Alemania, que mantiene los controles de renta para las familias mientras dispone de subsidios atractivos y reducciones fiscales para las grandes propietarias.

(56) Véase, al respecto, la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se publica la relación de zonas de mercado residencial tensionado que han sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en el artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en el primer trimestre de 2024.

(57) López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, p. 24.

(58) López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, p. 24. También señalan similares elementos Xerri y Molina Roig, *CEFLEGAL*, 2015, p. 82.

vos para la construcción, compra o volumen de oferta de propiedades destinadas al alquiler, deterioro de las viviendas en alquiler, incrementos en los requisitos solicitados a los arrendatarios, que la oferta disponible se asigne mediante criterios distintos del precio, potencialmente discriminatorios fomento de la economía sumergida, entre otros)[59]. Sin embargo, además de gozar de una relativa vitalidad en nuestro entorno comparado, también se asocian a una mayor redistribución de la riqueza, a una mayor seguridad en la tenencia y un mayor equilibrio de poder entre las partes, a una disminución del coste para el Estado en las políticas de vivienda, a disminuciones del precio de los alquileres[60] y a un efecto desincentivador de la inversión especulativa en vivienda[61]. Además, en casos de mercados de alquiler poco competitivos y en los que las políticas están específicamente orientadas a favorecer a arrendatarias con un menor nivel de renta, las ganancias de bienestar social pueden ser mayores[62]. La multitud de factores concurrentes, que supone siempre lecturas encontradas de estas normas, parece ser también la conclusión que se obtiene de los primeros análisis realizados en el contexto catalán, en los que los estudios apuntan a una reducción del precio de la renta en las áreas controladas[63], aunque también apuntan a una reducción de la oferta de viviendas[64].

BIBLIOGRAFÍA

Algaba Ros, S., «El control de la renta en el arrendamiento de vivienda», *InDret*, 2021, pp. 46-86.

Aparicio Wilhelmi, M., «La vivienda como derecho y la limitación de la propiedad privada y del mercado: comentarios a propósito de la ley catalana 11/2020 de contención de precios del alquiler», en Noguera Fernández, A. (Coord.), *Regular los alquilares. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, València, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 15-55.

Argelich Comelles, C., «La nueva Ley por el derecho a la vivienda de España en el contexto europeo: Debilidades y fortalezas», *THEMIS Revista De Derecho*, 83, 2023, pp. 107-119.

(59) Para una revisión de la bibliografía al respecto, véanse Gómez López, 2023, López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, p. 20-22.

(60) Xerri y Molina Roig, *CEFLEGAL*, 2015, y Cabrilla Rodríguez, 2019.

(61) Aparicio Wilhelmi, 2022, p. 86.

(62) En este sentido, Gómez López, 2023, p. 4, López-Rodríguez y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, p. 20-22, quienes además apuntan a las externalidades positivas asociadas a la acumulación de capital social en una comunidad por parte de los hogares que pueden suponer este tipo de normas.

(63) Bosch, y López, 2022.

(64) Montalvo, Monras, y Raya, 2023.

Boix Palop, A., *La propiedad obliga, pero no ahoga (Limitación y delimitación del derecho de propiedad para la consecución de finalidades sociales y sus límites constitucionales)*, Ponencia presentada en el XXII Seminario de Teoría y Método del Derecho Público [Universidad de Huelva], 31 de mayo de 2024), 2024.

— «Los sistemas de control de precios de la vivienda de alquiler en el entorno comparado», en esta misma obra, 2025, pp. 2161-2185.

Bosch, J., y López J., «Impacto de la Ley 11/2020 en el mercado del alquiler en la demarcación de Barcelona», *Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona*, julio de 2022, accesible en https://www.ohb.cat/wp-content/uploads/2022/07/O22015_LAB_Control-lloguer_avenc_v_ampliada_Informe-v. CAST_.pdf.

Cabrilla Rodríguez, F., «Arrendamientos urbanos: la vieja historia se repite», *El notario del s. xxi*, 86, 2019, pp. 1-4.

Collado, N.; Martínez A., y Galindo J., «La nueva ley para regular el alquilar en España: Una primera valoración», *Nada es Gratis*, 25 de octubre de 2021, disponible en https://nadaesgratis.es/admin/la-nueva-ley-para-regular-el-alquiler-en-espana-una-primera-valoracion.

Cordobés Millán, E., «Llei 12/2023, de 24 de maig, pel Dret a l'Habitatge: afectació als contractes d'arrendament d'habitatge i novetats de 2024 sobre declaració de ZMRT i índex de preus de lloguer», en Arnaiz Ramos, R. (Dir.), Vázquez Albert, D., y Ponce Solé, J. (Coords.), *La ley por el Derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 191-226.

García Rubio, F., «La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquilares de vivienda mediante decreto-ley», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 59, 2022, pp. 164-234.

García-Montalvo, J., «Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de vivienda», *Revista del IEE*, 3, 2022, pp. 155-162.

García-Montalvo, J.; Monras, J., y Raya, J. M., «Los efectos de la limitación de precios de los alquileres en Cataluña», *EsadeEcPol*, 9 de febrero de 2023, disponible en https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/los-efectos-de-la-limitacion-de-precios-de-los-alquileres-en-cataluna/.

Gifreu i Font, J., «Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos citadinos o un derecho independiente?», en Barrero Rodríguez, C., Socías Camacho J. M. (Coords.), *La ciudad del siglo xxi. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*, INAP, 2020.

— «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 230, 2023, pp. 61-98.

Gómez López, E., «Desmontando las políticas públicas en el sector de la vivienda en la España del siglo xxi: una perspectiva de las externalidades negativas que pueden llegar a tener las ayudas», *REVISTA PROCESOS DE MERCADO*, *20*(1), 28, 2023.

Laffaire, M., y Tucat, P., *Políticas de oferta para mejorar el acceso a la vivienda de alquiler en España*, ESADE: Serie Ciudades, 2021.

López-Rodríguez, D., y Llanos Matea, M. de los, «La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional», *Banco de España. Documentos Ocasionales núm. 2002*, 2020, pp. 1-52.

Nasarre Aznar, S., «El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos», *Hay Derecho*, 28 de octubre de 2020, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/10/28/control-renta-arrendamientos-urbanos-vivienda-cataluna-riesgo-excluir/.

Noguera Fernández, A., «Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», en Noguera Fernández, A. (Coord.), *Regular los alquilares. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, pp. 15-55, València, Tirant lo Blanch.

Parejo Alfonso, L., 2023, «Vivienda y urbanismo, mercado tensionado y acción de las Administraciones Públicas», *Práctica Urbanística: La nueva Ley de vivienda a debate*, 1, 2023.

Ponce Solé, J., «*¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I)*», *Hay Derecho*, 3 de octubre de 2020, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/10/03/es-constitucional-la-ley-catalana-que-limita-el-precio-de-los-alquileres-i/.

— «*Estudio de las novedades jurídicas de la Ley Estatal 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*», *Hay Derecho*, mayo de 2023, disponible en https://www.hayderecho.com/wp-content/uploads/2023/05/Las-novedades-de-la-ley-estatal-jponce.pdf.

— «Zones de mercat residencial tensat en la nova llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge», en Arnaiz Ramos, R. (Dir.), Vázquez Albert, D., y Ponce Solé, J. (Coords.), *La ley por el Derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 339-360.

Quintiá Pastrana, A., «Más allá del artículo 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», Revista de Derecho Público: Teoría y método, 6, 2022, pp. 115-153.

Rodríguez de Santiago, J. M., «Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2018, disponible en https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada.

Serra i Camús, M.,«Grans tenidors i copropietat», en Arnaiz Ramos, R. (Dir.), Vázquez Albert, D., y Ponce Solé, J. (Coords.), *La ley por el Derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 163-178.

Xerri, K., y Molina Roig, E., «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», *CEFLEGAL*, 178, 2015, pp. 41-86.

B.3 Los sistemas de control de precios de la vivienda de alquiler en el entorno comparado*

Andrés Boix Palop
Profesor de Derecho administrativo
Universitat de València
Andres.Boix@uv.es

Resumen: *Los sistemas de control de precios de la vivienda en alquiler tienen, tanto en Europa como en otros países de nuestro entorno comparado (señaladamente Estados Unidos) una larga tradición. Al igual que ocurrió en España, en distintas formas y modalidades, fueron frecuentes a lo largo del siglo XX, para ser paulatinamente eliminados en algunos países en el último cuarto del siglo pasado en medio de críticas generalizadas a sus efectos económicos y al régimen de incentivos que generaban. Ello no obstante, su desaparición nunca fue completa y han reaparecido e incluso se han extendido, como también ha ocurrido en España, en las primeras*

* El presente trabajo se enmarca en las actividades de investigación realizadas como miembro del grupo de investigación REGULATION UV y en el Proyecto de Generación de Conocimiento 2024-2026 «La planificación administrativa» (PID2023-152781NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).

décadas del siglo XXI, al albur de la crisis económica y de acceso a la vivienda más o menos generalizada que sufren las economías occidentales desde hace años. En este trabajo, además de esta evolución, se estudian los nuevos modelos comparados de control de las rentas de alquiler, que presentan características levemente diferenciadas a los más tradicionales, centrándonos en la explicación del funcionamiento de los dos más señalados de nuestro entorno, y que más significación e importancia comparada tienen (también a la hora de condicionar el debate público en España sobre esta cuestión y de generar ejemplos que pueden ser imitados): los casos francés y alemán.

Palabras clave: *Control de precios, vivienda, arrendamientos, Francia, Alemania.*

Abstract: *Price control systems for rental housing have a long tradition, both in Europe and in other countries in our comparative environment (especially, in the United States). As occurred in Spain, in different forms and modalities, they were frequent throughout the 20th century, to be gradually eliminated in some countries in the last quarter of the past century amid widespread criticism of their economic effects and the incentives they generated. However, their disappearance was never complete and they have reappeared and even spread, as has also occurred in Spain, in the first decades of the 21st century, at the mercy of the economic crisis and the more or less generalised crisis of access to housing that Western economies have been suffering for years. In this chapter, in addition to this evolution, we study the new comparative models of rent control, which present slightly different characteristics to the more traditional ones, focusing on the explanation of the functioning of the two most important ones in our environment, and which have the greatest comparative significance and importance (also in terms of conditioning the public debate in Spain on this issue and generating examples that can be imitated): the French and German cases.*

Keywords: *Price control, housing, rentals, France, Germany.*

Sumario: 1. Los sistemas de control de precios de la vivienda en alquiler: evolución histórica y pervivencia. 2. Principales ventajas e inconvenientes señaladas doctrinalmente respecto de los efectos de los sistemas de control de precios del alquiler. 3. El control de precios en el alquiler de viviendas en nuestro entorno comparado. 3.1 Experiencias comparadas en EEUU y Europa. 3.2 Francia. 3.3 Alemania. 4. Enseñanzas y conclusiones derivadas de las experiencias comparadas. Bibliografía.

1. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE PRECIOS DE LA VIVIENDA EN ALQUILER: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y PERVIVENCIA

Los sistemas de control de precios de la vivienda en alquiler tienen, tanto en Europa como en otros países de nuestro entorno comparado (señaladamente Estados Unidos) una larga tradición. La lógica que los justificaba es fácil de entender, en la medida en que se ha tendido a considerar que los contratos de alquiler, más allá de un ejercicio de autonomía de voluntad, eran también consecuencia de la necesidad de acceso a un bien absolutamente básico (la vivienda, cuyo disfrute es a día de hoy considerado ya un derecho fundamental en Europa) [1] por parte de personas que en muchos casos estaban en una situación de desequilibrio frente a los arrendadores, propietarios de bienes inmuebles normalmente en mejor situación socioeconómica. Así, podemos encontrar modelos más o menos intervencionistas [2] que ni siquiera se vinculaban inicialmente a la función social de la propiedad o las posibilidades de regulación jurídica del haz de derechos y deberes de los propietarios con vistas a concretar esos objetivos y finalidades públicas [3], sino meramente como mecanismos de Derecho privado destinados a enmarcar estos contratos de manera que esos desequilibrios estructurales no produjeran consecuencias demasiado acusadas perjudiciales para los arrendadores y, más en general, para el conjunto de la sociedad y de la economía.

Al igual que ocurrió en España, estos controles, en distintas formas y modalidades, fueron frecuentes a lo largo del siglo XX, para ser paulatinamente eliminados en algunos países en el último cuarto del siglo pasado en medio de críticas generalizadas a sus efectos económicos y al régimen de incentivos que generaban. En concreto, los contextos de crisis económica, períodos de alta inflación, tiempos de posguerra particularmente difíciles en lo económico y social y donde además eran necesarios mecanismos de estabilización social vieron la aparición de muchos de estos mecanismos, del mismo modo que pasó en nuestro país desde el inicio de la crisis de entreguerras, prolongándose durante la larga dictadura del general Franco [4]. En los años posteriores a la II Guerra Mundial, de he-

(1) López Ramón, 2014, pp. 56-61; Boix Palop, 2020, pp. 182-184.
(2) García Rubio, *RAAP*, 2022 p. 212.
(3) Boix Palop, *STEM*, 2024 pp. 4-12.
(4) Gifreu i Font, 2020, p. 790. El Real Decreto de 21 de junio de 1920 congeló las rentas a niveles anteriores a la primera guerra mundial, manteniéndose en vigor el sistema hasta el Real Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre por el que se aprobó el ya derogado Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que permitía actualizaciones del mismo, pero estrictamente condicionadas a la evolución de precios general de la economía.

cho, estos mecanismos son casi ubicuos en Europa y Estados Unidos, con unas características comunes, que la literatura científica sobre esta cuestión ha identificado como los «mecanismos de estabilización de precios del alquiler de primera generación», y que suponen un control muy rígido a toda actualización de precios, incluyendo, en no pocos casos, directamente, la prohibición de revisión del mismo (5).

Solo a medida que las economías occidentales avanzan, en un contexto de desarrollo y crecimiento económico, empiezan estos mecanismos a ser criticados y, en muchos casos (como también ocurrió en España a partir del famoso «decreto Boyer» de 1985 que pone fin, ya en democracia, al modelo franquista de estabilización de precios que, si bien algo dulcificado en 1964, había permanecido en vigor durante todos los años de la dictadura) (6), eliminados. El contexto es siempre el mismo: crecimiento económico, avance de las ideas liberales en lo económico y un incremento de las rentas de las clases medias, que les facilita el acceso a la vivienda, ya sea en propiedad, ya sea en alquiler, sin necesidad de medidas tuitivas. Además, en estas décadas, una decidida acción pública en materia de promoción de vivienda pública, ya sea para la venta ya para su alquiler, condiciona también estos mercados y facilitan el acceso a este bien de primera necesidad, generando un entorno en el que en general se perciben como menos necesarios estos controles. Lo que permite que, poco a poco, surjan críticas sobre sus efectos directos sobre la libertad de los propietarios e indirectos sobre la economía (menores eficiencias por la esclerotización y rigidez del sistema de fijación de precios, incentivos perversos a los propietarios que no les lleva a mejorar las condiciones de las viviendas e incluso posibles discriminaciones indirectas que podrían perjudicar especialmente a los sectores más vulnerables socioeconómicamente, como veremos con posterioridad; y por supuesto la aparición de crecientes desigualdades entre las rentas de alquiler dependiendo del momento en que el contrato se iniciara, siendo siempre mucho más bajos los alquileres antiguos que los nuevos, generando así muchos incentivos a todo tipo de fraudes y abusos) y que vayan desapareciendo en muchos países de nuestro entorno.

Ello no obstante, su desaparición nunca fue completa y han reaparecido e incluso se han extendido, como también ha ocurrido en España, en las primeras décadas del siglo XXI, al albur de la crisis económica y de acceso a la vivienda más o menos generalizada que sufren las economías occidentales desde hace años. Los mecanismos no son exactamente los mismos que los de la primera generación, y tienden a ser menos generales, por ejemplo en ocasiones centrados solo en zonas tensionadas (defi-

(5) Xerri, y Molina Roig, 2015, p. 49; López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, pp. 11-12.
(6) Gimeno Fernández, 2025.

nidas como aquellas con poca oferta de vivienda y un correlativo incremento de los precios sensiblemente mayor a la media), y más flexibles (7), huyendo de modelos que impedían directamente la actualización de rentas o que las condicionaban siempre y en todo caso a un determinado índice, sin posibilidad de excepciones. Además, establecen diferenciaciones según tipologías constructivas, la previa ocupación de la vivienda o no y una mayor flexibilidad en la respuesta para ajustar mejor las medidas a las necesidades (8). Esta nueva aproximación, que en algunos países europeos podemos rastrear ya en los años 70 del siglo pasado y que se caracteriza por focalizarse en establecer límites a los crecimientos de las rentas de alquiler que superen sustancialmente la evolución del resto de precios de la economía y por tratar de no generar diferenciaciones excesivas entre los contratos en vigor en un momento dado (9), es lo que se ha ido desarrollando y ha dado lugar al actual modelo de intervención, en modelos comparados como los actuales francés y alemán, de mucha influencia y que por ello estudiaremos con más profundidad. En estos modelos, los controles no son siempre únicamente de Derecho privado (aunque por ejemplo en Alemania veremos que esencialmente se instrumentan a partir de normas civiles) sino que incorporan mecanismos de control público (es el caso francés o, por ejemplo, el caso en Alemania en situaciones más extremas, como la regulación de Berlín), incorporando a la Administración en distintas funciones al sistema de control de rentas de alquiler.

En todo caso, y más allá de la evaluación en general negativa (que analizaremos a continuación) de los mecanismos de control de precios del alquiler por parte del consenso académico entre los economistas, estos mecanismos han demostrado una muy significativa resistencia, perviviendo, de un modo u otro, en casi todos los países de nuestro entorno comparado. Si cabe más que en España, quizás por la correlativa mayor importancia relativa del alquiler frente a la compra de vivienda en la mayor parte de países de nuestro entorno. Téngase en cuenta, de hecho, que hay quien suele señalar una correlación entre la existencia de estas políticas, que garantizan la posición del arrendador y le dan seguridad jurídica y económica, y el éxito de las políticas de acceso a la vivienda basadas en el fomento del alquiler frente a la compra de vivienda en propiedad (10).

Y no solo ello, sino que en las dos últimas décadas, de nuevo (como ocurriera a mediados del siglo pasado) en un momento donde la evolución

(7) Xerri, y Molina Roig, 2015, pp. 49-50; López-Rodríguez y de los Llanos Matea, BdE, 2020, p. 9.
(8) Peppercorn, y Taffin, 2013.
(9) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020; Algaba Ros, *InDret*, 2021; Xerri, y Molina Roig, *Revista CEFLEGAL*, 2015.
(10) Nasarre Aznar, 2014.

de la economía ha ido provocando un notable incremento de las dificultades de cada vez una mayor parte de la población de acceder a la vivienda a un coste asequible, que no le suponga una proporción prohibitiva de su renta[11]. Parece claro que los contextos de crisis habitacional en los que la posibilidad de acceder a una vivienda digna y adecuada no es una realidad para toda la población y en el que ni siquiera la protección jurídica derivada de considerar el acceso a la vivienda como derecho legal e incluso fundamental ha resuelto el problema, la necesidad de reforzar las políticas públicas en materia de vivienda, aun conteniendo otros muchos elementos, ha acabado provocando un resurgimiento de estos mecanismos, siquiera sea como solución a corto plazo para evitar incrementos de precios desproporcionados producidos en poco tiempo y como complemento de las otras muchas medidas imprescindibles para dar a este derecho la debida efectividad material[12].

Con todo, antes de analizar el funcionamiento de estos modelos comparados, conviene revisar, siquiera sea brevemente, el análisis de (y las críticas a) los efectos que este tipo de intervenciones sobre el mercado del alquiler provocan.

2. PRINCIPALES VENTAJAS E INCONVENIENTES SEÑALADAS DOCTRINALMENTE RESPECTO DE LOS EFECTOS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE PRECIOS DEL ALQUILER

En el marco de los debates que se han producido en torno a los controles jurídicos en las rentas de alquiler, tanto de tipo civil como los que implican la intervención de las Administraciones públicas, y dado que en casi todos los países de nuestro entorno hemos tenido ejemplos de ellos y se han podido evaluar sus efectos, ha ido emergiendo un cierto consenso económico sobre sus efectos, ventajas e inconvenientes. Sin necesidad de hacer una revisión detallada sobre el particular, dado que no es el objeto de este trabajo y que además hay mucha bibliografía especializada de gran

(11) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, pp. 8-9. En este sentido, es también muy expresivo el Informe Anual del Banco de España de 2023 (2024), que destaca estas crecientes dificultades y, además, sus costes sociales para la economía y los colectivos más afectados, lo que justifica sobradamente la adopción de medidas para tratar de garantizar unas mejores condiciones de acceso a la vivienda, por mucho que alerte también sobre la necesidad de que estas acciones estén bien diseñadas y dimensionadas para evitar que acaben generando efectos indeseados en el medio y largo plazo (p. 276).

(12) López Ramón, 2014, pp. 56-61; Ponce Solé, 2016; Boix Palop, 2020, pp. 183-189.

calidad al respecto[13], sí conviene hacer un resumen del estado de la cuestión y de las conclusiones más o menos pacíficas y ampliamente compartidas por la doctrina económica.

Las ventajas que suelen señalarse de estos mecanismos son, por lo demás, bastante obvias y están directamente vinculadas con los objetivos que persiguen estas políticas. Así, por un lado, y en primer lugar, son herramientas que ayudan a mejorar el acceso a la vivienda. Los precios regulados benefician a los inquilinos al estabilizar el gasto en alquiler, especialmente en ciudades con alta demanda y ello les permite quedarse en sus hogares a largo plazo, con la tranquilidad y seguridad jurídica y económica que ello conlleva[14]. Este efecto, por lo demás, ayuda a reducir la desigualdad económica, ya que evita que los precios de alquiler suban tanto que solo personas de ingresos altos puedan pagar una vivienda en ciertas áreas. Esto permite a personas de diferentes niveles de ingresos vivir en ciudades donde el mercado inmobiliario estaría de otra forma fuera de su alcance.

Más recientemente, se ha destacado también que estos mecanismos contribuyen a mejorar y garantizar la estabilidad residencial y comunitaria: el control de rentas proporciona una mayor estabilidad a los inquilinos, reduciendo el riesgo de desplazamiento en barrios en proceso de gentrificación. Esta estabilidad beneficiaría a las comunidades al mantener a los residentes a largo plazo, lo cual se considera positivo tanto para la cohesión social como para el desarrollo económico local y es un elemento particularmente valorado en un momento en que ciertos usos de la vivienda, como por ejemplo la derivación de parte del parque a alojamientos turísticos de temporada, está cambiando la identidad de muchos barrios, generando tensiones sociales y, además, incrementado notablemente los precios de resultas de la aparición de estos nuevos usos (más rentables y que atraen a personas de mayor poder adquisitivo)[15].

Por último, y como es evidente, el establecimiento de controles a la subida de las rentas de alquiler ayuda a la prevención de aumentos especulativos en los precios, fenómeno contra el que no solo hay un mandato constitucional a los poderes públicos para que actúen para evitarlo (especialmente en materia de vivienda, por ejemplo en España, artículo 47 CE)[16], sino que los economistas también consideran negativo para una fijación correcta de un nivel adecuado de precios por medio de la normal articulación de oferta y demanda. En épocas de alta demanda o creci-

(13) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, *BdE*, 2020, realizan una muy detallada exposición al respecto y recopilación de la bibliografía más destacada en la materia.

(14) Xerri, y Molina Roig, 2015, p. 47.

(15) Boix Palop, 2017.

(16) Quintiá Pastrana, 2022.

miento económico acelerado, el control de rentas puede, así, ayudar a mantener una cierta moderación en los precios y facilitar que el mercado se regule y equilibre mejor cuando pase la presión sobre el bien[17].

Sin embargo, estas evidentes ventajas de los instrumentos van de la mano de inconvenientes que han sido muy resaltados, y sobre los que se ha hecho mucho hincapié en las pasadas décadas (de ahí la crisis de los controles de rentas hasta hace bien poco y la importante discusión que ha acompañado su reimplantación), por la doctrina económica[18]. Haciendo una breve síntesis de los que son más habitualmente resaltados, éstos serían:

– Distorsión del mercado: La crítica principal, especialmente entre economistas liberales, es que el control de rentas distorsiona la señal de precios en el mercado de alquiler, afectando a su eficiencia. De este modo, los precios controlados podrían incluso reducir la oferta de alquileres, ya que muchos propietarios optarán por retirar sus viviendas del mercado o venderlas, lo que disminuirá la cantidad de opciones disponibles para los inquilinos. Este efecto, por lo demás, se ha constatado empíricamente en no pocos países que han aplicado estas políticas, especialmente en el medio y largo plazo, por lo que podemos considerar un hecho cierto que, al menos en cierta medida, se dará. Por ello, cualquier política de control de las rentas de alquiler ha de tenerlo en cuenta para tratar de evitarlo en lo posible, minimizarlo y, en su caso, establecer medidas correctoras. Además, ha de tener en cuenta si los costes que puedan derivarse de estos efectos perniciosos compensan o no las ventajas y objetivos perseguidos por la regulación.

– Desincentivo a la inversión y al mantenimiento de las propiedades: Suele sostenerse también, y hay evidencia empírica al respecto, que, al limitar los ingresos, el control de rentas desincentiva tanto la inversión en nuevas construcciones de viviendas como el mantenimiento de las existentes. Esto puede llevar a una disminución de la calidad del parque de viviendas a largo plazo, con problemas que pueden, además, afectar más gravemente y de forma desproporcionada, precisamente, a los grupos sociales en situación de más vulnerabilidad socioeconómica.

– Aumento de la segregación y concentración de la pobreza: En relación con el punto anterior, además, se ha señalado que, cuando los alquileres están controlados en zonas céntricas o de alta demanda, los precios en áreas no reguladas suelen aumentar más. Esto puede contribuir a que los hogares de menor poder adquisitivo queden excluidos de las zonas

(17) Los estudios empíricos en este sentido son abundantes: Xerri, y Molina Roig, 2015, pp. 79-83; OLAP, 2019; Raya, 2021; Monseny; Martínez Mazza, y Segú, 2022; Bosch, y López, 2022; García Montalvo, y Monràs, 2022; Kholodin; López; Rey Blanco, y González Arbués, 2022.

(18) Véase un resumen en López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, *BdE,* 2020, pp. 20-24.

deseables[19], lo que incrementa la segregación y la concentración de la pobreza.

– Desplazamiento de la oferta a otros sectores del mercado: Cuando se aplican límites a los alquileres, algunos propietarios dejan de ofrecer sus viviendas en el mercado residencial de larga duración, optando por contratos de corto plazo o de tipo vacacional, cuando las legislaciones vigentes se lo permiten (o incluso también en fraude respecto de la regulación) para buscar nichos de mercado más lucrativos. Esto no solo puede hacer que las políticas que se pretenden llevar a cabo acaben por no ser eficaces, sino que además puede agravar el problema de accesibilidad a la vivienda, al hacer que desaparezcan del mercado residencial inmuebles que pasen a ser destinados a otros fines.

– Efectos perniciosos en forma de disminución de la movilidad laboral y económica: Con el tiempo, el control de rentas puede crear una trampa de «poca movilidad» para los inquilinos, que se ven menos incentivados a mudarse debido a los bajos precios en su vivienda actual. Esto puede limitar su disposición a aceptar empleos en otras áreas, lo que afecta negativamente la movilidad laboral y la dinámica económica.

– Creación de bolsas de mercado negro, que además refuerzan otras de las dinámicas señaladas en el sentido de producir cierta infrautilización, o utilización menos eficiente, del espacio construido[20].

En general, la doctrina económica ha tendido en las últimas décadas, y tiende en la actualidad, a ser crítica, o, al menos, moderadamente crítica, con los controles de Derecho público o privados a las rentas de alquiler porque suele entender que estas desventajas, empíricamente demostradas por la existencia de mucha evidencia (dada la propia pervivencia de estos mecanismos y lo comunes que son en muchos países de nuestro entorno), desaconsejan tratar de lograr los objetivos en materia de acceso a la vivienda empleando estos instrumentos. Por ello incluso los estudios más empáticos con estas medidas sugieren que el control de rentas puede ser más efectivo cuando se combina con políticas que incentiven la construcción de vivienda asequible o la rehabilitación de inmuebles, creando un equilibrio entre regulación y sostenibilidad del mercado. Ello no obstante, la pervivencia de estos mecanismos, y su reciente revigorización, nos demuestran también cierta confianza en su utilidad, siquiera sea a corto plazo y antes de que el resto de medidas comentadas puedan empezar a desplegar y manifestar sus efectos. Así, en casos de subidas repentinas de precios e incluso cuando pueda haber en estas un componente

(19) Nasarre Aznar, 2020.
(20) Xerri y Molina Roig, 2015, p. 48.

especulativo, es evidente que el mercado de la vivienda, por su rigidez, tiene una capacidad limitada para hacer que aflore más oferta (la teoría económica clásica de precios nos dice que los incrementos del precio suponen un efecto señalizador que provocará que se allegue más oferta, para beneficiarse de esa situación, contribuyendo así a la estabilización de los precios en un punto de equilibrio adecuado… pero en zonas tensionadas con mucha demanda de vivienda la aparición de nuevos inmuebles destinados a usos residenciales, ya sea por su nueva construcción, ya porque se reconviertan a estos usos desde otros, lleva –en el mejor de los casos– un tiempo no menor, al afectar a cuestiones complejas de planificación urbanística, construcción, inversión, etc.). Por esta razón, es perfectamente razonable emplear esta medida como estabilizador a corto plazo o como complemento de medidas de tipo estructural para zonas tensionadas y con particularidades peculiares que vayan a impedir que un incremento de la oferta compense la creciente demanda (sea especulativa o no). Por esta razón, como veremos, los ejemplos comparados más interesantes, tanto el alemán como el francés que desarrollaremos a continuación, están diseñados en gran parte para ayudar a cumplir estos efectos estabilizadores, y de ahí su utilidad, pero solo pueden ser verdaderamente eficaces en un marco más general de políticas de vivienda que logre que estructuralmente aparezca en el mercado mucha más oferta de vivienda, tanto en el mercado privado como de oferta pública.

3. EL CONTROL DE PRECIOS EN EL ALQUILER DE VIVIENDAS EN NUESTRO ENTORNO COMPARADO

3.1 **Experiencias comparadas en EEUU y Europa**

Como se ha indicado ya previamente, tras la paulatina desaparición en los Estados Unidos de la mayor parte de los controles a la subida de precios de los alquileres (con la notable y conocida excepción de la ciudad de Nueva York, donde siempre se han mantenido para ciertos edificios, incluso en las épocas más liberalizadoras, los controles para las subidas de alquileres de los inmuebles alquilados en los años en que estas reglas estaban vigentes, generando un mercado dual con consecuencias disfuncionales considerables y un mercado negro de subarriendos para conservar los privilegios de las rentas controladas muy notable), las políticas de control de rentas han reaparecido con fuerza en el siglo XXI. Significativamente, avalando lo ya expuesto sobre el hecho de que este tipo de restricciones suelen aparecer en mercados tensionados y ciudades donde hay proble-

mas para que la oferta (o la oferta en ciertas zonas residenciales) pueda incrementarse para casar con la creciente demanda y ello lleva a una escalada alcista que hace que la población esté más dispuesta, o incluso presione para ello, a la aprobación de medidas limitativas de esta índole, son los Estados y las ciudades más poblados y, en parte, económicamente dinámicos (que atraen por ello más población) los que han vuelto a ensayar estas medidas. Como contraste, en un entorno política y jurídicamente altamente descentralizado como son los EEUU, más de la mitad de los estados tienen legislación estatal que, por el contrario, establece prohibiciones a que a nivel local se establezcan medidas de control de esta índole, en desarrollo del credo liberalizador dominante hasta hace poco en la literatura económica y la opinión pública de ese país.

Por ejemplo, suelen ser señalados a nivel estatal los casos más agresivos, que son los de California y Oregón[21]. Ambos Estados eran conocidos por haber puesto en marcha y mantenido controles de los llamados de «segunda generación» (más centrados en el control de rentas y sus subidas que en fijar una obligación de congelación, y con posibilidades de flexibilización por territorio y según los casos). Estas normas estatales permitían únicamente un incremento máximo del 5 % anual, más la inflación local, pero sin que se pueda superar un 10 % de incremento anual en ningún caso. Así, en California, la ley Costa-Hawkins es un muy buen ejemplo de cómo la legislación estatal trata de ceñir y diferenciar según las situaciones concretas. Por ejemplo, restringe el control de las rentas de alquiler solo a edificios antiguos, creando un mercado dual del que las construcciones más recientes (todas aquellas posteriores a 1995) o las renovaciones en profundidad equivalentes a las mismas quedan exentas y sobre ellas las comunidades locales no podrán en ningún caso establecer controles a las subidas de rentas. Igualmente, diferencia por tipo de inmuebles residenciales, no permitiendo, por ejemplo, que las viviendas unifamiliares o tipologías constructivas de condominio se vean afectadas por reglas locales de control de precios, restringiendo notablemente el ámbito de aplicación de los controles. Como puede comprobarse, estamos ante un claro ejemplo de legislación de finales del siglo xx, que busca paulatinamente ir eliminando las posibilidades de control de precios, en consonancia con las pautas culturales y políticas dominantes en esos momentos. Ello no obstante, las crisis habitacionales recientes han vuelto a provocar en ese Estado la aparición la aparición de propuestas para una reintroducción de una habilitación estatal más generosa para la posible limitación de rentas por parte de las autoridades locales, que hasta el momento no han acabado de dar sus frutos: la proposición 33, que buscaba derogar

(21) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, p. 17.

las limitaciones referidas introducidas en 1995, fue ampliamente derrotada en referéndum en las elecciones de 2024.

Otros ejemplos que suelen destacarse habitualmente afectan a Estados de la costa Este. Así, Nueva York o Nueva Jersey aplican políticas de «estabilización de rentas» en algunos de sus municipios, principalmente en áreas de alta densidad urbana, limitando aumentos anuales en edificios residenciales específicos y en Washington DC los alquileres en propiedades bajo control de rentas pueden ajustarse solo dentro de los límites anuales establecidos, que suelen depender del aumento en el índice de precios al consumidor (CPI), de una manera semejante a lo que ocurre en la ciudad de Nueva York.

Una manifestación más de cómo los sistemas de control de precios de la vivienda de alquiler reaparecen en los momentos de crisis es que, en paralelo a esta más lenta evolución de las normas estatales, son muchas las normas municipales que han ido paulatinamente incorporando, recuperando o extendiendo los controles de rentas. Por ejemplo, y significativamente, mientras la legislación a nivel estatal en California trata de limitar estos controles e impedir a los entes locales que los extiendan, las ciudades con más presión habitacional han ido paulatinamente incrementándolos hasta los límites permitidos por el marco legal: Los Ángeles u Oakland son ejemplos de ciudades que imponen en la actualidad estos límites, y San Francisco ha extendido el control de rentas a propiedades construidas hasta 1994, en lugar de solo a las construidas antes de 1979.

Esta evolución es también constatable en Europa, donde los controles de rentas del alquiler son habituales en una amplia variedad de países, desde Italia a los Países Bajos, pasando por Dinamarca, Suecia, Austria o Suiza. De hecho, la OCDE ha calculado que en la pasada década 14 de los 36 países que la componen tenían en vigor algún tipo de control de precios del alquiler (incluyendo a los Estados Unidos teniendo en cuenta los Estados que la admiten) [22].

Todos ellos combinan medidas a nivel estatal y posibilidades de flexibilización a escala local o normas que dependen de la evolución de precios en proximidad, a efectos de convertirlas en más flexibles y menos automáticas, tratando de minimizar algunos de los efectos que suelen considerarse más nocivos de este tipo de restricciones a la libertad de los propietarios de fijar y negociar con los inquilinos los precios del alquiler según la evolución del mercado. Y en general en todos estos países puede constatarse la misma evolución: una recuperación, mantenimiento reforzado e incluso incremento de los controles en los últimos años, especialmente orientado a permitir a las entidades locales de las zonas con más problemas de acce-

(22) OECD – Social Policy Division: *PH6.1 RENTAL REGULATION*.

so a la vivienda adoptar medidas particularizadas para esas zonas. Los dos modelos que recientemente han sufrido más cambios y han tenido más impacto en el debate a nivel europeo y español en esta materia son el francés y el alemán, que además permiten constatar las diferentes aproximaciones tanto en cuanto al instrumento de intervención jurídico (más de Derecho público en un caso, el francés; mientras que en Alemania la mayor parte de las restricciones siguen siendo vehiculadas por medio de la legislación civil) como respecto de la orientación más centralizada (Francia) o descentralizada (Alemania) con la que han sido adoptadas. Vale la pena, por ello, que nos detengamos singularmente en ellas.

3.2 **Francia**

La respuesta legislativa en Francia a la crisis habitacional que se estaba comenzando a gestar desde años antes y se manifiesta con toda su crudeza tras la crisis económica de finales de la primera década del siglo XXI, es relativamente temprana y, como es propio de un país altamente centralizado (y con tendencia a la administrativización de las relaciones sociales), se vehicula por medio de legislación estatal que permite el establecimiento de límites y controles administrativos pero que lo hace atendiendo a las diferentes peculiaridades de determinadas zonas del país. La primera respuesta, las conocidas como *Loi Duflot* y *Loi ALUR* (o *Loi Duflot* II), respectivamente de 2013 y 2014, se producen durante el mandato de François Hollande como presidente de la República, a la cabeza de una coalición progresista que combina partidos de distintas sensibilidades, y que en parte debe su éxito electoral a la derrota de la derecha por la crisis económica. Se trata de legislaciones que tratan de solventar uno de los crecientes problemas que parte de su electorado (jóvenes, personas migrantes, colectivos en situación de vulnerabilidad socioeconómica) sufre de manera singular, instadas por iniciativas capitaneadas por Cécile Duflot, diputada ecologista de París, que es lógicamente la zona del país donde estos problemas son más graves. Ambas normas introdujeron diversos sistemas de regulación del mercado inmobiliario con el objetivo de limitar las rentas y mejorar la protección de los inquilinos, si bien con orientaciones diferentes (la *Loi ALUR* es mucho más ambiciosa e incorpora muchos más mecanismos de control y además tiene la pretensión de introducir muchas medidas contra la discriminación o la precarización en el mercado de la vivienda) [23].

Así, inicialmente, la *Loi Duflot* (2013) buscaba principalmente promover el desarrollo de viviendas asequibles mediante incentivos fiscales para

(23) Xerri, y Molina Roig, 2015, p. 59; López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, p. 18.

los propietarios que alquilaran a un precio reducido y en zonas con alta demanda de vivienda. Se trata de un enfoque más clásico y menos intervencionista, de estímulos por medio de ayudas públicas, cuyo objetivo principal era crear una oferta de vivienda a bajo coste, incluyendo el motivar la construcción de nuevas viviendas para equilibrar el mercado.

Sin embargo, la insuficiencia de las medidas es pronto constatada por sus propios impulsores, lo que da lugar a la aprobación de la *Loi ALUR* (*Loi pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Rénové*, 2014)[24], que es la que trajo consigo una regulación directa sobre las rentas en las llamadas «zonas de tensión de alquiler», definidas por el legislador estatal y que esencialmente se referían a las grandes aglomeraciones urbanas, y, especialmente, la ciudad de París. La norma fijaba un límite a los alquileres nuevos, donde el precio del arrendamiento debía estar dentro de un rango basado en valores promedio y no podía superar ciertos límites establecidos, salvo en casos excepcionales. Este sistema de rentas de referencia también incluyó un control sobre las renovaciones, protecciones adicionales contra el desalojo y la transparencia en los contratos, así como la inclusión de detalles específicos sobre el historial de rentas y el estado de cada inmueble. Como puede verse, se trata de un modelo de control de rentas de alquiler que pretende, como ya hemos explicado que es común en los más recientes, evitar automatismos y rigideces, al aspirar a medir muy bien y detalladamente los valores promedios, por una parte; vincularlos a las zonas urbanas en tensión en cuestión, por otra; y, por último, al prever situaciones en que se podía exceptuar la aplicación del rango obligatorio para los precios del alquiler.

Además de limitar los precios, la *Loi ALUR* también implementó otras medidas como la creación de «Organismos de Fomento Solidario» (OFS), que separaban el valor del suelo del de la construcción para reducir los costos para los compradores y arrendatarios en condiciones sociales específicas y contenía medidas integrales que iban más allá del control de precios a corto plazo, incluyendo medidas de simplificación contractual o de imputación de los costes de agencia a los propietarios, así como garantías de todo tipo para los arrendatarios y protecciones frente a abusos o condiciones de infravivienda. Todo ello se compensaba con una garantía de los alquileres frente a impagos a cargo del Estado, que en todo caso no llegó nunca a aplicarse. Se trata, de este modo, de una norma que cumple con los requisitos que el análisis teórico previo que habíamos resumido exige para estas regulaciones: que la legislación específica en materia de control de precios vaya acompañada de muchas otras medidas de carácter estructural para movilizar y crear parque de vivienda. Por ejemplo, aunque no sea la cuestión central de la que nos debamos ocupar en este trabajo, la *Loi*

(24) Loi n.º 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

ALUR también modifica los sistemas de atribución de vivienda pública social, normas de construcción y urbanísticas para facilitar la promoción de vivienda, así como introduce medidas de intercomunalidad en los planes urbanísticos, para una mejor gestión metropolitana de los mismos.

Respecto de las medidas de contención de las rentas del alquiler, es interesante que la *Loi ALUR* fue la respuesta a la constatación de la insuficiencia de una política que aspiraba a garantizar el acceso a la vivienda como derecho por la única vía de la creación de parque público, ya de vivienda protegida, ya de alquiler, así como garantizando vivienda social a las personas más vulnerables. La evolución de los precios, especialmente en las grandes aglomeraciones urbanas (o zonas específicas de ellas) llevó a un punto en que se hizo necesario un control de precios del alquiler que fuera más allá de una política de vivienda social para personas vulnerables, porque cada vez más capas de la población se veían afectadas.

A estos efectos la ley designó las zonas afectadas, o tensionadas (un total de 28 aglomeraciones urbanas, todas ellas de más de 50.000 habitantes) y estableció la necesidad de que en esas áreas se crearan observatorios locales para el control y monitorización de precios de alquiler a efectos de contar con datos fiables sobre la situación del mercado. Una vez con esos datos, por decisión del prefecto (delegado del gobierno, muestra del modelo centralizado), se determinará para cada zona el alquiler medio de referencia, el alquiler medio de referencia incrementado (en un 20 % respecto del medio, que en ningún caso podrá ser superado) y un alquiler medio de referencia minorado (el que sea inferior en un 30 % o más al medio de referencia, en cuyo caso el propietario podrá solicitar una subida del precio del alquiler). Adicionalmente, la ley permite incrementos excepcionales para inmuebles particularmente bien situados o de más calidad, con una comisión departamental de conciliación que resuelve los casos de conflicto sobre cuándo se dan estas circunstancias. Como puede verse, se trata de una norma que administrativiza de manera notable la gestión de los alquileres y sus límites y umbrales máximos[25].

La norma, como era de prever, fue enormemente polémica, con grandes críticas por parte de economistas liberales, propietarios y sectores profesionales dedicados a la gestión inmobiliaria, hasta el punto de que la propia mayoría progresista acabó matizando la regulación y limitando su aplicación (el gobierno liderado por el primer ministro Valls dejó sin efectos, como ya hemos anticipado, la garantía universal de los alquileres y limitó la aplicación de los límites a las rentas del alquiler solo a París y Lille, en este último caso, además, por presión de su alcaldesa, y en ambos supuestos con explícita vocación experimental), de manera que todas crí-

(25) Xerri. y Molina Roig, 2015, pp. 59-63.

ticas tampoco han podido ser avaladas por un estudio empírico serio de los efectos de su aplicación. Tras la muy relativa concreción práctica de su aplicación debido a estas decisiones y tras la anulación final de sus medidas concretas de aplicación, en 2017, por decisión judicial al entender que la no aplicación general de la norma a toda la aglomeración urbana no era acorde a Derecho[26], se constató ,eso si, un fuerte aumento de los precios de alquiler de viviendas, especialmente en París, que llevaron a que en 2018 una nueva mayoría gubernamental, en este caso durante la presidencia de Emmanuel Macron, de centro-derecha liberal, se vea también forzado a aprobar su propia norma en materia de control de alquileres, la llamada *Loi ELAN* (*Évolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique*[27], 2018). La norma reintrodujo el control de alquileres[28] con los mismos perfiles que en la *Loi ALUR*, pero de nuevo como un experimento limitado a zonas donde la demanda de vivienda era especialmente alta y con un ámbito territorial menos ambicioso (únicamente se ha aplicado en las aglomeraciones de París, Lyon, Lille y Aix-en-Provence) y solo durante 5 años (aunque tras su terminación en 2023 ha sido renovado en dos ocasiones, hasta 2024 primero y posteriormente hasta julio de 2025[29], situación en la que estamos en la actualidad, lo que da cierta idea de que los resultados no son del todo insatisfactorios). Esta nueva versión buscó evitar así los problemas políticos y de encuadramiento legal previo (por las anulaciones de los precios de referencia referida), con la idea de facilitar a las autoridades locales la selección de áreas específicas para aplicar los límites de renta basados en las referidas rentas de referencia, determinadas anualmente y según el tipo de vivienda y ubicación a partir de los datos de los observatorios. Como se trata de un control administrativo, además, también se prevé la imposición de sanciones a los propietarios infractores, que pueden ser considerables (hasta 15.000 euros, en algunos casos, cuando son empresas las que incumplen con los topes máximos).

La *Loi ELAN* también introdujo varias innovaciones con la vocación de tratar de hacer el mercado de alquiler más flexible. Entre estas medidas, destacó la creación del contrato de alquiler «mobility lease» un arrendamiento temporal de entre uno y diez meses, sin posibilidad de renovación, diseñado para estudiantes y trabajadores temporales que trataba de evitar que este tipo de usos de los inmuebles fueran parasitados por el alojamiento turístico intermediado por plataformas, que detrae inmuebles del mercado residencial. En esta misma línea, y luchando contra este efecto, la ley forta-

(26) Gifreu i Font, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2023, p. 65.

(27) Loi n.º 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l›aménagement et du numérique.

(28) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, p. 19.

(29) Véase el anuncio en https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A17566.

leció el control de los alquileres temporales turísticos, como los de Airbnb, imponiendo límites y multas a los propietarios que excedan las 120 noches anuales en las ciudades con regulación de este tipo. Como puede verse, de nuevo, la limitación de los precios del alquiler va de la mano de otro tipo de medidas que pretenden y aspiran a aumentar el parque de vivienda destinada a usos residenciales, por un lado, y por otro que intentan evitar que se detraigan inmuebles de este mercado para otros usos [30].

Más allá del sistema concreto de control de rentas, que como se ha podido comprobar es solo una parte de un conjunto de medidas mucho más ambiciosas, y a pesar de su limitada aplicación territorial, solo en cuatro aglomeraciones urbanas, lo cierto es que las sucesivas prórrogas, y que no parezca que el actual gobierno de centro-derecha tenga intención de eliminar la aplicación del mecanismo, parecen avalar el éxito del «experimento». Aunque hay estudios que señalan a la existencia de bolsas de fraude, como por otro lado es inevitable respecto de cualquier norma jurídica, e insuficiencias en los controles, lo cierto es que en las áreas territoriales afectadas, que son las más tensionadas y con más problemas de acceso a la vivienda, la norma está integrada en los mercados inmobiliarios, asumida por la población y actores del sector y ha logrado cierto efecto en materia de estabilización de precios.

3.3 **Alemania**

En Alemania, como ya se ha comentado, la regulación de las rentas de los alquileres y de los posibles límites a sus incrementos ha sido tradicionalmente realizada por medio de la normativa civil, y en concreto por el Código civil alemán (*BGB*) [31]. En ese país nunca desapareció una regulación muy tuitiva de los arrendadores, pero el control de precios fue reduciéndose también y la medida proteccionista de los arrendadores pasaba más por el hecho de que los alquileres se consideran por defecto como por tiempo indefinido. Así, tras la II Guerra Mundial la regulación previa a la guerra, ya muy restrictiva y que impedía aumentos de renta respecto de edificios antiguos, se mantuvo en vigor, hasta el punto de que la inversión inmobiliaria para alquiler solía considerarse nulamente rentable. Sucesivas reformas legislativas permitieron en la entonces República Federal de Alemania, a partir de 1955, que los apartamentos construidos hasta 1948 pudieran incrementar las rentas hasta en un 5% (10% para viviendas con equipamientos especiales como calefacción central) y las liberalizaciones se suceden hasta

(30) Boix Palop, *STEM*, 2024 pp. 4-12; Gimeno Fernández, 2023.
(31) Xerri, y Molina Roig, 2015, pp. 53-55.

que a partir de 1964 desaparecen los límites máximos para los alquileres de viviendas antiguas (en Berlín Occidental, en cambio, demostrándose de nuevo la mayor pervivencia de este tipo de regulaciones en mercados más tensionados, el alquiler fijo en viviendas antiguas pervive hasta 1988).

Ello no obstante, también en Alemania, como en el resto de países de nuestro entorno, el control de los precios de alquiler ha sido un tema recurrente en los últimos años debido al incremento de la presión sobre el mercado de la vivienda y al aumento significativo de los precios en las principales ciudades, especialmente Berlín, que ha dificultado a cada vez más capas de la población el acceso a este bien. Ello ha dado lugar a diferentes iniciativas legislativas en materia de control de rentas del alquiler, tanto a nivel de la Federación (*Bund*) como de desarrollos en legislación estatal y normativa local. Así, a partir de 2013 comienza el debate sobre la aprobación de determinadas normas civiles de modificación de la regulación civil del arrendamiento y la habilitación a los Estados federados para que estos puedan imponer limitaciones en las subidas de precios en los nuevos contratos de alquiler, en medio de un gran consenso político en la materia (las reformas son instadas por un gobierno de gran coalición entre socialdemócratas y derecha conservadora cristiana), al que además se unen las peticiones de diversos Länder, normalmente los Estados federados donde hay una mayor presión sobre la vivienda residencial.

La primera reacción legislativa relevante fue la aprobación del llamado *Mietpreisbremse* (freno a los precios del alquiler) por el legislador federal (MietNovG)[32]. Introducido en 2015, este mecanismo establece un límite a los incrementos de los alquileres en zonas de alta demanda, incluyendo no solo las renovaciones sino también los nuevos contratos de alquiler. La ley estipula que los nuevos contratos de arrendamiento no pueden superar el 10 % por encima del precio medio de alquiler local, determinado administrativamente por un índice de precios (*Mietspiegel*) que el artículo 556d párrafo 2 BGB permite a los Estados federados establecer, designando áreas como tensionadas por un período máximo de 5 años. Para poder considerar tensionada una zona han de cumplirse algunos de los requisitos que establece el propio Código civil alemán en la enumeración de supuestos del artículo 556d referido[33], pero cabe la posibilidad de que los Estados federados incrementen los supuestos que permiten la declaración de una zona como tensionada, en lo que supone una cierta hibridación de instrumentos de regulación civil jurídico-privados con una intervención administrativa que encuadra y limita la autonomía de la voluntad en la materia.

(32) Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG).

(33) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, pp. 15-16.

Sin embargo, esta medida tiene algunas excepciones. Por ejemplo, no se aplica a las viviendas nuevas (construidas después de 2014) ni a las que han sido sometidas a una renovación suficientemente ambiciosa como para entenderse equivalentes a una vivienda nueva.

Una prueba de la buena acogida de la reforma legal es la rapidez con la que es aplicada y concretada por diversas normas estatales. Berlín, por ejemplo, declara todo el municipio como mercado de vivienda tensionado desde el verano de 2015 y los gobiernos estatales de Baden-Württemberg, Baviera, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Sajonia-Anhalt y Turingia han emitido también decretos de desarrollo determinando a cuántos y qué municipios se aplicará la limitación de precios (en Baden-Württemberg, la ordenanza de limitación de precios de alquiler se aplica en 68 municipios, en Baviera en 203 municipios, en Brandeburgo en 19 municipios, en Bremen para el área de la ciudad de Bremen con la excepción de Bremerhaven, en Hamburgo para toda la zona de la ciudad, en Hesse para 16 municipios, en Mecklemburgo-Pomerania Occidental para Greifswald y Rostock, en Baja Sajonia para 12 municipios, en Renania del Norte-Westfalia para 22 municipios, en Renania-Palatinado para los municipios de Landau, Ludwigshafen, Mainz, Speyer y Trier y en Turingia para los municipios de Erfurt y Jena; y en Sajonia-Anhalt para Dresde y Leipzig más recientemente, ya en 2022). Como puede comprobarse, se trata de una aplicación bastante uniforme que afecta a prácticamente todas las aglomeraciones urbanas de cierta relevancia. Solo en el Sarre no hay, hasta la fecha, ningún municipio declarado como tensionado a efectos de su mercado de vivienda.

Obviamente, esta generalizada aceptación y aplicación no significa que la medida no haya suscitado algunos problemas. Hay decretos de determinación de zonas tensionadas que han sido anulados por no justificar debidamente el cumplimiento de los criterios legales, críticas a la ausencia de controles que han llevado a que muchos inquilinos no se hayan podido beneficiar de la medida ante subidas de sus caseros que iban más allá de lo previsto en la norma, e incluso la norma fue cuestionada ente el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), que en julio de 2019, sin embargo, decidió que el *Mietpreisbremse* no viola la Ley Fundamental.

Como puede verse, se trata de nuevo de un ejemplo de las ventajas de que este tipo de regulaciones permitan un desarrollo en clave regional para su aplicación descentralizada como garantía de su éxito. También son una muestra de cómo la nueva generación de normas en materia de control de precios de alquiler suele ser más precisa y evitar algunos problemas derivados de cierta «brocha gorda» legislativa, discriminando entre unos casos y otros, según tenga más o menos sentido limitar los incre-

mentos de precios. En este sentido, se busca por un lado no deseincentivar la nueva construcción de viviendas ni la renovación en profundidad de las mismas, liberando a estos inmuebles de las restricciones, pero a la vez garantizando una estabilidad en los precios del resto de inmuebles en las zonas tensionadas que sirvan a su vez para proteger a los inquilinos de cada vivienda en particular como a los ciudadanos en general, evitando un sobrecalentamiento del mercado en las zonas tensionadas[34].

Aunque la norma ha funcionado satisfactoriamente por medio de este equilibrio, hay zonas donde la presión es mucho mayor que han requerido de ulteriores intervenciones. Es el caso, notoriamente, de Berlín, con un mercado inmobiliario peculiar derivado de la historia de la ciudad y del tránsito del comunismo al capitalismo de la parte este de la urbe a partir de 1990, permitiendo una acaparación de vivienda por parte de personas jurídicas y fondos especializados, que en estos momentos controlan un número muy importante de inmuebles en la ciudad, en un contexto además donde el alquiler puede llegar a suponer casi un 90 % de las casas ocupadas en la ciudad[35]. Siendo una ciudad tradicionalmente no excesivamente cara, esta concentración, el renovado dinamismo de la región y la atracción de población migrante y joven que ha generado en su conjunto ha provocado que los precios en la ciudad no se hayan moderado por medio de la *Mietpreisbremse*, obligando a medidas adicionales.

El Senado (parlamento estatal) de Berlín aprobó así, directamente, un mecanismo adicional y más agresivo en 2020, el *Mietendeckel* (tope al alquiler), con la idea de topar los precios y detener por medio de una norma administrativa la escalada de precios. El *Mietendeckel* estableció un precio máximo de alquiler para los contratos existentes, dependiendo del año de construcción y la calidad de la vivienda, en lo que es un paso más en la separación de la tradicional legislación alemana de gestión por medio del Derecho civil, al introducir una medida administrativa que, además, requiere de un control de los precios, su monitorización y el establecimiento de estos topes por parte de la Administración. En aplicación del *Mietendeckel*, establecido el tope, los propietarios no podían en principio cobrar un alquiler que superara este umbral administrativo, calculado en función de diferentes criterios (como el año de construcción del inmueble y si contaba con características modernas como una cocina equipada o un ascensor).

Sin embargo, en 2021, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*BVerfG*) declaró esta ley estatal inconstitucional, argumentando que solo el gobierno federal tiene la autoridad para regular los precios del al-

(34) Mense; Michelsen, y Kholodilin, 2017.
(35) Xerri, y Molina Roig, 2015, p. 55.

quiler a nivel nacional, y no los estados federados[36]. La decisión del *BVerfG*, lógicamente, ha generado un gran debate sobre el control de precios y la capacidad de las autoridades locales para intervenir en los mercados inmobiliarios, e incluso sobre la propia legitimidad constitucional de la introducción de este tipo de limitaciones, por mucho que el órgano de control de constitucionalidad se cuidó muy mucho de pronunciarse expresamente sobre la constitucionalidad sustantiva de estos límites máximos a los precios del alquiler. De hecho, el tribunal explica que es perfectamente legítimo, en principio, que el legislador persiga objetivos sociales compatibles con la idea de que «la propiedad obliga» del artículo 14 de su Ley Fundamental, y que eso puede por supuesto ser realizado por la vía de la legislación civil y estableciendo marcos para la redacción de los contratos y mejor garantía de los derechos de las partes, en lo que es un evidente espaldarazo a las tesis que sostienen la constitucionalidad material de este tipo de medidas siempre y cuando superen un mínimo análisis de proporcionalidad a partir de la constatación de la concurrencia de circunstancias de tensión en el acceso a la vivienda y que el diseño del marco legal resultante sea adecuado y apto para ayudar a la consecución de los objetivos sociales que la medida dice perseguir (doctrina que, por otro lado, recordemos, había permitido avalar la constitucionalidad de la *Mietpreisbremse*). En todo caso, como era inevitable, la anulación de la norma por parte del BVerfG ha generado una intensa polémica no solo sobre la constitucionalidad material de la medida sino que, además, ha alentado la iteración de la discusión sobre su conveniencia en términos materiales, políticos y económicos.

Tras la anulación del *Mietendeckel*, el gobierno alemán ha tomado algunas medidas para mejorar la oferta de vivienda, como la tramitación parlamentaria de la Ley de Movilización de Terrenos para la Construcción (*Baulandmobilisierungsgesetz*). Esta legislación pretende aumentar la disponibilidad de terrenos para la construcción de nuevas viviendas, eliminando algunas barreras burocráticas que dificultan el desarrollo de nuevos proyectos. Si bien estas iniciativas podrían aliviar la presión sobre el mercado inmobiliario, los críticos señalan que no resuelven de forma inmediata la cuestión de los alquileres excesivamente altos, especialmente en las áreas más demandadas, como Berlín. Podrían ser un muy interesante complemento, de tipo estructural, a medidas coyunturales como las de limitación de precios del alquiler, que son sin ninguna duda de ayuda y tradicionalmente han funcionado bien en Alemania, y que lo siguen haciendo en su versión civil (BGB) y en los casos en que se aplica a las zonas

(36) Gifreu i Font, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2023, p. 65.

tensionadas la *Mietpreisbremse*[37]*;* pero es probable que sea necesaria una habilitación federal para que Berlín pueda volver a poner en marcha su sistema de *Mietendeckel* si la presión sobre la vivienda en esa ciudad no decrece en un futuro próximo.

4. ENSEÑANZAS Y CONCLUSIONES DERIVADAS DE LAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

A partir de las experiencias comparadas que hemos referido es claro que los diversos controles a los precios de la vivienda en alquiler, tanto respecto de las renovaciones de los contratos con un mismo inquilino como incluso cuando se refiere a la formalización de un nuevo contrato (o de un contrato sobre un mismo inmueble pero con otra persona) son una constante histórica que, al menos, tienen carta de naturaleza jurídica desde hace más de un siglo tanto en los ordenamientos de nuestro entorno como de otros países occidentales como los Estados Unidos. Y ello con independencia de la importante crítica política y económica a que estas cláusulas son sometidas, hasta el punto de que podría incluso señalarse que, con carácter general, el consenso actual entre economistas es que sus perjuicios sobre la actividad económica y el régimen de incentivos que generan conllevan más problemas que ventajas comportan a la hora de facilitar materialmente el acceso a la vivienda.

Sin embargo, este tipo de cláusulas, aunque con unos perfiles muy diferentes a los que eran más habituales en las regulaciones de principios del siglo XX, donde menudeaban prohibiciones directas de incrementos de la renta, además, podían prolongarse indefinidamente en el tiempo, siguen a la orden del día. Y no solo eso, en la última década, y especialmente en los últimos años, hemos asistido a una renovada popularidad política de las mismas, en un contexto de nuevo de crecientes dificultades de acceso a la vivienda. Se trata, de hecho, de otra constante histórica: cuando los problemas de satisfacción material del derecho a una vivienda digna se amplían a capas de la población que van más allá de los grupos más desfavorecidos, la presión política en este sentido suele derivar en la reaparición de controles sobre las rentas de alquiler.

Estos controles, en sus actuales formulaciones, suelen ser tenidos por perfectamente constitucionales, al igual que ha sido el caso en España, y no han planteado severos problemas de compatibilidad con el Derecho

(37) Thomscke, 2019; Kholodin; López; Rey Blanco, y González Arbúes, 2022.

europeo tampoco[38], siempre y cuando estén bien definidos y perfilados, de un modo menos grosero y rígido que las intervenciones de principios del siglo XX. Así, hemos comprobado cómo en la actualidad los controles suelen permitir la paulatina renovación y aumento de los precios, aunque limitada a tablas o índices de contraste para que las alzas no superen el incremento general de los precios, o directamente ligada al establecimiento de precios de referencia según los fija la propia Administración, generalmente a partir de estudios que parten del precio de mercado de inmuebles equivalentes. Estas medidas, aunque por sí solas no son ni mucho menos suficientes para garantizar el acceso a una vivienda que vehicule un verdadero derecho de los ciudadanos a este bien de primera necesidad, para lo que son necesarias políticas de planificación urbanística, construcción de vivienda pública para venta y alquiler, programas de vivienda social y una planificación general que tenga en cuenta muchos más elementos, sí son un elemento, en cambio, que puede resultar útil para contener los precios en zonas tensionadas en momentos de incrementos notables, e incluso especulativos, de los precios, como los estudios empíricos muestran que ocurre a corto plazo cuando son puestas en marcha[39]. Permiten, así, paliar un problema específico de los mercados de la vivienda residencial, donde la inelasticidad de la oferta hace muy complicado que un incremento repentino de la demanda pueda verse compensado con una subida de la oferta equiparable lo suficientemente rápida.

Por esta razón, cuando son diseñados de esta manera, con una regulación general que establezca claramente estos objetivos, controles matizados que atiendan a la singularidad de la situación, especialmente si centrados en las zonas efectivamente tensionadas, y una correcta atención a la diversidad de las situaciones concurrentes, no solo son perfectamente constitucionales sino, además, un instrumento útil adicional para las políticas de vivienda. Para ello, también, es preciso que estas políticas consigan, como ha señalado reiteradamente la doctrina, definir adecuadamente qué viviendas son las equiparables para poder construir los precios de referencia, identificar de manera justificada cuándo un mercado de la vivienda a escala local o supramunicipal está efectivamente tensionado, evitar arbitrariedades en los umbrales de precios y tasas de crecimiento máximas admitidas por la norma y definir correctamente la actividad administrativa

(38) Xerri, y Molina Roig, 2015, pp. 63-68, respecto de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en la materia y la admisibilidad de estas cláusulas siempre y cuando no supongan un sacrificio excesivo y desproporcionado en relación a los precios de mercado para los propietarios. Del mismo modo, recuérdese que es una conclusión jurídica perfectamente consolidada que la política social en materia de vivienda permite matizar ciertas libertades comunitarias: Tejedor Bielsa, 2013.

(39) Bosch, y López, 2022, para el caso catalán; OLAP, 2019, para el caso francés; por mencionar solo dos ejemplos de evaluación a corto plazo muy reciente.

de control, debidamente dimensionada y eficaz[40]. En estas experiencias y sus enseñanzas, de hecho, se ha inspirado claramente el legislador español a la hora de establecer la regulación básica en materia de control de precios de la vivienda de alquiler por medio de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda, que permite a las Comunidades Autónomas declarar zonas tensionadas y, en ellas, establecer limitaciones a partir de valores de referencia[41] que, por lo demás, ha sido también plenamente validada por el Tribunal Constitucional español en STC 79/2024; legislación y jurisprudencia que se sitúan a la perfección y de forma completamente coherente en la estela de los ejemplos comparados que hemos relatado.

BIBLIOGRAFÍA

Algaba Ros, S., «El control de la renta en el arrendamiento de vivienda», *InDret*, 2021, pp. 46-86.

Argelich Comelles, C., «La nueva Ley por el derecho a la vivienda de España en el contexto europeo: Debilidades y fortalezas», *THEMIS Revista De Derecho*, 83, 2023, pp. 107-119.

Banco de España, *Informe Anual 2023*, 2024.

Boix Palop, A., *La propiedad obliga, pero no ahoga (Limitación y delimitación del derecho de propiedad para la consecución de finalidades sociales y sus límites constitucionales)*, Ponencia presentada en el XXII Seminario de Teoría y Método del Derecho Público [Universidad de Huelva], 31 de mayo de 2024), 2024.

— «Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generado por la intermediación digital», en Boix Palop y De la Encarnación Valcárcel, *La regulación del alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, pp. 261-294.

— «El conflicto entre la Comunitat Valenciana y el Gobierno del Estado a cuenta de los títulos competencias en materia de vivienda: La ley valenciana por la función social de la vivienda 2/2017 y la Sentencia 80/2018 del Tribunal Constitucional», en *Revista de urbanismo y edificación,* 54, 2020, pp. 179-198.

Bosch, J., y López J., «Impacto de la Ley 11/2020 en el mercado del alquiler en la demarcación de Barcelona», *Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona*, 2022.

García Rubio, F., «La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquilares de vivienda mediante decreto-ley», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 59, 2022, pp. 164-234.

(40) López-Rodríguez, y de los Llanos Matea, BdE, 2020, p. 24.

(41) Gimeno Fernández, 2025; Argelich Comelles, 2023.

García-Montalvo, J., y Monràs, J., «The effect of second generation rent controls: new evidence from Catalonia», BSE Working Paper 1345, 2022.

García-Montalvo, J.; Monras, J., y Raya, J. M., «Los efectos de la limitación de precios de los alquileres en Cataluña», *EsadeEcPol*, 9 de febrero de 2023.

Gifreu i Font, J., «Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos citadinos o un derecho independiente?», en Barrero Rodríguez, C., Socías Camacho J. M. (Coords.), *La ciudad del siglo xxi. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*, INAP, 2020.

— «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 230, 2023, pp. 61-98.

Gimeno Fernández, C. (2023), *Usos del sòl per fer ciutat. Instruments urbanístics per a regular l'establiment d'activitats econòmiques I assolir objectius socials I ambientals*, Tirant lo Blanch.

Gimeno Fernández, C., «Los sistemas de control de precios de la vivienda, tanto para la compra como para el alquiler, ensayados en España: contenido, límites y evaluación», *en esta misma obra,* 2025, pp. Por determinar.

Kholodilin, K. A.; López, F; Rey Blanco, D., y González Arbúes, P., *Rent control effects through the lens of empirical research*, DIW Berlín Discussion Papers, núm. 2008, 2022.

López Ramón, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista española de Derecho constitucional,* 102, 2014, pp. 49-91.

López-Rodríguez, D., y Llanos Matea, M. de los, «La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional», *Banco de España. Documentos Ocasionales núm. 2002*, 2020, pp. 1-52.

Mense, A.; Michelsen, C., y Kholodilin, K. A., *Empirics on the casual effects of rent control in Germany*, FAU Discussion Paper in Economics, 24/2017.

Monseny, J.; Martínez Mazza, R., y Segú, M., *Effectiveness and suply effects of high coverage rent control policies*, Cities – IEB Working Paper 2022/22, Universitat de Barcelona, 2022.

Nasarre Aznar, S., «Leases as an alternative to homeownership in Europe. Some key legal aspects», *European Review of Private Law*, 2014, pp. 815-846.

— «El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos», *Hay Derecho*, 28 de octubre de 2020.

OLAP, «Le non encadrement des loyers à Paris en 2018: des dépassements plus fréquents et plus marqués pour les nouvelles locations», 2029.

Parejo Alfonso, L., «Vivienda y urbanismo, mercado tensionado y acción de las Administraciones Públicas», *Práctica Urbanística: La nueva Ley de vivienda a debate*, 1, 2023.

Peppercorn, I., y Taffin, C., *Rental housing: Lessons from international experience and policies from emerging markets,* Banco Mundial, 2013.

Quintiá Pastrana, A., «Más allá del artículo 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos

sociales vulnerables», Revista de Derecho Público: Teoría y método, 6, 2022, pp. 115-153.

Raya, J. M., *La política de limitación de precios de los alquileres: evidencia científica y empírica,* Cátedra APCE-UPF, Habitatge i futur, 2021.

Tejedor Bielsa, J., «Política de vivienda social y libertades comunitarias», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 160, 2013, pp. 233-247.

Thomscke, L., «*Über die Evaluierung der Mietpreisbremse*», *Zeitschrift für Immobilienökonomie*. Band 5, Nr. 1, 1. November 2019.

Xerri, K., y Molina Roig, E., «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», *CEFLEGAL*, 178, 2015, pp. 41-86.

XIX

LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA

A. Problemática de la promoción y gestión pública de la vivienda en España

Enrique Bueso Gómez
Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Urbanismo

Ana Silvestre Navarro
Técnica Jurídica y Coordinadora Grupos de Trabajo de AVS. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

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

Resumen: *El presente capítulo, «La Promoción y Gestión Pública de la Vivienda» tiene como objetivo el realizar un estudio de cómo desde las administraciones públicas se ha venido promoviendo suelo y vivienda y, posteriormente gestionando y conservando los parques públicos de vivienda. A*

través del siguiente análisis se aborda el régimen jurídico del gestor público de vivienda, así como las particularidades en la Promoción y Gestión Pública de la misma. Se basará esencialmente en los entes instrumentales públicos, especialmente las sociedades urbanísticas, pues es a través de ellos, organismos especializados y con autonomía de actuación y financiera se ha realizado tradicionalmente la referida promoción y gestión.

Se realizará una pequeña introducción histórica y actual de la situación del sector público institucional que gestiona la promoción pública del suelo y la vivienda. Se destacará su problemática actual así como su capacidad de actuación mediante el estudio de la competencia de vivienda de las administraciones y las específica problemática de las diversas relaciones de los entes instrumentales con su administración, sin perjuicio de un pormenorizado estudio en el apartado B.

Este estudio se basará en los distintos escritos, propuestas normativas y artículos que en los último años se han venido realizando por miembros de AVS Gestores Públicos ante las administraciones competentes y en las revistas especializadas durante los complicados años subsiguientes a la crisis económica, poniendo de manifiesto que la legislación surgida al amparo y fundamento en la misma es una normativa enormemente restrictiva y limitadora de sus posibilidades actuación. Dicha legislación, que actualmente se mantiene en gran medida, pudo tener sentido en esa grave situación económica, pero en la actualidad, no solo no tiene justificación quince años después, sino que hace difícil que el sector público de vivienda y suelo pueda desplegar su tradicional y eficaz actuación de promoción ante la gravísima situación de necesidad de vivienda, impidiendo a los poderes públicos garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada a las capas más desfavorecidas de la sociedad.

Palabras clave: *Vivienda, Parques públicos de vivienda, Entes instrumentales públicos, Sociedades Urbanísticas, Gestión servicios públicos, Gestión pública de vivienda.*

Abstract: *The aim of this chapter, «Public Housing Promotion and Management», is to study how public administrations have been promoting land and housing and, subsequently, managing and conserving public housing stock. The following analysis deals with the legal regime of the public housing manager, as well as the particularities of public housing promotion and management. It will be based essentially on the public instrumental entities, especially the urban development corporations, as it is through them, specialised bodies with autonomy of action and financial autonomy, that the aforementioned promotion and management has traditionally been carried out.*

A brief historical and an introduction to the current situation of the institutional public sector managing the public promotion of land and housing will be made. Its current problems will be highlighted, as well as its capacity for action through the study of the housing competence of the administrations

and the specific problems of the relations of the instrumental entities with their administration, without prejudice to a detailed study in section B.

This study will be based on the various writings, regulatory proposals and articles that in recent years have been written by members of AVS Gestores Públicos to the various competent administrations and in specialised journals during the complicated years following the economic crisis, showing that the legislation that emerged under the protection and on the basis itself is an enormously restrictive and limiting regulation of its possibilities for action. This legislation, which still remains today, may have made sense in that serious economic situation, but today, not only have no justification fifteen years later, but it also makes it difficult for public housing and land sector to carry out its traditional and effective promotional activities in this extremely serious situation of housing in need, preventing the public authorities from guaranteeing the constitutional right to decent and adequate housing for the most disadvantaged sectors of society.

Keywords: *Housing, Public housing stock, Public instrumental entities, management of public services, Public housing management, Urban Planning Societies, Assignment of functions, Management assignment, Financing, Budgetary stability, Human resources, Replacement rate of staff, Wage bill.*

Sumario: 1. Previo: Una introducción histórica al Gestor Público. 2. Situación del Gestor Público tras la crisis económica de 2008. 2.1 Planteamiento. 2.2 Competencia de vivienda de los ayuntamientos y de sus entes instrumentales. 2.3 Las relaciones ente instrumental y administraciones en la LCSP 9/2017. 2.3.1 La decisión autoorganizativa de gestionar directamente por entes no se limita por la normativa europea de mercado interior. 2.3.2 Las relaciones entre la administración y su ente instrumental son habitualmente mediante la atribución de competencias o funciones. 2.3.3.– Los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo son habitualmente un «medio propio« de su administración titular. 2.3.4 Desacertada interpretación del criterio de idoneidad.

1. PREVIO: UNA INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL GESTOR PÚBLICO

Tradicionalmente en nuestro país el disfrute de una vivienda digna ha sido un grave problema para las capas menos favorecidas de la sociedad ya que el mercado no ha satisfecho con carácter habitual sus necesidades de vivienda, problema que se ha acuciado de forma alarmante en nuestros días, tras crisis económicas y sanitarias y guerras en Europa. Por ello, ante

la falta de respuesta suficiente del sector privado, desde antiguo, las administraciones públicas han apostado de forma firme por procurar la oferta de una vivienda adecuada a las necesidades y asequible a recursos de estos ciudadanos.

Esta actuación pública ha sido diversa, pues bien por un lado, en el desempeño de su actividad de fomento, se han incentivado la actuación del sector privado con ayudas económicas y/o cesión de suelo para la promoción y construcción privada de viviendas a precios asequibles. Otras veces, por otro, han sido las propias administraciones las que han promovido las viviendas necesarias para dichas capas de población más desfavorecidas, en el ejercicio de su actividad de servicio público, tanto en venta como en alquiler dando lugar a los denominados «Parque Públicos de Vivienda». Actividad de servicio público en base a que tradicionalmente las distintas administraciones han tenido en mayor o menor medida la competencia de vivienda.

En esta segunda función, la de promoción de viviendas asequibles en ejercicio de su actividad de servicio público, se inició a principios del siglo xx, asumiendo la promoción directa de las viviendas necesarias, apareciendo la denominada «Promoción Pública», en la que la administración asumía el riesgo de la misma con sus propios fondos y en los suelos reservados para ello. La promoción pública de la vivienda, como posteriormente se acreditará, es una actividad típica de servicio pues desarrolla la competencia específica de las administraciones y garantiza el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada de los ciudadanos menos favorecidos.

Es conveniente, desde un primer momento, que se tenga claro que la administración por norma solamente promueve y no construye, actividad esta última que se deja al constructor/contratista seleccionado mediante procedimiento de concurrencia pública. Es decir, la administración no entra en concurrencia con el sector privado, pues siendo los destinatarios de sus viviendas distintos, solamente se promueve, asumiendo los riesgos de la promoción y poniendo el suelo, dejando la ejecución material de las obras al sector privado que es el que realiza la urbanización y construcción y obtiene los beneficios inherentes a ello. Esta relación entre el sector público que promueve y el Privado que urbaniza y construye es lo que actualmente se denomina «colaboración Público/Privada».

Prueba de lo afirmado es que la asociación mayoritaria que reúne a los promotores privados a nivel nacional se denomina «*Asociación de Promotores Constructores de España*» (APCE), mientras que esta misma asociación de los públicos se ha denominado tradicionalmente «*Asociación de Gestores/ Promotores Públicos de Vivienda y Suelo*» (AVS) pues los públicos solamente promueven y no construyen, además de gestionar los Parques Públicos.

Centrado ello, hay que indicar que ya desde el principio de esta asunción de promotor público de vivienda y suelo para los menos favorecidos, la administración igualmente ha considerado que para ello es elemento esencial que la misma se realice a través de un instrumento especializado y con cierta autonomía de actuación y financiera de la propia administración, apareciendo así, los denominados «*entes instrumentales* públicos». La razón de que la promoción pública de la vivienda y suelo se haya realizado a través de entes instrumentales privados es esencialmente por el hecho de que para esta actividad de servicio público se necesita un ente especializado y con régimen jurídico, más adecuado a las reglas de mercado que la administración ordinaria y régimen financiero independiente para poder asumir los costes y la específica financiación que requiere la vivienda.

Estos entes instrumentales en principio adoptaros formulas personificadoras sometidas al Derecho Público, pero posteriormente adoptaron la fórmula más práctica de sociedades mercantiles públicas, especialmente las llamadas sociedades urbanísticas, que posteriormente analizaremos. La justificación de ello, la deja perfectamente clara el profesor Eduardo García de Entrerría, que centrándose en este último tipo de sociedades, las urbanísticas, indicaba que era indispensable «*huir de las reglas constrictivas de una gestión pública ordenada por el derecho administrativo y financiero. La fórmula señalada fue la creación por las administraciones públicas de las sociedades urbanísticas sometidas a un derecho especial. Se trataba con ello de eliminar las reglas de la contabilidad pública, de financiación de entidades locales, de contratación administrativa, de procedimiento administrativo, de funcionarios públicos, del sometimiento a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, realizando sistemas de gestión empresarial*». Este planteamiento es en esencia válido pues, aunque en la actualidad el régimen jurídico de las sociedades públicas se encuentra mucho más sometido al derecho privado, en su actividad es imprescindible que su actuación se realice con criterios de gestión empresarial y sometida en gran medida a las reglas del mercado que imponen una evidente especialización.

Comenzaron inicialmente los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo bajo la forma de «*Patronatos de Viviendas*» como el Patronato de Viviendas de Barcelona, constituido por el Ayuntamiento de dicha ciudad en la segunda decena del siglo xx, siguiendo muchos otros, el de Alicante, el de Salamanca el de Cádiz, en el ámbito local o el «Obra Sindical del hogar» (OHS) en el ámbito estatal, tras la guerra civil – o los denominados «Institutos» como el «Instituto para la Promoción Pública de Vivienda» (IPPV) o el «Instituto Nacional de Vivienda» (INV), constituidos todos ellos por el Estado y sometidos en gran medida al derecho público, pero respetando siempre su criterio de especialización y autonomía de gestión.

Posteriormente tras la Ley del Suelo del 56, la de 1975, su texto Refundido de 1976 y la amplia normativa reglamentaria de desarrollo, se da un paso en la idea de gestión empresarial y ya adoptan la forma societaria, especialmente bajo la forma de «Sociedades Urbanísticas». Proceso que se ve incrementado tras la constitución y la asunción de competencias en materia de vivienda y suelo y por la completa regulación que de este tipo de sociedades públicas realizada por la normativa urbanística de las Comunidades Autónomas y las leyes de régimen local, estatal y autonómica. Ello da lugar a que la mayor parte de las Comunidades Autónomas a partir de los años ochenta hasta la actualidad tengan sus propias sociedades instrumentales, como la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA), el Instituto Valenciano de Vivienda S. A (IVVSA), el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo (IGVS) Instituto Catalán del Suelo, el Instituto de la Vivienda de Madrid, etc. Igualmente grandes como pequeños municipios han ido constituyendo sociedades municipales de vivienda y suelo Sin carácter exhaustivos se pueden citar la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (EMVS), la sociedad Municipal de Viviendas de Zaragoza, Viviendas proyectos y obras municipales de Santa Cruz de Tenerife, S. A., Viviendas Municipales de Córdoba, S. A, Sociedad Urbanística Municipal de Vitoria, Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S. L., Sociedad de Vivienda y Suelo de Santander, S. A., Empresa Municipal de la Vivienda de Jerez, S. A., Empresa Municipal de la Vivienda de Ceuta, S. A., Empresa de Gestión Urbanística y servicios de Alboraya S. L. U., Empresa Municipal de Suelo y Vivienda de Toledo S. A., etc.

Este desarrollo de los entes instrumentales especializados acredita que la promoción pública directa mediante dichos entes hace que durante todo el siglo xx y lo que va de este han sido dichos entes en sus distintas modalidades (organismos sometidos al derecho público o sociedades mercantiles) los que esencialmente han promovido los grupos de viviendas sociales que se han realizado en este país.

Hay que indicar que tras la crisis y la legislación que surge de la misma se ha iniciado una tendencia a modificar, en algunas Comunidades Autónomas a transformar la forma jurídica de sus entes instrumentales pasando de ser sociedades mercantiles a organismos autónomos sometidos en mayor medida al Derecho Público, las denominadas «*agencias*», pero esta tendencia no se ha generalizado. A título de ejemplo la Empresa Pública de Andalucía (EPSA) se ha transformado en la Agencia de la Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA) o el instituto Valenciano de la Vivienda S. A., tras distintas modificaciones ha devenido en la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo (EVHA).

Este desarrollo instrumental de los entes públicos de vivienda dio lugar a la necesidad de la creación de una asociación que las agrupase y

defendiese sus intereses de forma común. Así en 1988 se constituyó la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), con la denominación inicial de Asociación Españoles de Promotores de Vivienda Social.

AVS Gestores Públicos (Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo), se constituyó en febrero de 1988, por acuerdo de un amplio grupo de entes, empresas y administraciones públicas territoriales (Ayuntamientos, Diputaciones, CC. AA.) dedicadas a la promoción de vivienda y gestión de suelo, urbanismo, equipamientos y servicios públicos relacionados, movidas por la idea de aunar sus esfuerzos para una mejor defensa de los intereses comunes. Formado parte de la misma del orden de 160 en su mayoría entes públicos instrumentales Estatales, autonómicas y locales, aun cuando también son miembros de ella entes territoriales. Siendo AVS uno de los principales intervinientes en la defensa de la gestión pública instrumental en materia de vivienda y suelo, que han promovido desde principio de siglo 55.000 viviendas para la venta, 10.500 en alquiler en nueva construcción y 350.000 actuaciones de rehabilitación. Administrando, en la actualidad 452.000 viviendas sociales. Hay que destacar que más de 1.000.000 de personas viven en viviendas promovidas y administradas por asociados de AVS.

En el ámbito europeo AVS forma parte del «Comité Europeo del Hábitat Social - Housing Europe» que reúne a 45 federaciones nacionales y regionales que representan más de 39.000 organismos y empresas de 19 países europeos, de los sectores público, cooperativo y privado sin ánimo de lucro, que trabajan en el campo de la vivienda social. Estas organizaciones proveen de vivienda a más de 21 millones de familias en toda la Unión Europea.

Para terminar con esta pequeña introducción hay que destacar que esta amplia actuación de promoción de la vivienda por parte de los entes instrumentales que se ha analizado se ha podido desarrollar gracias al hecho de que las competencia de vivienda tradicionalmente ha estado atribuida a las distintas administraciones territoriales y por ente a los entes instrumentales creados por éstas para su desarrollo. Tras la Constitución de 1978 la competencia de vivienda, además del Estado y de las CC. AA. se residenciaba con buen criterio en los ayuntamientos que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local tenían una amplia competencia en materia de vivienda y para la programación y el desarrollo del suelo necesario para ello. Ese aspecto ha sido esencial para el desarrollo de las distintas políticas de vivienda pues son los ayuntamientos las administraciones más próximas al ciudadano y las que tienen un amplio conocimiento de la situación real de la problemática en sus términos municipales. Esto se encuentra perfectamente

acreditado por el hecho de que gran parte de los municipios y no solo los más grandes, desde el principio han asumido sus competencias y, como ya se ha indicado, han constituido entes instrumentales que con un exacto conocimiento de la necesidad real de sus localidades han promovido y han desarrollado políticas de vivienda adecuadas a la realidad, bien con fondos propios a través de los Planes Municipales de Vivienda, bien aplicando los planes nacionales y/o autonómicos de vivienda, bien favoreciendo con oferta de suelo o beneficios en impuestos locales a los promotores privados. Esta implicación queda evidenciada por el hecho de que un porcentaje del orden del 80 por ciento de los entes pertenecientes a AVS dependen de la administración local.

Es muy importante que se indique este aspecto competencial, pues posteriormente se analizará la reciente problemática surgida en relación a la pretendida supresión inicial de dicha competencia de los ayuntamientos, que afortunadamente quedó en una confusa limitación, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que modificó Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL). Posteriormente se analizará.

2. SITUACIÓN DEL GESTOR PÚBLICO TRAS LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008

2.1 **Planteamiento**

Este desarrollo continuo y constante de la promoción pública de vivienda y suelo se vio frenado bruscamente en 2008 por la terrible crisis económica mundial que obligó a las administraciones a frenar bruscamente su actividad, especialmente de aquellas como las sociedades urbanísticas y empresas de vivienda, pues no puede olvidarse que la crisis tiene su origen en una crisis inmobiliaria debida a la caída del mercado hipotecario. Esta situación impuso la aplicación de unas restrictivas medidas económicas muy duras y que con criterio, a nuestro entender, excesivamente economicista y liberal, suprimían la financiación de la mayor parte de las actuaciones de carácter social de las administraciones públicas, entre ellas la vivienda, lo que supuso un parón absoluto de la promoción de la vivienda pública. Paradójicamente, este parón se produce en un momento en el que el incremento de la necesidad de vivienda social aumenta exponencialmente, pues uno de los efectos esenciales de la crisis es que al perder un amplio sector de la población su trabajo pierde su vivienda. La

causa de ello es que por la disminución drástica de los ingresos las familias no pueden hacerse cargo de los pagos de sus cuotas hipotecarias o de las rentas de alquiler, lo que dio lugar a la pérdida de su vivienda en propiedad o alquilada, produciéndose un excepcional aumento de los procedimientos de desahucio de vivienda habitual, produciéndose un incremento exponencial de la demanda de vivienda social.

Consecuencia de la referida crisis económica e inmobiliaria, como se ha indicado, se dictaron medidas que limitaron de forma drástica la actuación de la administración, en general, y de sus entes instrumentales en particular. En el ámbito local, se limita la competencia de vivienda de los entes locales, restringiendo la actuación la actuación e incluso llegándose a ordenar por la citada LRSAL la disolución de gran parte del sector público instrumental local.

El problema era que muchas de dichas medidas que pudieron tener un origen y finalidad razonable en dicho momento y que, en muchos casos, eran de carácter transitorio, casi 10 años después aún siguen vigentes y ante la excepcional crisis de vivienda que actualmente nos encontramos, especialmente para los menos favorecidos, impiden la actuación de los entes públicos instrumentales que, como se ha visto, son los únicos que pueden actuar con la necesaria contundencia para realizar actuaciones de choque en materia de promoción de vivienda bien directamente o mediante «colaboración pública/privada» para atenuarla y procurar su paulatina solución. Lo analizaremos.

Como ya hemos reiterado en distintas publicaciones y foros [1], la crisis y la normativa surgida de la crisis ha supuesto una travesía en el desierto de los gestores públicos de vivienda y suelo.

Para el sector local se inicia esta travesía con la publicación la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que modificó Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL), que afecta directa y especialmente a los Gestores Públicos locales, la mayor parte de ellos como se ha visto, tanto en cuanto a su principal actividad, como en relación a su propia existencia. En primer lugar, limita la amplia competencia que en materia de vivienda que tenían los ayuntamientos y modifica de forma confusa la regulación tradicional del sector público local en orden a la decisión de la gestión directa instrumental, limitando no solo la creación de nuevos entes instrumentales, sino que, además, pretendía limitar su uso en beneficio de la iniciativa privada, volviendo en cierta medida a

(1) Se seguirá en la exposición histórica lo indicado en nuestro artículo «*Los gestores públicos de vivienda y suelo problemática y actuación durante el estado de alarma por el COVID-19*» publicado por la Revista de Derecho Urbanística y Medio Ambiente (RDU) AÑO LIV, núms. 337-338, Abril-Mayo-Junio 2020.

la supletoriedad de la gestión pública a la privada de regímenes anteriores preconstitucionales.

Pero la LRSAL no fue una excepción, pues la particular situación económica dio lugar a la publicación de otra normativa restrictiva de la actuación de los entes instrumentales. En esta línea se enmarca la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 86 que establece igualmente amplias limitaciones de las relaciones y creación del sector público instrumental con su restrictiva regulación del «*Medio propio y servicio técnico*».

Entre ellas se destaca especialmente la citada LCSP 9/2017 que con la extensa, restrictiva y contradictoria regulación de los encargos a medio propio, de las condiciones del mismo y a la especial regulación del criterio de su idoneidad, lograba comprometer su actuación y entorpecía las tradicionalmente fáciles y fluidas relaciones con sus administraciones titulares. la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) se produce en un contexto socio político ciertamente excepcional que se caracteriza por una crisis económica profunda y una percepción errónea e interesadamente exagerada de la existencia de una corrupción generalizada que produjo una palpable desconfianza en el actuar del sector público.

Y lo peor de todo ello, es que en todas las citadas normas se pretende justificar estas limitaciones e imposiciones en la normativa europea del «Mercado Interior», especialmente pretendiendo que con ellas se adapta el ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Ello no es cierto pues, como veremos posteriormente, se establecen limitaciones ajenas a la legislación europea y se le imponen al medio propio una serie de requisitos formales (entre otros, denominaciones y reconocimientos estatutarios) radicalmente ajenos a la realidad del derecho de la Unión Europea en los que el concepto de medio propio y el de poder adjudicador es un criterio esencialmente funcional, criterio radicalmente ajeno a los criterios formales tan imperantes en los derechos administrativos latinos.

A esta confusa e interesada regulación se le sumó el hecho de que desde su entrada en vigor las normas fueran interpretadas con un criterio exagerada e interesadamente restrictivo por ciertos sectores de la Doctrina, con afirmaciones en relación a sus requisitos que no solo carecían de la más mínima justificación en nuestra normativa tradicional, sino que iban frontalmente en contra de los criterios claramente establecidos por la normativa y jurisprudencia europea.

El resultado de esta situación es que durante unos años la misión del Sector Público Instrumental de realizar su función esencial que no es sino la de gestionar de forma directa los servicios públicos se convirtiera en

una auténtica travesía en el desierto en la que se perdieron muchas sociedades y entes instrumentales que habían acreditado su valía durante muchas décadas, especialmente en materia de la generación de vivienda social y suelo para la misma.

Esta situación fue denunciada reiteradamente por AVS en cuantos foros y reuniones participó, incluso en las sugerencias y alegaciones durante el proceso de información pública de la normativa anteriormente citada y, menos mal, que en muchas de dichas normas se logró atenuar el efecto de las mismas al conseguir que se admitieran algunas de las propuestas de AVS como el mantenimiento de la competencia de vivienda de los ayuntamientos o la exclusión del criterio de idoneidad cuantitativa para determinados gestores públicos.

Enumeraremos y analizaremos de forma breve distintas aspectos que por ser esenciales para la actuación del gestor público y sin perjuicio de un posterior estudio más amplio de algunos aspectos, separadamente la eventual limitación de la competencia de vivienda de los ayuntamientos realizada por la LRSAL y las limitaciones a la actuación y relaciones de los entes instrumentales / medios propios con sus administraciones titulares impuestas por la LCSP.

2.2 **Competencia de vivienda de los ayuntamientos y de sus entes instrumentales**

Como se ha indicado tradicionalmente las distintas administraciones territoriales de nuestro país han tenido competencia en materia de vivienda y urbanismo lo que ha servido para que sus entes instrumentales especializados en dichas materias puedan desarrollar suelo y posteriormente promover gran número de viviendas especialmente para el sector de población que no podía acceder a la misma. En el nuevo orden social y jurídico surgido tras la Constitución Española de 1978 esta competencia se ha mantenido y potenciado.

En relación a las CC. AA, claramente determina el artículo 148 de la actual Constitución Española que éstas podrán asumir competencias en «*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*» y todas ellas, en sus Estatutos de Autonomía han asumido dichas competencias.

Por lo que respecta a los Ayuntamientos su competencia era igualmente clara en el nuevo orden democrático, así claramente lo establecía la redacción original de la LRBRL que en su artículo 25 que determina que es competencia de los municipios el urbanismo en sentido muy amplio (Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías

rurales) y de vivienda con la misma amplitud pues al indicar solamente «*promoción y gestión de viviendas*», daba lugar a la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial que comprendía tanto a la promoción de nueva vivienda sin distinguir entre viviendas libres o protegidas ni de régimen de compraventa o alquiler, como para la rehabilitación de las existentes y la administración de los parques públicos existentes. Esta competencia de vivienda se complementaba con el artículo 28 del mismo texto que incluía la vivienda entre las actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas que podían realizar los municipios.

Estando así las competencias de los municipios los primeros Anteproyectos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), desconociendo la realidad de la promoción municipal de vivienda, eliminaban dicha competencia como propia, pudiendo tan solo obtenerse por delegación de las CC. AA. Tras distintas alegaciones y reuniones en las que participó activamente AVS se logró que la Ley aprobada introdujese a la vivienda como competencia propia, si bien de forma restrictiva pues se limitaba el nuevo artículo 25 a la «*Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación*». Se incluye la competencia de vivienda, pero a diferencia de la anterior regulación que la formulaba con carácter de generalidad se introducen dos aspectos que la condicionan. Por un lado se refiere a la vivienda de protección pública y la misma se realice con criterios de sostenibilidad. Por otro se incluyen de forma específica la rehabilitación y conservación de las viviendas, entre las que claramente se incluyen los parques públicos[(2)].

Tras ello, se ha pretendido constreñir la competencia municipal de vivienda exclusivamente a las protegidas y con estricta garantía de los criterios de sostenibilidad financiera, lo que no deja de ser paradójico pues en las viviendas protegidas de Promoción Pública o de Régimen Especial, esencialmente las de alquiler, es difícil incluso cubrir los costes y los únicos beneficios que se obtienen son sociales al estar destinadas a las capas sociales más desfavorecidas.

Frente a esta postura restrictiva AVS ha defendido el criterio de amplia competencia municipal en materia de vivienda. Ello en base a que la competencia de los municipios en general y en especialmente la de vivienda, establecidas por la normativa Estatal, la LRBRL, es el mínimo competencial y para determinar el exacto alcance de las mismas hay que acudir a la normativa de las CC. AA. que la complementan y desarrollan. Siguiendo los

(2) La Competencia de vivienda de los entes locales y, en general, los efectos de la LRSAL al Gestor Público, se analiza con mayor profundidad en el libro «*Efectos en el sector público local de la nueva Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*» de Bueso Guirao, E., y Pérez Mira, J. M., editada por AVS en 2015.

criterios Jurisprudenciales y especialmente lo establecido en la normativa de las distintas CC. AA. en relación a las competencias en general, y en especial a la de vivienda, hay que considerar que la normativa Estatal, la LRBRL, es el mínimo competencial, como se ha indicado en apartados anteriores y que para determinar el exacto alcance hay que acudir a la normativa de las CC. AA. que la complementa y desarrolla.

Hoy día el tema ya lo dejó perfectamente claro el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de marzo de 2016, al resolver un recurso contra la LRSAL formulado por la Asamblea Extremadura. Parte la sentencia de que afirmar que los municipios «solo» pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL es erróneo, pues éste determina las materias que en «todo caso» el municipio debe tener como competencias propias. Este artículo, indica el T. C., no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiere. Por ello las competencias propias se atribuirán a los municipios de modo específico a través de ley sectorial estatal y de CC. AA., cada cual en el marco de sus competencias. Consecuentemente dichas leyes pueden atribuir competencias propias en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3, 4 y 5 del mismo.

Como consecuencia de ello se puede concluir que los ayuntamientos y por ende sus sociedades urbanísticas tendrán las competencias de vivienda que determine la normativa de régimen local y sectorial en materia de urbanismo y especialmente de vivienda, que en la mayor parte de las CC. AA. es muy amplia y excede a lo previsto en el artículo 25 de la LRBRL. No obstante ello, consideramos que para evitar los problemas que han venido teniendo as empresas públicas municipales, debería volverse a la redacción originaria del artículo 25 (solamente «*promoción y gestión de viviendas*»), pues con esta clara regulación se facilitaría la actuación de éstas una vez superada la crisis económica y ante la acuciante necesidad de vivienda, además se de hacer coherente con la regulación de las CC. AA. que siendo competentes en materia de vivienda dan una amplia competencia a los ayuntamientos imponiéndoles incluso algunas la obligación de formular «Planes Municipales de Vivienda», además de adecuar la normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2.3 **Las relaciones ente instrumental y administraciones en la LCSP 9/2017**

La confusa redacción de los artículo 22 y 23 LCSP 9/2017 con la formulación poco clara de limitaciones a la actuación y relaciones de los

entes instrumentales / medios propios con sus administraciones titulares impuestas ha provocado graves problemas a la actuación de los entes instrumentales públicos al introducir limitaciones y condiciones ajenas al derecho administrativo tradicional y a la normativa europea. Además, se ha producido una particular interpretación de la normativa, ya de por sí restrictiva, por fuentes aparentemente solventes y acreditadas se llegaron a sentar algunos criterios interpretativos que sorprendieron a los encargados del gestionar esos entes instrumentales que no salían de su asombro. Analizaremos algunos se ellos, acreditando lo erróneo de su planteamientos en base a la normativa, Doctrina y Jurisprudencia.

2.3.1 *La decisión autoorganizativa de gestionar directamente por entes no se limita por la normativa europea de mercado interior*

Se afirmaba que la gestión directa de los servicios públicos por entes instrumentales debía de ser admitida con grandes restricciones pues iba en contra de la normativa europea de mercado interior y contra las citadas directivas, debiendo ser supletoria de la gestión indirecta, es decir, la contratación externa a un sujeto privado. Afirmando que esta imposición provenía no solo de las Directivas europeas de cuarta generación, sino también que así había sido claramente establecido en la Jurisprudencia europea pues se consideraba la gestión directa de los servicios como un competencia desleal al sector público y contraria al mercado interior.

Por el contrario, la normativa Europea considera que el hecho de que una administración en su potestad de autoorganización considere que determinadas actuaciones, especialmente de gestión de servicios o actividades económica, la deba realizar un ente instrumental público, en nada contradice la normativa de contratación o mercado interior. Esta decisión es organizativa que no afecta a la normativa de mercado interior, que la Directiva 2014/24/UE la excluye expresamente. Además, por otro lado, dicha Directiva en ningún momento entra en criterios organizativos que impongan la preferencia de la gestión indirecta o externa frente a la interna o directa. Dicho de otro modo, no obliga a la administración a contratar fuera lo que puede hacer medios propios o »de casa», tengan estos o no personalidad jurídica distintas o no de dicha administración. Lo que sí impone es que si este ente instrumental al que se le atribuye la competencia de ciertas actividades realiza contrataciones externar con terceros, esta relación se realice con los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que determinan las Directivas.

Estas afirmaciones las ha dejado claro la doctrina más autorizada como Julio Tejedor Bielsa que al analizar la Directiva 2014/24/UE indica que «*El artículo 1.4 DC establece que «la presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo no 26». El artículo 1.6 DC establece, por su parte, que «los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva»* [(3)].

La Jurisprudencia Europea igualmente desde antes del inicio de esta discusión ya dejaba claro el tema, entre otras, en la sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) deja claro que una administración no tiene que acudir a medios externos (gestión indirecta) cuando que puede hacerlo con sus propios medios instrumentales (gestión directa) afirma que «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública*» [(4)].

---

(3) Tejedor Bielsa, J., «*Una cosa es decidir cómo gestionar y otra, bien distinta, encargar…*» EsPúblico, 12 de diciembre de 2018.

(4) La sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) indica: «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública*».

2.3.2. *Las relaciones entre la administración y su ente instrumental son habitualmente mediante la atribución de competencias o funciones*

Igualmente se pretendía que la legislación europea y su desarrollo normativo en nuestro país imponían que la única forma de relación entre el sector instrumental y sus administraciones fuera mediante las formas específicas que regulaba la normativa de contratación, las tradicionales «encomienda de gestión» o el actual «encargo a medio propio».

Estas afirmaciones olvidaban que es la normativa general administrativa la que establece las distintas formas de gestión de los servicios públicos y que la normativa de contratación y que esta normativa no afecta y es posterior a la normativa que permite la autoorganización de las administraciones y es a ella a la que hay que acudir para establecer los tipos y formas de relaciones como claramente establece la Directiva 2014/24/UE.

Indicado ello, la forma habitual u ordinaria de relacionarse entre las administraciones y sus entes instrumentales es una relación de dependencia al haberle atribuido aquella una serie de competencias y actividades fijadas durante el procedimiento administrativos de constitución y determinada por su objeto social, atribución de competencias que se determina con carácter general y sin plazo concreto o específico.

Por el contrario, a través del encargo a medio propio se le encargarán, confiarán o encomendarán actividades o actuaciones concretas y puntuales con un contenido específico y plazo de realización y determinado como exige claramente el normativa contractual.

En este sentido y teniendo en cuenta la especialidad, la normativa de las CC. AA. competentes para regular las Sociedades Urbanísticas que son los entes instrumentales públicos que promueven suelo y viandas sociales, han dejado meridianamente claro ello, sirva de ejemplo el Texto Refundido de la ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat valenciana[5], que en su Disposición Adicional Tercera (Entidades urbanísticas de capital público) indica: «*Estas sociedades tendrán la consideración de entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos y actividades para los que ha sido constituida y, en su caso de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen o* encomienden…». Igualmente distintos instrumentos normativos como la

(5) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana.

«*Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018*».

2.3.3 *Los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo son habitualmente un «medio propio« de su administración titular*

En tercer lugar, dando un paso más, si se parte de la errónea concepción de que las relaciones son exclusivamente mediante el encargo a medio propio, con una interpretación exageradamente limitativa y restrictiva de las condiciones para adquirir este carácter de medio propio de los entes instrumentales se consigue que sean todavía más difícil actuar con los mismos haciendo desistir de su uso a las administraciones que se valen de ellos. Así, se ha venido realizando una interpretación muy restrictiva (muchas veces carente de sentido jurídico) de la caótica regulación del artículo 32 de la LCSP 2017 en relación a los requisitos para el reconocimiento del referido carácter de medio propio, lo que ha dado lugar a que haya llegado a considerarse que tener dicha condición es excepcional y que obtener dicho reconocimiento es una suerte de lotería.

Nada más lejos de la realidad, pues es la propia esencia del ente instrumental ser un medio del que la administración se vale para ejecutar determinados cometidos que le son propios, siendo este el carácter esencial y no al contrario como se ha pretendido.

Así se ha querido pretender que el requisito de que «*más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo*» se refería a que para poder ser medio propio más del 80 % debería provenir de actividades provenientes de específicos «encargos a medio propios» del artículo 32 de la LCSP, olvidando «confiados» siguiendo la normativa europea es que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su administración titular.

Sí se constituye una sociedad urbanística que se dedica exclusivamente a desarrollar competencias de urbanismo y la política de vivienda de un municipio, es evidente que su actividad desarrolla el cien por cien de su actividad proviene de cometidos confiados o delegados por su Ayuntamiento. Pretender lo contrario carecería de sentido jurídico.

Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto que la

actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla.

2.3.4 *Desacertada interpretación del criterio de idoneidad*

Con un criterio claramente contrario al sector público instrumental se ha exigido en la norma española un requisito de idoneidad basada en la porcentaje de ejecución la denominada «idoneidad cuantitativa», no solo ajena al derecho europeo sino que va en contra frontalmente de la normativa reguladora de las sociedades urbanísticas, que han sido un motor de los municipios para la promoción de suelo y viviendas asequibles y la gestión de los servicios adecuados para el ordenado desarrollo de la ciudad (aparcamientos, equipamientos sociales y culturales y mantenimiento de los elementos necesarios de la urbanización, alumbrado, viario, abastecimiento y evacuación de aguas, etc.) que, como se ha visto, tienen expresamente prohibido ejecutar materialmente las obras.

Por ello, hay que entender que la idoneidad del medio propio es esencial, pues es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. Pero que el ente instrumental sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan dirigir, realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50 %).

Como se ha indicado anteriormente, en materia de vivienda y suelo los entes instrumentales y sociedades urbanísticas somo «promotores», es decir que proyectamos, financiamos, dirigimos y administramos o enajenamos las viviendas o el suelo resultante. Pero no somo constructores o urbanizadores de las viviendas o suelo que desarrollamos, eso lo realiza el sector privado (contratista) que se selecciona mediante la concurrencia pública necesaria. Actividades que como ya se ha visto tienen prohibidas las sociedades urbanísticas.

Previendo el problema que se plantearía, en el trámite legislativo en el Congreso de los Diputados, se introdujo una previsión en el 32.7 que tras

exigir el *importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo*» Indica que no obstante ello no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. «*Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública*».

Dicha precisión introducida por sendas enmiendas presentadas por el Grupo Socialista y por la Senadora Mercedes Oramas González-Moro del Grupo Mixto[6], fundamentaba claramente su inclusión por el siguiente motivo:

> *«Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de "gestionar un servicio" que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (art. 85 de la Ley 7/1985, LRBRL)». De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC. AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente».*

La consecuencia de estas interpretaciones es que durante estos últimos años el sector público instrumental ha realizado una verdadera «travesía en el desierto» para poder realizar su imprescindible función, en muchos de sus cometidos habituales, especialmente en materia de vivienda social y suelo para las mismas. Y todo ello, con la falsa justificación de que era algo impuesto por Europa.

(6) Las enmiendas con un idéntico sentido y redacción son la Enmienda núm. 482, del G. P. Socialista y la Enmienda núm. 9, de la Sra. Oramas González-Moro (GMx). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2017.

No obstante ello, esta situación de bloqueo ha cambiado tras la pandemia en el que se ha echado en falta un sector público más potente y con la necesaria implementación de los fondos europeos, Next Generation UE, se está volviendo a un criterio de interpretación más conforme con el espíritu de la norma y con nuestra tradición, lo que está facilitando las relaciones de nuestros entes instrumentales, gestores públicos, con sus administraciones. Pero ello no se producirá hasta que la citada normativa confusa y restrictiva que se ha indicado sea modificada para impedir estas trabas artificiales que aún existen y hagan fluida la dicha relación, especialmente la LCSP 2017 y devuelva la LRBRL a su redacción originaria en muchos de los aspectos en que fue modificada por la LSAL.

B. Modalidades y régimen jurídico del gestor público de vivienda

Enrique Bueso Gómez
Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Urbanismo

Ana Silvestre Navarro
Técnica Jurídica y Coordinadora Grupos de Trabajo de AVS. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

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

Resumen: *En el presente capítulo, «Modalidades y régimen jurídico del gestor público de vivienda», desde un punto de vista jurídico, se analizarán las diferentes formas o modos que la normativa ofrece a las Administraciones Públicas para la gestión de los servicios públicos o el ejercicio de*

actividades económicas relativas a la promoción de suelo y vivienda. Además, se analizarán específicamente las relaciones jurídicas entre los entes Instrumentales públicos internas o «ad intra» con su administración titular que como se ha apuntado ha sido una cuestión fundamental y que ha planteado muchas dudas y dispares interpretaciones en orden a determinar en qué tipo de institución jurídica se encuadran, analizando las diversas figuras jurídicas, la esencial y habitual, como un modo de gestión directa del servicio público dentro de la facultad de autoorganización de la administración, bien mediante el encargo a medio propio como forma excepcional de atribuir una actividad concreta y determinada al ente instrumental. Este estudio se basará en los distintos escritos, propuestas normativas y artículos que en los último años se han venido realizando por miembros de AVS Gestores Públicos ante las administraciones competentes y en las revistas especializadas durante los complicados años subsiguientes a la crisis económica, poniendo de manifiesto que la legislación surgida al amparo y fundamento en la misma es una normativa enormemente restrictiva y limitadora de sus posibilidades actuación. Dicha legislación, que actualmente se mantiene en gran medida, pudo tener sentido en esa grave situación económica, pero en la actualidad, no solo no tiene justificación quince años después, sino que hace difícil que el sector público de vivienda y suelo pueda desplegar su tradicional y eficaz actuación de promoción ante la gravísima situación de necesidad de vivienda, impidiendo a los poderes públicos garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada a las capas más desfavorecidas de la sociedad.

Palabras clave: *Entes instrumentales públicos, Sociedades Urbanísticas, Gestión servicios públicos, Gestión pública de vivienda, Atribución de funciones, Encargo de gestión.*

Abstract: *This chapter, 'Modalities and legal regime of the public housing manager', will analyse from a legal point of view the different forms or modalities that legislation offer Public Administrations for the management of public services or the exercise of economic activities related to the promotion of land and housing. In addition, will be specifically analysed the legal relations between the internal or 'ad intra' public instrumental entities with their titular administration. As has been pointed out, this has been a fundamental issue and has raised many doubts and different interpretations in order to establish what type of legal institution they fit into, analysing the different legal figures, the essential and usual one, as a way of direct management of the public service within the administration's power of self-organisation, or through the assignment of its own means as an exceptional way of assigning a specific and specific activity to the instrumental entity. This study will be based on the various writings, regulatory proposals and articles that in recent years have been written by members of AVS Gestores Públicos to all the administrations and in specialised journals during the complicated years following the economic crisis, showing that the legislation*

that emerged under the protection and on the basis of the same is an enormously restrictive and limiting regulation of its possibilities for action. This legislation, which is still in place to a large extent today, may have made sense in that serious economic situation, but today, not only does it have no justification fifteen years later, but it also makes it difficult for the public housing and land sector to carry out its traditional and effective promotional activities in this extremely serious situation of housing need, preventing the public authorities from guaranteeing the constitutional right to decent and adequate housing for the most disadvantaged sectors of society.

Keywords: *Public instrumental entities, Management of public services, Public housing management, Urban Planning Societies, Assignment of functions, Management assignment.*

Sumario: 1. Fundamento y modalidades del Gestor Público. 1.1 Situación actual. 1.2 Modalidades: La sociedad urbanística. 2. Relaciones jurídicas entre Administraciones Públicas y entes instrumentales. 2.1 Introducción y problemática. 2.1.1 Tipos de relaciones. 2.1.2 Problemática de las relaciones internas. 2.2 La atribución de competencias/Gestión directa. 2.2.1 Introducción: La gestión de servicios. 2.2.2 Gestión directa por ente instrumental o atribución de competencias. 2.3 El encargo a medio propio. 2.3.1 Concepto de medio propio. 2.3.2 Requisitos del medio propio. 2.3.3 El requisito de la idoneidad.

1. FUNDAMENTO Y MODALIDADES DEL GESTOR PÚBLICO

1.1 **Situación actual**

Desde un punto de vista formal las distintas administraciones territoriales de forma tradicional han utilizado entes instrumentales especializados y con autonomía de gestión y financiera para la realización de actividades y gestión de servicios que requerían una especialización concreta y una gestión que les permitiese la suficiente autonomía de gestión y financiera por tener una reglas especiales que se lo permitiesen.

Esto ha sido evidente en sectores muy especializados y específicos como el de la defensa, naval, sector energético, infraestructuras, transportes, hidrocarburos etc. Ello se debe a que la gestión directa e indiferenciada

por la propia administración es perfectamente adecuada para realizar las tradicionales funciones de fomento y de policía, pero para la gestión de muchos servicios y actividades económicas la propia administración no está estructuralmente capacitada, sino que se requiere gestiones especializadas con medios específicos y con actuaciones y estructuras similares al del sector privado. Así, en base al principio de que la función determina el órgano, la gestión pública en estos sectores indicados se ha realizado mediante entes instrumentales públicos.

En nuestro sector de desarrollo y promoción de vivienda y suelo, esta ha sido la norma y, como se ha adelantado en el apartado anterior, esta promoción de forma significativa únicamente se ha realizado a través de dichos entes instrumentales. En el ámbito local, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, al regular los Órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de los servicios públicos, establece la razón última y fundamental de la creación de estos entes instrumentales, que no es otro que un principio de eficacia, al indicar que:*«… el Pleno podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, cuando así lo aconseje la necesidad de una mayor eficacia en la gestión, la complejidad de la misma, la agilización de los procedimientos, la expectativa de aumentar o mejorar la financiación o la conveniencia de obtener un mayor grado de participación ciudadana en la actividad de prestación de los servicios».*

La Doctrina administrativa ha analizado ampliamente esta preferencia, sus causas y efectos. No es lugar para hacer un estudio exhaustivo de la misma pero se puede sintetizar en distintos aspectos que actualmente han sufrido ciertas adaptaciones, matizaciones y modificaciones legislativas producidas fundamentalmente debido a la aplicación de la normativa de contratación/mercado interior de la Unión Europea[1]. No obstante ello, citaremos a Estanislao Arana[2], en un profundo estudio sobre las sociedades municipales de Gestión urbanística, considera que, en primer lugar, *«es el deseo y la confianza en que la utilización de las técnicas propias del Derecho privado agilice y consiga mayores dosis de eficacia en el ámbito de la gestión urbanística la que, en principio y formalmente, guía a la administración municipal a crear sociedades*

(1) Estudio en profundidad de los argumentos y criterios doctrinales que fundamentan la actuación en materia de urbanismo y vivienda se encuentra en Capítulo VII.º– Análisis de la legislación aplicable a la sociedad urbanística de la tesis de Bueso Guirao, E., «Las sociedades urbanísticas locales como instrumento de gestión de servicios y para el desarrollo de actividades económicas». el Departamento de Urbanismo de la Cátedra de Urbanística, Ordenación del Territorio y Derecho Administrativo de la Universidad Politécnica de Valencia, 2016.

(2) Arana García, E., «Las Sociedades Municipales de Gestión Urbanística», Editorial Marcial Pons, Madrid,1997, pp. 58-59.

municipales de gestión urbanística», indicando que de las muchas formas posibles de instrumentos jurídicos que podría utilizarse para esta agilización de la actuación urbanística *«son las fórmulas societarias las que ofrecen mayor capacidad operativa, sobre todo por la no utilización del rígido y garantista Derecho público, en favor de un Derecho mucho más flexible o dúctil como es el privado».* En segundo lugar, el citado autor considera que la gestión sometida al Derecho privado tiene además otras finalidades que benefician al poder municipal, en concreto, *«la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto; la superación de los trámites de la contratación administrativa; la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios para la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas».*

Es interesante la reflexión que, sobre el fundamento de la constitución de este tipo de sociedad, realiza Carlos de la Guardia Pérez-Hernández, indicando que en aquellos supuestos en los que la actuación municipal pretenda intervenir activamente en el urbanismo y no limitarse a meras actuaciones de policía, debe acudir a este tipo de sociedades. Así claramente manifiesta que *«el Ayuntamiento que se plantee su actuación urbanística fundamentalmente como una labor de policía, basada en la aprobación de planes parciales, proyectos de urbanización, estudios de detalle y la concesión de licencias, puede probablemente funcionar con una estructura totalmente tradicional, pero cuando la Corporación se plantee intervenir más activamente, negociando con los particulares, aplicando figuras de gestión innovadoras, tomando la iniciativa en la realización de actividades, pronto se dará cuenta de que el corsé de la estructura burocrática resulta demasiado estrecho, porque las decisiones son demasiado lentas, el diálogo con los particulares no llega a cuajar, etc. […] y deberá plantearse la necesidad de dotarse de una estructura organizativa distinta»* [(3)].

El Tribunal de Cuentas, en su Informe 1.003, analiza el objetivo de la Administración Pública con la actuación mediante estos entes instrumentales, en base a dos aspectos fundamentales, por un lado la autonomía económica y por otro la mayor flexibilidad de actuación, al indicar que *«frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía*

(3) Guardia Pérez-Hernández, C. de la, «Criterios para la elección de modalidad gestora del urbanismo. Planeamiento General», en Encuentros de Gerencias Municipales de Urbanismo, Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, Madrid, 1994, p. 47.

financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que no implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en el caso de que sean organismos públicos, responderá a la fórmula de la descentralización funcional o por servicios, y en el caso de que sean sociedades y fundaciones, suponen la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado y no ser funcionario su personal, sino laboral» (4).

De todo lo expuesto podemos concluir que los entes instrumentales para la gestión del urbanismo y la vivienda se han constituido fundamentalmente con la finalidad de lograr una mayor eficacia de la actuación administrativa de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, permitiendo mediante esta forma de actuación la gestión de un servicio público o la iniciativa económica municipal con sometimiento en su prestación al derecho privado, frente al rígido procedimiento administrativo.

La tipología y el régimen jurídico de dichos entes instrumentales ha evolucionado en función de las circunstancias históricas, la pertenencia a la Unión Europea e, incluso de las tendencias de la doctrina.

La evolución de sus modalidades íntimamente ligadas a la forma jurídica que en cada caso ha sido predominante, es la siguiente a grandes rasgos:

1.º *Preferencia por entes sometidos al Derecho Público*

En principio durante los dos primeros tercios del siglo xx la fórmula elegida era la de entes instrumentales sometidos al derecho público pero con autonomía operativa y de gestión. Esencialmente a través de organismos autónomos, bajo las denominaciones de Patronatos e Institutos de Vivienda y/o Urbanismo.

Ya se han indicado la Obra Sindical del hogar» (OHS) el «Instituto para la Promoción Pública de Vivienda» (IPPV) o el «Instituto Nacional de Vivienda» (INV), constituidos todos ellos por el Estado o el Patronato de La Vivienda de Barcelona, sometidos en su actuación al Derecho Público.

(4) Tribunal de Cuentas Informe 1.003, «Informe sobre fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012», p. 15. Publicado en diciembre de 2013.

2.º *Preferencia por entes sometidos al Derecho Privado*

Posteriormente se considera más adecuada la gestión empresarial bajo la forma de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, especialmente las Sociedades Anónimas. Esta evolución se inicia con las publicación de las sucesivas leyes del suelo, primero tímidamente con la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana y, decididamente la del Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, su texto refundido del 76 y con sus Reglamentos de desarrollo de 1978, del que hay que destacar el Reglamento de Gestión Urbanística y en desarrollo de éste en relación a las sociedades urbanísticas el Real Decreto 116/78 de creación de sociedades urbanísticas. En este momento su régimen jurídico es esencialmente el sometimiento en su actuación al derecho privado, mercantil y civil.

No obstante lo indicado, hay que precisar que este sometimiento al derecho privado no ha sido nunca absoluto, pues siempre se le ha aplicado las normativa administrativa en aspectos concretos. Así y sin ánimo de exhaustividad se puede destacar que se sigue el procedimiento administrativo para su constitución o la actuación de su Junta General, que por ser el Ayuntamiento Pleno en las empresas, su convocatoria, actuación y régimen de sesiones y votaciones se rigen las normas administrativas aplicables al Pleno.

Posteriormente tras la entrada de nuestro país de la Unión Europea la aplicación de la normativa de Derecho público se ha visto cualitativamente ampliada por el hecho de considerar a nuestras sociedades como «Poderes Adjudicadores», lo que implica la aplicación de la normativa de Mercado Interior en su contratación y la consiguiente inclusión de las mismas en la normativa de Contratación Pública, como posteriormente se verá.

3.º *Cierta tendencia de nuevo por entes sometidos al derecho Público*

Tras la crisis económica se inició una tendencia en la normativa como se verá a potenciar los entes instrumentales sometidos al Derecho Público e incluso contraria a la gestión mediante este tipo de entes ordenando el cierre de muchos.

El mejor ejemplo de esta normativa restrictiva de la gestión directa por entes instrumentales y que potencia el sector instrumental sometido al Derecho público la tenemos en la normativa de régimen local. En concreto:

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en materia de prestación de servicios, en su artículo 85.2, modificado por la LRSAL, indica lo siguiente:

> *«2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*
>
> *A) Gestión directa:*
>
> *a) Gestión por la propia entidad local.*
> *b) Organismo autónomo local.*
> *c) Entidad pública empresarial local.*
> *d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*
>
> *Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».*

Esta tendencia que se basa en criterios de rentabilidad exclusivamente económica dejando de lado los aspectos sociales y en base a una creencia errónea de que los entes instrumentales sometidos al derecho Público son más fáciles de controlar que los sometidos al Privado. Criterio no muy adecuado y que en todo caso pudo tener algo de sentido en el momento de la crisis económica con un criterio exclusivamente económico de carácter transitorio, pero no casi quince años después. Consecuencia de ello es que en nuestro sector en los último quince años no se ha promovido apenas vivienda pública para los más desfavorecidos y que ante una profunda crisis de vivienda se pretende acudir a los gestores públicos, que siempre han actuado con prontitud, pero éstos se encuentran con una capacidad de reacción y unos medios muy limitados debido a una normativa que les limita enormemente la capacidad de actuación, que debe modificarse pues se basa en unas condiciones económicas que ya se han superado.

Indicado ello, hay que señalar que esta cierta tendencia a preferir los entes sometidos al Derecho Público, los Organismos Autónomos, se ha seguido muy parcialmente especialmente por algunas CC. AA. que han convertido sus Sociedades Públicas de Vivienda en Agencias. Así la Empresa Pública de Suelo de Andalucía por la Ley 4/2013 de 1 de octubre, se transformó en la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) se transforma en el Organismo Autónomo Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid en virtud del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno (BOCM núm. 160 de 8 de julio de 2015 o el Instituto Valenciana de Vivienda S. A, tras distintas fusiones y cambios de denominación se transforma finalmente en la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo (EVHA).

No obstante ello, como se ha indicado esta tendencia no se ha seguido por la mayoría de los Gestores Públicos la mayor parte de ellos, especialmente las administraciones locales han seguido utilizando y constituyendo sociedades mercantiles.

1.2 **Modalidades: La sociedad urbanística**

Ya se hay visto en el capítulo anterior que existen distintas modalidades de gestores público, distinguiéndose esencialmente entre los que someten su actuación al Derecho público, los tradicionales organismos autónomos, como los institutos o patronatos y los sometidos en su actuación al Derecho privado, fundamentalmente, las actuales entidades empresariales y las tradicionales y más numerosas sociedades públicas, entre estas destacan las «Sociedades Urbanísticas».

Las «Sociedades Urbanísticas» son la tipología más habitual de los gestores públicos de vivienda y suelo, y es la figura que se recomienda desde AVS cuando durante estos años de existencia se ha solicitado consejo por parte de algún Alcalde, Concejal de Urbanismo, secretario o interventor municipal. La razón de ello es que son entes perfectamente regulados tanto por la normativa estatal que aún se encuentra vigente, como por la prolija regulación que sobre las mismas se ha venido realizando por las Comunidades Autónomas que son las competentes en materia de Urbanismo y ser éstas un instrumento previsto esencialmente para la gestión del suelo y de la promoción y gestión de los equipamientos y de parte de las viviendas que resultan del desarrollo de aquél.

Son esencialmente sociedades mercantiles dependientes de las distintas administraciones locales, que en su capacidad de autoorganización han

constituido un ente con personalidad jurídica diferenciada con el objeto de desarrollar su política de suelo y de vivienda de dichas administraciones[5].

Es una figura suficientemente asentada y acreditada en nuestra normativa pues de ellas se han validado las distintas administraciones territoriales para el desarrollo de dicha política desde la segunda mitad del siglo XX, aun cuando ya existen antecedentes de ellas en los primeros años del referido siglo.

Estas sociedades debido al papel relevante que han tenido en la segunda mitad del siglo XX, como elementos fundamentales para el desarrollo urbanístico y la promoción de viviendas, han sido objeto de regulación más específica y completa que el resto de sociedades públicas. Por ello, su concepto y régimen jurídico no solo está mucho más definido que el de cualquier otro tipo de sociedades públicas, sino que han servido de modelo y pauta a seguir para la regulación o constitución de todo tipo de estos entes instrumentales.

Previamente a la Constitución de 1978 el Estado era el único competente para legislar en materia de urbanismo. Por ello su regulación de forma específica se inicia en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 como aquellas sociedades públicas mercantiles constituidas para la ejecución y gestión del planeamiento. Posteriormente esta regulación se desarrolla por el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 y, especialmente, el Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales», que reguló específicamente y de forma amplia y profunda las sociedades urbanísticas. Dicho Decreto que se encuentra actualmente en vigor ha servido de referencia y modelo de muchas regulaciones autonómicas como la asturiana, la valenciana o la castellano-manchega[6]. Decreto que ante la falta de regulación de las sociedades urbanísticas o su realización de forma incompleta por las CC. AA., se aplica actualmente como supletorio por reiterada Jurisprudencia.

Esta amplia regulación y extenso objeto de dichas sociedades, el urbanismo y la vivienda y la prestación de servicios y actividades relativas al mismo, así como la gestión de los equipamientos provenientes de dichas

(5) En la exposición de las sociedades Urbanísticas se seguirá el estudio que sobre las mismas se realiza en el artículo de Bueso Guirao, E.,. *La sociedad urbanística local como medio propio para la promoción de vivienda*». Revista Práctica Urbanística, núm. 151, Sección Estudios, pp. 25-38 Marzo-Abril 2018, Editorial WoltersKluwer.

(6) Al igual que en la nota 7, para un desarrollo más completo de a normativa de las distintas CCAA que la regulan nos remitimos al Capítulo VII.º– Análisis de la legislación aplicable a la sociedad urbanística de la tesis de Bueso Guirao, E., «*Las sociedades urbanísticas locales como instrumento de gestión de servicios y para el desarrollo de actividades económicas*». El Departamento de Urbanismo de la Cátedra de Urbanística, Ordenación del Territorio y Derecho Administrativo de la Universidad Politécnica de Valencia, 2016.

actividades, ha dado lugar a que, ante la necesidad de constituir una sociedad pública, especialmente en el ámbito local, se acudiese a esta tipología y se recomendase buscando la gran seguridad jurídica que otorga un régimen jurídico perfectamente consolidado. Por ello, desde AVS, se ha recomendado esta tipología cuando se nos ha consultado sobre la constitución de un ente instrumental.

De forma amplia y descriptiva se puede definir la Sociedad Urbanística como: «*la sociedad mercantil cuyo capital pertenece total o parcialmente a la administración pública u otro organismo de la misma, cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos, ya sea por cuenta propia o mediante delegación o encargo de su administración titular al ser habitualmente medio propia de la misma, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y ha sido constituida de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido por la normativa de derecho público y con las formalidades de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro exigidas por la legislación Mercantil*».

La capacidad de actuación de las sociedades públicas en general y especialmente las urbanísticas es muy amplia, si bien ésta debe estar establecida en el objeto social fijado en los estatutos de las mismas. Esto es necesario pues, de acuerdo con la normativa mercantil, es el objeto el que determina la capacidad de actuación de la misma y, desde el punto de vista administrativo, al ser aprobado por la administración titular de las mismas, determina el alcance concreto de la actuación del nuevo órgano, creado en virtud de su potestad de autogobierno.

Con carácter previo se puede indicar que el objeto social de estas sociedades suele concretarse fundamentalmente en los siguientes aspectos concretos:

– El urbanismo: comprende una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión, sino que se extiende a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de equipamientos.

– La vivienda: contempla no solo la promoción de vivienda de nueva planta sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.

– La gestión de equipamientos públicos: a tal efecto las sociedades suelen gestionar, administrar y conservar equipamientos o dotaciones públicas propiedad de la administración, que se le encarguen o encomienden.

– La gestión de equipamientos servicios públicos locales: de esta forma puede realizar todo tipo de contratos y actividades tendentes a que los servicios públicos sean prestados de una manera íntegra y suficiente.

– La administración del Patrimonio Municipal de Suelo y patrimonio ordinario: las Sociedades Urbanísticas suelen administrar todo tipo de patrimonio de la administración titular que se le encomiende.

El citado Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales» (RSU), dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976, en el artículo 1.1.º establece que: *«El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. […] También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas»*.

La sociedad urbanística puede crearse por la Administración para todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico, de acuerdo con la Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística(«sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico»).

De forma más específica, el artículo 3 del Decreto 1169/78, establece que su objeto social incluirá la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

1. Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
2. Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
3. Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Para la realización de dicho objeto social de la manera más eficaz y menos costosa para la Administración, el Decreto prevé que la Sociedad urbanística podrá:

a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.

b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.

c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.

d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La amplitud de competencias ha sido perfectamente corroborada por el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse por su claridad las recientes sentencias de la Sala Tercera, de 17 de junio de 1999 y 2 de octubre de 2000, que se refieren a sociedades valencianas, en concreto la del Ayuntamiento de Valencia, AUMSA y la de la Generalitat, el Instituto Valenciano de Vivienda, S. A. Igualmente por los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid en su Sentencia de 16 de julio de 2004.

Las CC. AA., en su normativa, han regulado los posibles campos de actuación de las Sociedades Urbanísticas, siguiendo, en su gran mayoría, de forma más o menos literal la legislación estatal, ampliando y adaptando su legislación. A título de ejemplo puede destacarse en el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón que en artículo 9 («*Sociedades urbanísticas*») indica que estas sociedades urbanísticas podrán tener por objeto:

a) La elaboración y redacción de planes y proyectos de interés general de Aragón, propuestas de delimitación y ordenación de sectores concertados de urbanización prioritaria, planeamiento de desarrollo o estudios de detalle, así como de cualesquiera instrumentos de gestión urbanística o informes, estudios o asistencia técnicas en materia urbanística.

b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones de suelo y vivienda sin necesidad de que se transmitan o aporten necesariamente terrenos o aprovechamientos. Si todas o alguna de las entidades asociadas optaran por transmitir o aportar terrenos o aprovechamientos urbanísticos afectados por la actuación encomendada, podrá tener lugar en pleno dominio o limitándose al derecho de superficie o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.

c) La gestión y promoción de patrimonios públicos de suelo, así como la ejecución de actuaciones sobre los mismos, conforme al destino que le es propio, incluyendo la posibilidad de actuar como beneficiario de la expropiación para la constitución o ampliación de patrimonios públicos en ámbitos de reserva o la adquisición de bienes a través de los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración en las áreas de tanteo y retracto reguladas en esta Ley.

d) La conservación y explotación de la urbanización, a costa de los propietarios y bajo la dependencia de la Administración, con los derechos y deberes de las entidades urbanísticas de conservación.

e) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón o planeamiento urbanístico u otras actuaciones determinadas.

Sentado el amplio objeto, al igual que en Decreto estatal, enumera las amplias y distintas actuaciones que para el desarrollo de su objeto pueden realizar las sociedades urbanísticas, en concreto:

a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho privado, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
b) Realizar directamente convenios con los organismos competentes.
c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos y en la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.
d) Gestionar la urbanización y los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por el organismo competente conforme a lo establecido en esta Ley.
e) Actuar como entidad instrumental de las entidades titulares o como entidad privada, cuando proceda, y en concurrencia plena con terceros.
f) Ostentar la condición de beneficiaria de expropiaciones urbanísticas y de los derechos de adquisición preferente conforme a lo establecido en esta Ley.

En similares términos de amplia competencia y actuación se manifiestan muchas legislaciones autonómicas, pudiendo destacarse por su amplia regulación las siguientes:

– El Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana, en su Disposición Adicional Tercera.
– En Asturias el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de, en su artículo 13 («Sociedades Urbanísticas»).
– En Castilla-La mancha el Decreto 29/2011, de 19/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en su artículo 18(«Sociedades Urbanísticas»).

2. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ENTES INSTRUMENTALES

2.1 **Introducción y problemática**

2.1.1 *Tipos de relaciones*

Los entes instrumentales públicos realizan una compleja actividad en el desarrollo de sus amplios objetos sociales o finalidades para las que ha sido constituidos en la que se producen una multiplicidad de relaciones tanto las que mantienen con sus administraciones titulares, denominadas relaciones internas o «ad intra», y aquellas otras que mantienen con persona ajenas o terceros, externas o «ad extra».

Esta multiplicidad de relaciones parte de la propia administración que en su potestad de autoorganización para realizar el ejercicio de sus competencias y actividades debe adoptar una primera decisión, en la que acuerda realizar dichas actividades por sí misma, a través de sus propios medios, bien de forma indiferenciada o bien mediante sus entes propios, personificados o no, o, por el contrario, decide externalizar la prestación de los mismos valiéndose de empresarios privado, en el primer caso nos encontramos en un supuesto de «gestión directa» y de «gestión indirecta» del servicio en el segundo.

En caso de que esta gestión directa se realice mediante ente instrumental personificado surgen las denominadas «relaciones internas instrumentales o in house». Estas relaciones de naturaleza interna de la administración con el ente del que se vale para la gestión directa son de naturaleza organizativa. En estos casos la administración debe adoptar una segunda decisión, igualmente organizativa, configurándose en un doble plano con distinto alcance en función de que al ente personificado, bien se le deleguen las actividades o funciones con carácter habitual, lo que se suele denominar «atribución de competencias», o bien, le sean delegadas las actividades de forma excepcional o puntual en cuyo caso se han denominado habitualmente «encargo o encomiendas de gestión».

En el caso de la gestión indirecta, las «relaciones externas», que comprenden tanto las denominadas contractuales y las llamadas relaciones de cooperación horizontal. Centrándonos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017) en el artículo 31 de la nueva Ley («Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal) sigue lo anteriormente indicado y establece una distinción previa entre las relaciones horizontales o de cooperación entre distintas administraciones y las cooperación vertical entre la administración y sus entes dependientes.

De una forma esquemática se pueden sintetizar así:

1) Relaciones Internas, Instrumentales o «In House»

Las relaciones domésticas, internas o «in house» como las denomina la doctrina anglosajona y cuya denominación ha causado estado en el derecho comunitario, no son sino las relaciones de cooperación vertical que tradicionalmente se han denominado instrumentales y que se producen entre una administración y un ente instrumental o medio propio que forma parte de la organización y estructura de la misma. Estas relaciones se encuentran excluidas de la normativa contractual, como ya se ha adelantado se desarrollará posteriormente, al ser relaciones de la administración que en su facultad de organización de sus servicios ha creado un ente instrumental que le pertenece íntegramente para el desarrollo de las actividades específicas para las que ha sido creado.

Se distinguen entre:

a) Atribución de competencias: Tiene lugar cuando una administración en su facultad de autoorganización le adscribe a un ente instrumental para que preste con carácter habitual una serie de actividades que constituirán la actividad propia y ordinaria del ente, debido al hecho de que el ente instrumental se configura como un modo de gestión directa de los servicios. En estos casos con su creación la administración establece que la gestión de determinados servicios públicos se va a prestar y realizar de forma ordinaria y habitual mediante dicho ente instrumental.

b) Actividad «encargada» o «encomendada»: Son las denominadas actualmente «relaciones de cooperación vertical» cuando la administración le confía o encarga con carácter puntual, por contraposición a la delegación de competencias, a un ente que es su medio propio la realización actividades a actuaciones concretas y determinadas en estos casos el encargo o encomienda se realiza mediante dos figuras con tipología y trascendencia distinta, superando la confusión de la igual denominación de encomienda de gestión de legislaciones anteriores:

– Las denominadas *«Encomiendas de Gestión»* que se regula por normativa reguladora del Sector Público (Artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP), Siendo sus características diferenciadoras el hecho de que no se pueden dirigir más que a órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o

de distinta Administración y no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público (7).

– Los denominados *«Encargos a Medios Propios»*, que se regulan por los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, (Ley 9/2017, LCSP) (8)que se caracteriza por contraposición a las encomiendas en que son posibles realizarlos a entes sometidos al derecho privado, como las sociedades públicas, y que podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. Figura esencial para la actuación del sector público y que posteriormente se analizará.

En ninguno de los anteriores supuestos se trata de una relación interna instrumental y no de naturaleza contractual y consecuentemente no se encuentran sometidas a las directivas de Mercado Interior de la Unión Europea ni a las de contratación pública nacionales.

2) Relaciones Externas

En ellas se distinguen las denominadas relaciones de colaboración interadministrativa y las que son consideradas de partenariado público/privado o contractuales.

a) Relaciones de colaboración interadministrativa: Denominadas también de cooperación horizontal, que son aquellas que se producen entre distintas administraciones que no dependen las unas de las otras, por lo que se trata de relaciones de igual nivel jerárquico y, como se ha indicado, son denominadas de Cooperación horizontal. En estos casos

(7) La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público indica en su artículo 11 «Encomiendas de gestión» párrafo primero:

«1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta».

(8) La denominación oficial es Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

se les aplica la Directiva 2014/24/UE y artículo 6.1 de la nueva LCSP 2017 y se concretan esencialmente en los denominados *«convenios»* (9).

En la actividad relativa a la promoción y gestión de vivienda y suelo destacan los convenios urbanísticos elemento habitual para las actuaciones de las sociedades urbanísticas.

b) Relaciones contractuales: Se denomina a este tipo como relaciones de colaboración entre el sector público y el privado distinguiendo las que se denominan institucionales de las que no tienen este carácter.

– Las relaciones de colaboración público/privadas institucionales, los denominados por la Unión Europea Partenariados Públicos-Privados Institucionales (PPPI) o Colaboración Publico Privada Institucional (CPPI) en el derecho español, no son sino aquellos supuestos en los que se crea una figura con personalidad jurídica independiente.

En ellas destacan las tradicionalmente llamadas «sociedades mixtas», aquellas en la que, aunque sea pequeña, existe participación del

(9) El Artículo 6 (Convenios y encomiendas de gestión) de la Ley 9/201/. Indica:

«1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público».

sector/capital privado. En este supuesto, las relaciones no se encuentran excluidas de la normativa de mercado interior. y, para su constitución y el encargo de actuaciones o contratos, la administración viene obligada a cumplir los criterios de la normativa de contratación, como ha dejado muy clara la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008 relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. La LCSP 9/2017, como se ha visto, las regula en como gestión indirecta a Sociedades mixtas en la Disposición Adicional 22.ª

– Las relaciones de colaboración no institucionalizadas son las más habituales, las que se tienen con los contratistas o concesionarios y dan lugar a los distintos supuestos de contratos públicos referidos en la normativa de Contratos de Sector Público (obras, servicios, suministros, concesiones de obra pública, etc.) que no son objeto de este estudio) (10).

2.1.2 *Problemática de las relaciones internas*

Se incluye en el presente estudio la problemática de las relaciones jurídicas internas entre las administraciones y sus entes instrumentales públicos de promoción y gestión de vivienda y suelo pues se busca analizar la situación real del gestor público de vivienda y suelo y, en este tema, la regulación jurídica que realiza en la normativa española con una confusa transposición de la normativa europea, es una de las causas que más han entorpecido la labor de estos entes desde la entrada en vigor de la reciente normativa de contratación pública.

Esta rotunda afirmación parte de la experiencia pues en la asesoría económica y jurídica de AVS que se presta apoyo a los distintos miembros, que como se ha repetido en distintas ocasiones son mayoritariamente entes instrumentales dependientes, las cuestiones relacionadas con estas relaciones internas son las más habituales y recurrentes un año tras otro y que han hecho en muchos casos que las relaciones históricamente tan sencilla, se conviertan de una forma artificial y sin un claro fundamento jurídico, en una verdadera carrera de obstáculos del gestor público.

(10) Un estudio amplio y completo sobre las relaciones internas como las relaciones externas de contratación de los entes instrumentales se realiza en «*La Contratación del Sector Público Instrumental*». Obra colectiva de los siguientes autores: Tejedor Bielsa, J.; Bueso Guirao, E.; Chinchilla Peinado, J. A.; González-Varas Ibáñez, S.; Pérez Mira, J. M., y Ávila Cano, E., ISBN: 978-84-946584-4-0: Edita RDU Editores. Edición: 2019.

Ya se han adelantado y explicado distintos aspectos de la legislación contractual que injustificadamente han supuesto esta situación, las más destacadas son las siguientes:

a) Considerar que las relaciones exclusivamente se pueden llevar a cabo mediante encomiendas o encargos a medios propios cuando que la forma habitual es la atribución de competencias para la gestión directa.

b) La interpretación absolutamente restrictiva del concepto de «medio propio» que hacen que la categorización de un ente como tal, en vez de ser lo natural y hasta lo que debe presuponerse salvo acreditación en contrario, se convierta en una suerte de lotería que en caso de su reconocimiento se celebre como si de un premio se tratase. La base delos problemas se centra en una interpretación restrictiva e injustificada de algunos de los requisitos del medio propio de la norma. Especialmente el criterio de la necesidad de que el 80 por ciento de la actividad del ente instrumental en cometidos confiados por su administración que se restringe exclusivamente a la actividad mediante encargo o encomiendas, cuando que debe referirse a la actividad general y la exigencia formal de reconocimiento en los estatutos cuando que la normativa europea lo basa en el criterio material de la función para su administración.

c) Considerar que nuestras sociedades deben ejecutar más del cincuenta por ciento de los confiado o encargado, con un criterio de idoneidad cualitativo, propio y exclusivo del derecho español ajeno al derecho europeo y que confunde la gestión de una actividad o servicio, con la ejecución material del mismo, exigiéndole algo a los entes instrumentales que no se le exige a la propia administración.

d) Afirmar que cuando los entes instrumentales con los criterios de publicidad, concurrencia y no discriminación impuestos por la normativa europea de mercado interior y la contractual española, est*án «subcontrat*ando», cuando que son «poderes Adjudicadores» y contratan prima facie como la propia administración[11] [12]. Subcontrata el contratista seleccionado por el ente instrumental.

e) Se ha afirmado que estas relaciones internas para el encargo entre las administraciones y sus entes se encuentra sometidas a la normativa de contratación, cuando que su exclusión de dicha la ha dejado perfectamente clara. Así la citada Directiva 2014/24/UE en su parte expositiva (considerando 32) indica q*ue «los contratos públicos adjudicados*

(11) «*La pretendida subcontratación de los medios propios*», estudio de Bueso Guirao, E., en el Observatorio de la Contratación Pública. https://www.obgp.es/index.php.https://www.obgp.es/articulos/la-pretendida-subcontratacion-de-los-medios-propios-e-bueso-/.

(12) Artículo «*Los medios propios no subcontratan, contratan como poderes adjudicadores que son*», por Tejedor Bielsa, J., Publicado por EsPúblico, el 12 de diciembre de 2022.

*a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del con*trato».

Igualmente el TSJCE, ya en la sentencia de 12 de julio de 2001, la sentencia sobre el «proyecto Scala2000» indicaba que si la «*Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades, no hay razón para aplicar la directiva citada (Directiva 93/2037) porque no se está actuando mediante contratación con terceros, sino utilizando entes instrumentales propios*». Más recientemente en sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) afirma que «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública*» [13].

2.2 **La atribución de competencias/Gestión directa**

2.2.1 *Introducción: La gestión de servicios*

Las distintas administraciones públicas territoriales y en especial los entes locales, de acuerdo con la normativa general (leyes de régimen local) y la normativa especial (urbanística, de vivienda, medioambiental, etc.), tienen una amplia y variada actividad. Entre otras, puede distinguirse la tendente a la prestación de servicios y la relativa al desarrollo de actividades

(13) Véase el artículo «*Organización no es contratación*». Por Tejedor Bielsa, J., 30 de diciembre de 2022. Blog de EsPúblico.

económicas[14]. La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) las ha distinguido tradicionalmente en sus artículos 85 y 86, relacionándolas con el citado artículo 128 de la Constitución, que reconoce la iniciativa de la administración pública en la actividad económica[15]. Santiago González-Varas es muy claro al indicar que: *«la Constitución y la legislación local dejan bien clara la libre iniciativa económica local, en virtud del artículo 128.2 de la Constitución, y los artículos 86 de la LRBRL y 96 del Texto Refundido, en consonancia, por otra parte, con el principio de autonomía local. Y esta libre iniciativa económica abarca tanto las actividades prestacionales o serviciales como las propiamente económicas, mercantiles o de carácter meramente industrial»*[16].

Es la actividad de «Gestión de Servicios Públicos» la que tiende a desarrollar por parte de las distintas administraciones una actividad propia de sus competencias establecida en la legislación general o especial (urbanística, de vivienda, etc.) que le sea de aplicación.

Sin ánimo de realizar un estudio profundo sobre el concepto de servicio público hay que indicar que es la actividad de «Gestión de Servicios Públicos» la que tiende a desarrollar por parte de las administraciones, una actividad propia de sus competencias establecida en las leyes que le sean de aplicación.

En la Administración local esta vinculación está perfectamente establecida. Así el párrafo 1.º del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) es muy claro al indicar que: *«Son servicios locales los que prestan las entidades locales en el ejercicio de sus competencias».* En esta misma línea lo establecido por las distintas CC. AA. en sus normativas de régimen local.

Sobre el alcance del concepto de servicio público en el ámbito local relacionado con el ejercicio de una competencia, el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1986 que indica que se entiende por servicio público *«cualquier actividad que la administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia».* En la misma línea, la STS de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997/4065) se manifestó del siguiente modo: *«El servicio público es*

(14) En este capítulo, seguiremos la Tesis Doctoral «*Las Sociedades Urbanísticas Locales como instrumento de gestión de servicios y de desarrollo de Actividades Económicas*» de Enrique Bueso Guirao. Universidad Politécnica de Valencia, diciembre 2015.

(15) El Artículo 128 de la Constitución indica que: «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

(16) González-Varas, S., «El Levantamiento del velo y el Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local», REALA 274-275 (Mayo-diciembre, 1997), pp. 362-363.

así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el artículo 85 de la LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia…».

Consecuentemente toda actividad desarrollada por las corporaciones locales en el ejercicio de las competencias establecidas como propias será actividad de servicio público. En relación a cuáles son las materias de competencia de los entes locales, es claro que la normativa fundamental es la Legislación de Régimen Local, esencialmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), si bien existen otras normativas sectoriales que establecen otras competencias como las normativas urbanísticas o de vivienda en relación con nuestro sector.

El Tribunal Constitucional[17], como se ha visto en el capítulo anterior al analizar la competencia de vivienda de los municipios, ha dejado perfectamente clara la amplitud competencial indicando que la Legislación Básica de régimen local no atribuye competencias sino que introduce condiciones a la legislación que las confiere y que consecuentemente las competencias propias se atribuirán a los municipios de modo específico a través de ley sectorial estatal y de CC. AA. y que dichas leyes pueden atribuir competencias propias en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3, 4 y 5 del mismo.

En conclusión, toda actividad desarrollada por las corporaciones locales en el ejercicio de las competencias establecidas como propias, será actividad de servicio público.

2.2.2 *Gestión directa por ente instrumental o atribución de competencias*

A) Determinación del concepto, contenido y alcance

La gestión directa se produce cuando la propia administración es la que ejecuta el servicio por sus propios medios personificados o no y sometidos en mayor o menor medida al derecho público o privado. Ya se ha visto que

(17) En la ya indicada STC de 3 de marzo de 2016, al resolver un recurso contra la LRSAL formulado por la Asamblea Extremadura.

la normativa administrativa y en especial la de régimen local dejan clara que la gestión por ente instrumental de titularidad pública es un modo de gestión directa. Se ha transcrito el artículo 85.2 de la LRBRL que deja perfectamente claro que tanto el organismo autónomo local como la entidad pública local y las sociedades mercantiles con capital exclusivo público son las formas habituales de gestión directa en el ámbito local.

Los entes instrumentales en general y la sociedad pública en particular, como forma de gestión directa de servicios públicos o del ejercicio de actividades económicas, que son, desarrollan su actividad habitual en base al cumplimiento de la finalidad para la que fue creada, encontrándose plasmada en su objeto social y ocupando su puesto específico dentro de la organización de los distintos servicios o medios de la corporación local.

Esta gestión mediante la creación de un ente con personalidad distinta de la propia administración o ente instrumental se produce tras un largo y complejo procedimiento administrativo interno perfectamente reglado, que en caso de las sociedades debe completarse con otro externo, con la elevación a escritura pública y sus inscripción en el Registro Mercantil[18]. El procedimiento tiene una clara finalidad dejar perfectamente claro que se constituye un ente con una serie de atribuciones y finalidades específicas dentro de la organización general de la administración que se concretan y justifican en dicho expediente administrativo y que se plasman en su objeto social y, al que se da una amplia publicidad, tanto en su fase interna administrativa con las preceptivas publicaciones, como en ámbito mercantil en la escritura y mediante la publicidad registral.

Mediante el mismo, la administración en su facultad de autoorganización atribuye unas especificas competencias y las publicita para que quede claro a terceros que desde ese momento el determinada competencia se va a prestar con carácter habitual por el ente instrumental constituido. La decisión se toma específicamente en el expediente de constitución de la sociedad tras acreditar públicamente que dicha forma de gestión es la más eficiente desde el punto de vista económico y más eficaz en relación a la prestación de servicio.

Debido a esta finalidad específica de la administración de que a partir de la constitución de ese ente instrumental determinadas actividades o prestaciones en una clara descentralización funcional[19], se van a realizar por el mismo con carácter habitual y en cierta medida exclusiva, es por lo

(18) El procedimiento de constitución se desarrolla pormenorizadamente en el capítulo VIII.– «*Configuración, capacidad y procedimiento constitución*», de la citada Tesis Doctoral «*Las Sociedades Urbanísticas Locales como instrumento de gestión de servicios y de desarrollo de Actividades Económicas*», de Bueso Guirao, E., Universidad Politécnica de Valencia, Diciembre 2015.

(19) El Ayuntamiento de Barcelona, titular de distintos entes instrumentales, los trata como instrumentos de la denominada «descentralización funcional».

que tradicionalmente se le denomina «*atribución de competencias*» o «*atribución de funciones*». Así cuando en el ejercicio de la competencia municipal de vivienda o urbanismo surge una necesidad de un específico desarrollo urbanístico o de una promoción de vivienda, es la sociedad la que debe asumir la misma al encontrase dentro de su objeto social, que establece su ámbito de actuación dentro de la estructura municipal. Consecuentemente con ello será la sociedad la que gestione dicho servicio, como promotora de dichas actuaciones. Igualmente para cualquier otro servicio para el que específicamente se haya cesado una sociedad como mantenimiento de parques y jardines, recogida de residuos sólidos, transporte urbano, etc.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo deja clara la atribución de competencias o funciones de las sociedades públicas en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de noviembre de 2003, en relación con unas liquidaciones tributarias a la Empresa Municipal de Aparcamientos, S. A. de Cádiz (EMASA), parte del hecho de que: *«La sentencia de instancia ha visto con perspicacia que se trata de un supuesto de autoorganización del Ayuntamiento de Cádiz»*, e incluso cita de pasada que *«la encomienda por el Ayuntamiento de Cádiz a la hoy actora de la explotación de los estacionamientos subterráneos, pero, sin embargo, no ha profundizado inteligentemente sobre esta figura novedosa de las "encomiendas de gestión" por las razones que a continuación exponemos»*. Concluyendo en el Fundamento de Derecho Cuarto, tras analizar con detalle esta figura de encomienda de gestión, aun siendo posible la encomienda de gestión a una sociedad 100 % municipal que: *«… tal proposición no es necesaria, porque el razonamiento que sigue la Sala no pasa indefectiblemente por la existencia de una encomienda de gestión a favor de EMASA, sino por algo más sencillo, cual es que EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de donde se deduce que carece de todo sentido que el Ayuntamiento de Cádiz se autorice o licencie a sí mismo, como sería el afirmar que esto ocurre respecto de EMASA, sencillamente porque nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo, la atribución de competencias del Municipio a una sociedad municipal, que si prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio AYUNTAMIENTO el que, en una huida del Derecho Administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al Derecho mercantil, pero sin que esto implique la existencia de autorizaciones o licencias, sometidas al ITP»*.

Igualmente Julio Tejedor indica en esta línea que «*de la gestión por administración ha de distinguiese nítidamente la tradicional gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público. En estos supuestos la sociedad mercantil pública actúa desarrollando las tareas y funciones para las que ha sido creada de acuerdo con su norma y, en su caso, estatutos*»[20]. El autor citado indica que su actuación ha de hacerse «*ordinariamente, de acuerdo con sus programas de actuación, inversiones y financiación, contando con los recursos que genere y con las trasferencias presupuestarias que le asigna la entidad pública que la creó y que la controla*» continua indicando que consecuentemente con ello « *no hay, propiamente adjudicación de contrato alguno por parte del poder adjudicador que controla a la sociedad mercantil, poder adjudicador a su vez, en relación con la actividad directamente gestionada*».

Esta fórmula de actuación el Ayuntamiento de Barcelona[21], titular de distintos entes instrumentales, como supuestos de «descentralización funcional». En una reciente instrucción clarificadora de sus relaciones sobre dichos entes instrumentales justifica en su preámbulo estos supuestos de descentralización funcional al indicar que:

> «*El artículo 32.1 LCSP regula la ejecución directa por parte de poderes adjudicadores (caso del Ayuntamiento de Barcelona) de prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de medios propios a cambio de una compensación tarifaria.*
>
> *Sin embargo, esta no es la única forma de autoprovisión de servicios o de ejecución directa de competencias y servicios municipales. Nuestro derecho positivo también regula la transferencia de competencias a entidades instrumentales dependientes o vinculadas al Ayuntamiento que constituyen un supuesto de descentralización funcional, que es una forma de gestión directa de un servicio o ejercicio de una función, a través de una persona jurídica diferenciada creada por decisión unilateral del Ayuntamiento –en nuestro caso–, el ámbito de actuación de la que está determinado por las previsiones de sus estatutos relativas a su objeto social.*
>
> *En las relaciones entre los diferentes entes que conforman el sector público municipal, por un lado, y la entidad o sociedad inserta-da también en este sector público y que constituye un supuesto de*

(20) Tejedor Bielsa, J., en el artículo «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos». Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública (ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza 2018, p. 75.

(21) Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018.

descentralización funcional, por otro, no existe la onerosidad propia de un contrato sino que nos encontramos ante una decisión voluntaria adoptada por el Consejo Municipal en ejercicio de la potestad de autoorganización y destinada a personificar un servicio o rama de actividad de la Administración.

En virtud de esta decisión, cuando la entidad instrumental, funcionalmente descentralizada, actúa dentro de su objeto social en ejercicio de las facultades conferidas estatutariamente no opera en base al artículo 32 LCSP y como medio propio, sino que asume, a todos los efectos y como propias, las funciones transferidas y la prestación de los servicios asignados. Esta atribución tiene carácter exclusivo e indefinido, aunque no es permanente e inmutable, sino que es susceptible de ser revocada o modificada mediante la modificación estatutaria correspondiente.

Por lo tanto, cada vez que nos encontramos ante una actividad que de manera previa se ha asignado a través de los estatutos a un ente instrumental no podemos hablar de la existencia de un encargo medio propio ni, en consecuencia, elevar propuestas en este sentido a la Comisión de Gobierno.

La decisión organizativa a través de la cual se materializa la descentralización funcional queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 / UE que en su artículo 1.4 establece que «[…] la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo núm. 26.»

Tratándose de un servicio público descentralizado para su constitución habrá que acudir a la normativa de régimen jurídico de la administración de que se trate, la normativa local en el caso de entes locales. La cita instrucción del Ayuntamiento de Barcelona, indica que «*sin perjuicio de que los entes descentralizados funcionamiento deben cumplir naturalmente la Ley en tanto que tienen la condición de poderes adjudicadores, el régimen jurídico de estas relaciones organizativas no lo encontramos en este texto legal, sino en la normativa general de régimen local y en las normas que disciplinan la prestación de servicios públicos y la ejecución de las competencias municipales. En consecuencia, habrá que acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL) y al Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña. Ambos textos legales reconocen la facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos derivada de la potestad de autoorganización de los entes locales y determinan las formas organizativas*

de gestión directa de manera diferenciada (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles)».

El alcance de la actividad propia o atribución de competencias o funciones viene establecido en distintos momentos de la vida de la sociedad o ente instrumental:

a) En el momento de su constitución: Inicialmente su ámbito concreto de competencia quedó justificado y definido en el expediente administrativo realizado para su constitución (el expediente de municipalización o denominación similar) y específicamente en su objeto social. Inicialmente se le realiza una atribución de competencias o funciones con carácter general o inicial. En la memoria se realiza una justificación muy completa de la conveniencia de delegación de las funciones en el ente, analizando no solo los aspectos jurídico, económicos, sino también sociales y técnicos de la implantación del servicio.

b) Durante la vida del ente instrumental: De forma periódica se concreta con la aprobación por la administración de los distintos documentos con los que se controla de naturaleza periódica, generalmente anual, la actividad de los mismos. De forma anual, con carácter previo a su actuación, aprueba sus programas de actividades, o planes de empresa o PAIF, que formulados por los entes antes del 15 de octubre de cada año, se aprueban por la administración titular y se incluyen como anexo al presupuesto. A posteriori, una vez finalizado la actividad anual del ente instrumental presenta sus cuentas o resultados al ente local para que los aprueba y los incluya en su Cuenta General. En el caso de una sociedad mercantil pública, ésta fórmula las cuentas por medio de su Consejo de Administración, con el informe favorable de los auditores de cuentas, y son aprobadas por el Pleno de la Corporación, constituido en Junta General. Para la referida aprobación, la intervención las analiza previamente y tras la misma las integra en las Cuentas General de la Corporación y sometidas nuevamente a la probación el Pleno Municipal en su condición de tal. Con una mayor periodicidad, igualmente la actividad del ente se puede establecer en los llamados contratos los llamad*os «contratos progr*amas» que prevén la actuación y financiación del ente para varias anualidades en los supuestos que así se considere conveniente, fundamentalmente en relación a actividades con desarrollo que superan la habitual anualidad.

El contenido de la gestión del servicio es amplio, pues consiste en la actividad de habilitar los medios humanos, jurídicos, técnicos y económicos para que en definitiva dicho servicio se preste. Esta gestión se compone de una amplitud de actuaciones que exceden la mera prestación de un servicio o la realización de una obra. Consiste en una verdadera ges-

tión, que para que pueda ser llevada a efecto y sin resultados económicos adversos requiere la coordinación de múltiples actividades y una necesaria especialización.

Esta gestión se compone de una amplitud de actuaciones que de forma simplificada, pues se desarrollan en otra parte del estudio, son las siguientes, analizando las actuaciones de distintas empresas de AVS:

a) En relación al suelo, si no se tiene, su búsqueda y su compra tras analizar su idoneidad urbanística, jurídica y económica, teniendo en cuenta que existe un límite máximo de repercusión (del orden del 15/20 %). Si ya se tiene o un vez adquirido, la solicitud de las licencias urbanísticas.

b) La urbanización del suelo o su complemento si fuera necesario.

c) La tramitación del complejo expediente de calificación de vivienda protegida, con sus distintas fases de calificación provisional y definitiva.

d) La redacción del proyecto arquitectónico con servicios técnicos propios o su contratación externa y posterior supervisión, en el caso contrario.

e) La contracción de las obras de edificación.

f) La Dirección Facultativa y la dirección de la ejecución de la obra, o en su caso, su contracción externa y su supervisión.

g) La gestión y contratación de todo lo relativo al control de calidad de la obra.

h) La contratación de los distintos seguros de responsabilidad por vicios o defectos constructivos y la realización de todas aquellas actividades previas exigidas por las entidades aseguradoras importantes.

i) El estudio económic*o y cash*-flow de la promoción y de su posterior uso, bien sea en alquiler o compraventa.

j) El complejo proceso de adjudicación de las viviendas de acuerdo a la normativa específica de aplicación.

B) Atribución de competencias versus Encargo a medio propio

La gestión directa del servicio mediante entes instrumentales a las que se le han atribuido competencias o funciones supone, en definitiva, que la administración determina con carácter general y habitual que sea la sociedad la que realice el conjunto de las actividades necesarias para que el servicio, en definitiva, se preste; ya se ha visto lo que supone gestionar el servicio de vivienda por parte de una sociedad urbanística, servicio que además se encuentra incluido en el objeto social de la misma. Pero esta actividad habitual es distinta y complementaria del supuesto de cuando,

además de la misma. La administración se realiza un encargo específico y excepcional de una «determinada prestación» al ente instrumental.

Así, hay que precisar que constituido un ente instrumental para gestionar la vivienda y suelo, en su actuación hay que distinguir actividades que es necesario precisar pues son objeto de abundante controversia, como ya se ha adelantado. Por un lado, el desarrollo de la actividad habitual del ente en el cumplimiento de las competencias o actividades que le han sido atribuidas y por otro, el complimiento de esos otros encargos de actividades o actuaciones de carácter excepcional que de modo específico, puntual y con la duración temporal que se determine, que se denomina actividad encomendada o encargada y que con la actual legislación se denomina «*Encargo a Medio Propio*».

En esta línea es muy clara la citada instrucción del Ayuntamiento de Barcelona en su preámbulo regula los llamados «encargos de gestión» que no son sino los denominados encargos a medio propio de la LCSP, indicando que: «*Aparte de los supuestos de descentralización funcional, se pueden realizar encargos puntuales de tareas que no forman parte de la actividad habitual que ha motivado la constitución de la entidad instrumental. Estos encargos se pueden añadir, por tanto, a las actividades asumidas como propias por la entidad mediante la que se personifica el servicio y son una fórmula de autoprovisión de servicios que, a pesar de haberse de sujetar al artículo 32 LCSP, no constituyen un ejemplo de contrato regulado por las normas de contratación del sector público.*

Es decir, además del desarrollo del respectivo objeto social, las entidades instrumentales pueden recibir encargos de gestión para llevar a cabo actividades no habituales de colaboración técnica o material, siempre que se cumplan los requisitos que se contemplan en el repetido artículo 32 LCSP».

Como se ha indicado la actuación habitual y ordinaria de los entes instrumentales urbanísticos es el desarrollo de la actividad para la que han sido constituidos y para la que se le han atribuido competencias o funciones en una prestación directa del servicio. No obstante ello, esta actividad no es exclusiva ni la única que puede realizar, pues en casos concretos, la administración titular en su potestad de autoorganización puede, para la realización de actividades específicas y concretas, acudir a la figura del encargo a medio propio por considerarlo más apropiado por razones técnicas o sea más adecuada desde un punto de vista económico. Los gestores públicos suelen acudir a al encargo cuando se trata de actuaciones que vienen financiadas por subvenciones o ayudas económicas de otras administraciones y por ser esta figura más adecuada para la trazabilidad de las cantidades integrantes de dicha financiación. A título

de ejemplo es habitual que una sociedad de vivienda reciba el encargo de su administración local con la fijación de una tarifa en la cuantía de dicha financiación cuando se recibe financiación de la Comunidad Autónoma para la creación de un registro de demandantes de vivienda, la confección de un plan de vivienda municipal o una específica actuación de rehabilitación o revitalización urbana.

Esta diferenciación de la actividad habitual en el ejercicio de funciones o competencias atribuidas y la realización de actividades puntuales y concretas a través de encargos a medio propio y su origen y régimen jurídico diferenciado, lo ha dejado perfectamente clara la normativa urbanística de distintas CC. AA. al regular sus entes y sociedades urbanísticas que son, como hemos visto las que desarrollan el suelo, la vivienda, administran equipamientos y gestionan servicios relativos a dicha actividad. Se verán algunos ejemplos:

1) La Comunidad Valenciana en el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje (LOTUP) [22] que en su Disposición adicional tercera *(Entidades urbanísticas de capital públ*ico) indica en su párrafo primero que las entidades urbanísticas de capital público creadas con finalidades urbanísticas amplias, como se ha vist*o «tendrán la consideración de entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos y actividades para los que ha sido constituida y, en su caso de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen o encomienden siendo su régimen el establecido al efecto en la legislación de contratos del sector público y en la legislación de régimen jurídico del sector públ*ico».

2) Castilla-La Mancha en el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (LOTAU) [23] en su artículo 105 de indica que las distintas administraciones para la gestión directa de la actividad urbanística están facultadas para crear organismos autónomos y entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o solo para determinadas actuaciones y que dichos entes cuando sean de capital íntegramente público y hayan sido creadas específicamente para el desarrollo de actuaciones urbanísticas, utilizando la misma fórmula que la norma valenciana*, «tendrán la consideración de entes instrumentales para*

(22) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana.

(23) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

*la gestión directa de servicios públicos para los que han sido constituidos y, en su caso, de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen siendo su régimen el establecido al efecto en la legislación de contratos del sector públ*ico».

3) En Aragón el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón[24], en su citado artículo 9 (Sociedades urbanísticas) igualmente contempla que la entidades instrumentales se han constituido para la gestión de las competencias urbanísticas de la incumbencia de las Administraciones que las constituyan, siempre que no implique ejercicio de autoridad, caso de gestión directa, y q*ue «las sociedades urbanísticas que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de entes públicos conforme a la normativa de contratación del sector público, podrán recibir encargos de la Administración titular en las condiciones y supuestos en ella estableci*dos».

Igualmente siguen este criterio distintivo diversas circulares, informes e instrucciones de varias administraciones y organismos con competencia en la materia. Se pueden distinguir las siguientes:

1. La Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía Estado / IGAE sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad distingue claramente que los entes instrumentales tienen esta doble actividad principal o de función pública para las que se han constituido y otras complementarias mediante encargo. En concreto indica q*ue: «En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida. La actividad principal supone el ejercicio de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídi*co…»[25].

(24) Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del servicio jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

(25) Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del servicio jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

2. El Informe 1/2019, 13 de marzo de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña sobre el «Análisis de los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017»[(26)] establece claramente que hay que distinguir por un lado el supuesto de que se cree una entidad para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye, caso en el cual la realización de actividades para dicho ejercicio ya no se tiene que vehicular por la vía de encargos como medio propio y por otro lado el caso de que se cree una entidad que, a pesar de tener personificación jurídica diferenciada del ente que la crea y la controla, es un medio propio de este. En el primero de los supuestos expuestos, en el caso de que una entidad creada para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye se quisiera también configurar como medio propio para encargarle la realización de otros servicios diferentes a aquel que constituye su objeto –que, como se ha dicho, no se tiene que articular por la vía de encargos, sino que se tiene que ejercer como competencia propia que es de la entidad creada.

3. La Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona de 30 de julio de 2018[(27)], establece esta distinción al indicar *«El artículo 32.1 LCSP regula la ejecución directa por parte de poderes adjudicadores (caso del Ayuntamiento de Barcelona) de prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de medios propios a cambio de una compensación tarifaria. … Sin embargo, esta no es la única forma de autoprovisión de servicios o de ejecución directa de competencias y servicios municipales. Nuestro derecho positivo también regula la transferencia de competencias a entidades instrumentales dependientes o vinculadas al Ayuntamiento que constituyen un supuesto de descentralización funcional, que es una forma de gestión directa de un servicio o ejercicio de una función, a través de una persona jurídica diferenciada creada por decisión unilateral del Ayuntamiento –en nuestro caso–, el ámbito de actuación de la que está determinado por las previsiones de sus estatutos relativas a su objeto social…/… La decisión organizativa a través de la cual se materializa la descentralización funcional queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 / UE que en su artículo 1.4 establece que "[…] la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de*

(26) Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) Asunto: Análisis de los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

(27) Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018.

decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo núm. 26."».

2.3 **El encargo a medio propio**

2.3.1 *Concepto de medio propio*

La sociedad además de la actividad habitual y propia realiza, como se ha reiterado, una actividad que puede denominarse como «encomendada» o «encargada». Se produce ésta cuando la administración utiliza esta empresa que le es propia para la realización de actuaciones o actividades concretas y determinadas, distintas de las habituales. Para que pueda producirse este encargo, esta específica relación in house, es necesario que la persona jurídica que recibe el encargo tenga la consideración de «medio propio».

A ello se refiere el artículo 32 («Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados») de la LCSP 2017 cuando indica en su párrafo primero que: «*1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato».*

El concepto de medio propio es un concepto jurisprudencial, si bien la normativa española, tanto estatal como autonómica, ha establecido sus elementos definidores en la regulación de uno de los supuestos en los que actúa, las encomiendas de gestión.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) da una definición ciñéndolo a la encomienda de gestión del artículo 24.6 dela LCSP 2011 y que generalizándola puede valer como punto de partida; indica que: «*los medios propios pueden ser definidos como todos aquellos entes instrumentales, vinculados o dependientes de entidades públicas como poderes adjudicadores, a los que, cumpliendo los requisitos normativos*

establecidos al efecto, se puede encargar por parte de éstas la realización de encargos o encomiendas de gestión, es decir, gestión de servicios o realización de obras, suministros o servicios, que de otra manera, se someterían a licitación con arreglo a las normas de contratación pública» (28).

Del medio propio, tras lo indicado, puede conceptuarse como el ente instrumental con personalidad jurídica propia y de pertenencia exclusiva de una o varias administraciones públicas que, por reunir unos requisitos legales específicos, puede realizar actividades concretas y específicas por cuenta y encargo de aquellas por haber recibido el encargo de dicha concreta prestación (supuesto de encargo a medio propio) estando excluidas sus relaciones de la normativa de contratación pública, al ser considerada una relación interna o «in house», no así la de éstos con terceros pues en la ejecución de lo encargado o encomendado deben aplicar dicha normativa con el específico régimen legal a ellos asignado.

Es importante destacar en este punto que, siguiendo el criterio amplio establecido por la Jurisprudencia Europea, el medio propio puede pertenecer a varias administraciones, reconociéndose incluso el carácter de medio propio de segundo escalón o nivel, como expresamente reconoce el artículo 32.3 de la LCSP 2017, al indicar que será igualmente considerado medio propio «*en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo*».

2.3.2 *Requisitos del medio propio*

En este sentido, resulta clara la parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE al señalar que «*los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador*

(28) Comisión Nacional de la Competencia: Informe sobre «*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*», p. 14. Julio de 2013.

que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato» (considerando 32).

Los requisitos del medio propio en la normativa española los determina el artículo 32.2.º de la nueva Ley pudiendo sintetizarse en los siguientes:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) Como requisito formal, reconocimiento en los estatutos o en los actos de creación del carácter de medio propio.

e) El medio ha de ser idóneo para poder realizar el encargo o encomienda.

En relación a estos requisitos la Ley establece que estos son sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Es evidente que una sociedad pública municipal, de capital íntegro del propio Ayuntamiento y constituida tras el complejo procedimiento administrativo con sus distintos aspectos justificativos en orden a su finalidad, concretada en el objeto social y con todos los requisitos de publicidad administrativa y mercantil, con su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, es un medio propio del ayuntamiento para la ejecución por cuenta del mismo de todos aquellos servicios y actividades económicas que se han concretado en su objeto y justificado en su memoria. Lo contrario carece de toda justificación jurídica y respondería a un formalismo absurdo ajeno a los criterios funcionales del Derecho europeo.

Mediante el expediente de constitución se concretan las razones que han llevado a la corporación local a decidir su creación; se ha justificado que el servicio o la actividad no solo es eficiente desde el punto de vista económico y de estabilidad presupuestaria y se han concretado

específicamente las actividades que pueden realizar y en su facultad de autoorganización se ha considerado que dicha actuación instrumental es la forma más eficaz.

Consecuentemente con lo indicado, dicha sociedad es «medio propio» del ayuntamiento y está fuera de toda duda. En este supuesto la delegación permanente de competencia a la sociedad o el «macro encargo de gestión» se produce expresamente en el referido expediente de creación, al que como se ha indicado se le da todo tipo de publicidad administrativa (como si de una ordenanza se tratase) y mercantil.

Seguidamente se analizarán los requisitos necesarios para la consideración de medio propio exigidos por la norma, sin un carácter exhaustivo pues no es objeto del presente estudio y destacaremos algunos de los aspectos de los mismos que no parecen totalmente adecuados a lo que se acaba de indicar.

A) Control análogo propios servicios

Para poder ser considerado medio propio se exige, en primer lugar, que el control de la administración matriz sea absoluto sobre el ente instrumental, es decir, que ostente sobre el mismo «*que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas*».

En todo caso, sigue indicando la norma, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Este requisito no se cumple en el caso de entes con participación privada o empresas de economía mixta, siendo por ello precisa la íntegra o exclusiva titularidad pública del capital social, pues en los supuestos de participación privada la inversión obedece a intereses privados y no se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

En esta línea, alguna jurisprudencia ha exigido que este control no sea un control genérico o nominal sino efectivo.

Las sociedades públicas son controladas real y efectivamente por la administración titular, pues la Junta General de la misma suele ser el Pleno Municipal, además sus miembros políticos y técnicos del mismo formar la gran parte o la totalidad del consejo de administración, órganos que deciden la actividad de la empresa de forma ordinaria y prueban anualmente con carácter previo el Plan de empresa y los Programas de Actuaciones Inversiones y Financiación (PAIF), aprueban posteriormente las cuentas y autorizan las operaciones de endeudamiento.

Precisando los aspectos económicos, Julio Tejedor, indica que el control del Ayuntamiento se produce igualmente mediante los *«controles financieros que resulten de aplicación a las sociedades que de ellos dependen conforme a los artículos 220.1 y 223.1 LRHL, relativos al control financiero y al control externo respectivamente. En particular, en la gestión directa mediante sociedad mercantil la corporación municipal se reserva el control de la empresa a través del nombramiento de los administradores, desde la perspectiva orgánica, y mediante la censura de cuentas, desde la funcional y económico-financiera, pues resulta obligatoria la formación de una cuenta general en la que se incluirán las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad» del municipio»* [29].

En relación al requisito del control análogo han de contemplarse dos supuestos específicos pero que es necesario destacar:

a) Entre distintos entes de una misma administración: El control análogo se produce también entes instrumentales o medios propios de una misma administración, el control análogo que pudiera definirse como de segundo escalón. En concreto el artículo 32 en su párrafo 3.º indica que este requisito también se cumplirá *«… en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo».*

b) Control análogo conjunto: Se produce cuando el ente instrumental es medio propio de varios poderes adjudicadores a la vez. El citado artículo 32 lo contempla en su párrafo 4.º indicando que « Tendrán la con-

(29) Tejedor Bielsa, J., «*Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación*». Capítulo 9.º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014, p. 379.

sideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos generales indicados para los supuestos ordinarios siempre que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades. Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1. Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
2. Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
3. Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

En relación al mismo hay que indicar que es uno de los aspectos que ha dado lugar a distinta jurisprudencia tanto española como del TJUE precisando que lo esencial es que cuando se trata de varios entes territoriales que controlan la empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad puede entenderse satisfecho si realiza lo esencial no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto. Se pueden destacar la sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, asunto Iren Spa C– 719/20 y la reciente sentencia del Tribunal Supremo núm. 1205/2024 de 4 de julio[30].

B) Actividad esencial con la administración titular

Es necesario que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su Ayun-

(30) Es muy interesante el estudio que sobre la misma realiza Joaquín Tornos Mas, Catedrático honorífico de la Universidad de Barcelona en su artículo Los encargos a medios propios y el control análogo conjunto. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el alcance de este control en el Acento Local, publicado el 11 de septiembre de 2024. https://www.gobiernolocal.org/acento-local/los-encargos-a-medios-propios-y-el-control-analogo-conjunto-el-tribunal-supremo-fija-doctrina-sobre-el-alcance-de-este-control/.

tamiento propietario. Quiere decir ello, que se trate de una sociedad en la que la actividad principal sea la de prestación de servicios para su administración.

Se considera que presta esta actividad mayoritaria como indica el artículo 32.2, letra b) cuando «*más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo*».

La propia norma establece que a estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cómo y qué actividades son las que se han de tener en cuenta para calcular el citado 80% de la actividad del ente instrumental para ser considerado medio propio es una de las cuestiones que sorprendentemente ha complicado la actuación de los Gestores Públicos.

Hay que partir de la claridad del artículo 12.1 b) Directiva 2014/24/UE que indica que habrán de tenerse en cuenta las actividades de esa persona jurídica que se lleven a cabo en el ejercicio de «*cometidos que le han sido asignados*» por el poder adjudicador que la controla, el artículo 32 de la LCSP se refiere a «*cometidos confiados*» por el poder adjudicador o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A tenor de lo indicado parece claro que deberán computarse aquellas actividades que el ente instrumental realiza por cuenta de su administración bien en el ejercicio de las actividades ordinarias y habituales por ser competencias atribuidas en su propio objeto social, como aquellas que realice de forma habitual y concreta mediante encargo a medio propio.

Pues bien, sorprendió que la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y la Intervención General del estado (IGAE)en 2019 sobre la determinación de criterios para el cálculo del cómputo del requisito del 80 actividad exigido por el artículo 32 de la LCSP[31] restringiese la base del cómputo sobre solamente a la que realiza el medio propio por la

(31) Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio jurídico del estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

actividad proveniente del encargos a medios propios. La citada circular indicaba literalmente que: «*El requisito de actividad implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80 %, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. Por ello, el indicador de actividad ha de estar relacionado con acciones del poder adjudicador en relación con encargos (prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria)*» o con mayor claridad «*Con carácter general no se considerarán parte de esta actividad aquéllas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas otras que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico. Por tanto, en el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos*». Es decir que con carácter general se excluyen y no se consideran parte del 80 % aquellas actividades que hayan sido realizadas en ejecución de su objeto social como actividad ordinaria y habitual.

El criterio de la citada circular, fue ampliamente criticado por el sector público instrumental y por distintos sectores doctrinales por considerar que realizaba una restricción no justificada en la normativa española y la europea, opinando que debe incluirse toda la actividad proveniente de encargos como del desarrollo de su objeto social.

Finalmente ha sido el Tribunal de Cuentas de 31 marzo 2022 en su informe de fiscalización sobre la adaptación del Sector Público no financiero a la ley 40/2015 y LCSP[32] el que ha establecido que es una restricción carente de fundamento y contrario a la Normativa y Jurisprudencia Europea y en consecuencia hay que tener en cuenta las actividades realizadas por la ejecución de su objeto social y las provenientes de un encargo a medio propio. Al indicar que:

> «*Por otra parte, en relación con la interpretación de que se deben incluir para su cómputo únicamente aquellas actividades relacionadas con la ejecución de los encargos, procede señalar que la Directiva y la*

(32) Informe de «*Fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017 de contratos del sector público*», aprobado por el pleno del tribunal de cuentas en su sesión de 31 de marzo de 2022.

LCSP emplean el término «cometido» sin hacer referencia a la figura del «encargo». Tampoco se hace referencia en la Ley al término «encargo» cuando se determina el modo de calcular el 80% de actividad; en concreto, se dispone respecto de los gastos «los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad…». Es decir, se hace referencia a «servicios prestados» y a «prestaciones que haya realizado para cualquier otra entidad».

…/…

En consecuencia, por las razones expuestas, para analizar el cumplimiento del requisito de actividad el Tribunal de Cuentas ha considerado más adecuado tomar en consideración el indicador seleccionado por cada una de las entidades fiscalizadas respecto a las actividades que ha realizado para los poderes adjudicadores que le pueden conferir encargos o para entidades controladas por aquellos en general, valorando su razonabilidad, así como el porcentaje que, al aplicar dicho indicador, suponen esas actividades respecto de su actividad total, con independencia de si el indicador se ha aplicado sobre actividades que son consecuencia de la mera ejecución de su objeto social o sobre actividades ejecutadas bajo la cobertura formal de un encargo… [33]».

Siendo una de las recomendaciones del Informe que: «*Se considera necesario dotar de desarrollo reglamentario a los preceptos que la LCSP dedica a los medios propios, precisando los términos y el modo en que las entidades han de cumplir los requisitos exigidos para adquirir tal condición, especialmente en lo referido al requisito de actividad, cuya definición legal está originando diferencias de criterio y confusión en torno a su cumplimiento. Y, en tanto este desarrollo reglamentario no se produzca, se considera conveniente que la IGAE y la Abogacía General del Estado adapten en mayor medida los criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad a las particularidades del sector público empresarial estatal y a la doctrina "in house providing", de manera que atiendan a la actividad esencial de una entidad y a su repercusión en el mercado, cualquiera que sea su causa o forma jurídica, y garanticen que la actuación del medio propio no perjudica el principio de libre competencia*» [34].

(33) Informe del Tribunal de cuentas citado en la nota anterior, pp. 15-17.
(34) *Idem* nota anterior, p. 79.

Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto, son esencialmente los siguientes[35]:

1. Que la actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones, careciendo de importancia quién remunera a la empresa y en qué territorio se prestan dichos servicios.
2. En el supuesto de que sean varios los entes territoriales que controlan una empresa, la actividad a tomar en consideración es la que la empresa realiza con el conjunto de entes territoriales (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 65 a 72).
3. Es independiente y no relevante a estos efectos la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.

C) Totalidad capital público

Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública, este no es sino un complemento necesario del control análogo antes visto, siendo, como se ha visto, elemento necesario para el mismo pero no suficiente. En este sentido, al igual que el concepto de sociedad mixta, se ha producido una evolución en el sentido de que si bien originariamente se exigía el criterio de total pertenecía del capital a un ente territorial único, en la actualidad lo que se exige es que todo el capital sea público, aunque pertenezca a distintos poderes adjudicadores, impidiéndose la entrada del capital privado aun cuando sea mínimo.

---

(35) En este sentido se pronuncian y sintetizan los requisitos jurisprudenciales, los siguientes autores a los que nos remitimos:

– Bernal Blay, M. Á., «*Un paso en falso en la Interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in House*». Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), núm. 137, pp. 118-121. Enero-marzo de 2008. Editorial Thomson-Civitas.

– Razquín Lizárraga, J. A., Artículo «*Las encomiendas a entes instrumentales en la Legislación Foral de Contratos Públicos de Navarra: contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la legislación básica estatal*». Revista Jurídica de Navarra. Enero-junio de 2009, núm. 47, pp. 39-86.

Ahora bien el requisito del capital público exclusivo veda la entrada en las mismas del capital privado, pero no solo en el momento inicial de la contratación sino que debe ser mantenido en el tiempo. Es decir que si después del encargo entra capital privado en la sociedad debe negarse este carácter. Es el caso analizado por el TJCE en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (As C-C-29/04, Comisión Vs. República de Austria, apartado 42) es un supuesto en el que el Tribunal niega la existencia del control análogo al haberse desprendido tras la adjudicación el Ayuntamiento del 49 % de las acciones a favor de una compañía privada.

La razón de ello es que si el capital no es totalmente público, la sociedad mediante el encargo de gestión o encomienda puede generar beneficios y parte de estos, en la proporción de su capital aportado, iría al empresario privado, sin los requisitos de la pública concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

D) Reconocimiento expreso estatutos

La letra d) del citado artículo indica que «*la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente».

En este tema es necesario establecer algunas precisiones. En primer lugar si nos atenemos al criterio no formalista de la Unión Europea, en el sentido, se entiende, que este carácter de medio propio deberá constar expresamente indicado o en los estatutos o en la norma de su constitución que con independencia de que se utilice literalmente el término «medio propio» o «servicio técnico», sino que ello se deduzca de los elementos definidores de la constitución de la sociedad y de las relaciones que mantiene con su administración titular.

Por otro lado, si bien *«sensu contrario»*, ha sido muy clara la Jurisprudencia Europea, al indicar que es la realidad de la actuación de la sociedad lo que define éste, pues la determinación en los estatutos no implica que lo sea si por la naturaleza de la sociedad o su actividad queda acreditado que no reúne esta condición.

Hay que considerar la memoria de constitución de la sociedad, que no puede olvidarse que se tramita con exposición pública y de la misma forma que una ordenanza municipal, por lo que podría ser considerada como la «norma de creación», o en los estatutos se deduce claramente esta condición, aun cuando no se emplee literalmente la expresión «medio propio», debe ser considerado como tal.

En este sentido es clara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre, en los supuestos de gestión directa, excluye el requisito formal del reconocimiento expreso que limita exclusivamente a los supuestos de encomienda de gestión, así indica:

> *«De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades «Televisión Autonómica de Aragón, SA» y «Radio Autonómica de Aragón, SA», representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el artículo 8 LCSP. Según el tenor literal de éste:*
>
> *1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.*
>
> *2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.*
>
> *Por ello, para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del artículo 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de*

servicio público (contrato fuera del ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo)».

No obstante ello, el informe 21/2008, de la Comisión Consultiva de la Contratación Administrativa de Andalucía, declara que para que un ente instrumental de una universidad tenga la condición de medio propio, debe realizarse un reconocimiento expreso de su condición de tal medio en las escrituras de constitución o en los estatutos.

Por todo ello, es conveniente a efectos prácticos y para evitar tener que justificar siempre dicho carácter, que en la medida de lo posible se adapten los estatutos para reconocer este carácter de forma expresa y literal.

2.3.3 *El requisito de la idoneidad*

La idoneidad del medio propio es esencial. Así es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental, en este caso una sociedad pública, pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. En caso contrario se iría contra la esencia y fundamento del ente instrumental o la sociedad pública, constituida para prestar de forma más ventajosa el servicio o realizar la actividad económica de la administración local, y no solo no existiría justificación para el encargo sino para la propia existencia de la sociedad.

Pero que la sociedad sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50%). No obstante ello, este último criterio recientemente se ha plasmado en distintos comentarios doctrinales, resoluciones de Juntas de Contratación Administrativas e, incluso, en alguna normativa específica como la ya comentada Ley Foral de Contratos de Navarra y hoy día en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

El origen de este erróneo concepto es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP 2011, de dos figuras distintas, como se ha visto, por un lado la ejecución por la propia administración (párrafos 1 a 5) y los requisitos del medio propio para la encomienda de gestión (párrafo 6). Si a ello se le une la errónea identificación de la encomienda y la gestión directa del servicio mediante sociedad pública, da lugar a la disparatada pretensión de que en la compleja gestión directa del servicio, se pretenda que la sociedad realice la ejecución material de más del 50% del mismo. Piénsese en una sociedad urbanística que esté desarrollando un específico polígono, ello supondría que la sociedad debería ejecutar la

mayor parte de las obras de urbanización o en caso de desarrollarse una promoción de vivienda protegida en suelos cedidos, realizar la construcción de la misma, como si de una empresa constructora se tratase, confundiendo la promoción con la ejecución material de la obra, actuación específicamente prohibida a las sociedades urbanísticas.

Esta problemática y su solución tras las propuestas de AVS se plasmaron en específicas enmiendas que se introdujeron en la Ley ya se ha analizado con profundidad en el apartado 1.2.3.4.– Desacertada interpretación del criterio de idoneidad, al que nos remitimos. No obstante ello, hay que indicar que la cuestión quedó resuelta con la introducción el inciso propuesto en el artículo 32.7, que no es sino la inclusión del anterior 8.2 del TRLCSP de 2011. En concreto dicho artículo literalmente indica:

En concreto en el artículo 32.7, indica que: «*a los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:*

> *b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo*».

Pero, al final se consiguió introducir la excepción de que no solo no será aplicable lo a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios, ni a «*Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública*».

La excepción indicada a dicha pretendida subcontratación opera con carácter general, porque deja claro que en la nueva ley de acuerdo al criterio histórico de anteriores leyes una cosa es la gestión directa por ente instrumental, que es una decisión autoorganizativa de gestión del servicio en sentido amplio y que como tal es la realización de una serie de actividades complejas para que en definitiva se preste el mismo, pero no una ejecución de la obra o servicio y no una mera ejecución material de una obra o servicio de la normativa contractual. Otra cosa es la realización de una prestación específica mediante encargo que tiene un régimen jurídico distinto. Aun siendo distintos en ambos casos no opera este límite del 50 %, en el primero en el caso de gestión de servicios porque no se aplica este límite de la LCSP y va en contra del concepto de gestión de servicio, y en

el caso de encargo a medio propio porque se excepciona expresamente en la propia LCSP cuando se actúa por ente instrumental. Además se prohíbe expresamente la ejecución material de la obra en la normativa especial de las sociedades urbanística, como se ha visto.

Se refuerza esta interpretación por la denominada «interpretación auténtica de la norma» que es la que hace el propio legislador. En este caso está perfectamente claro en la justificación de las enmiendas presentadas. Como se ha visto la enmienda núm. 482, del G. P. Socialista, indica: «*La redacción actual del artículo 32.6 del Proyecto de Ley plantea un grave problema a los entes instrumentales al aplicar un criterio restrictivo del requisito de idoneidad del medio propio, no exigido por la legislación europea, al obligar que éste realice materialmente por sí misma el 60% de la cuantía del encargo, salvo casos justificados. Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de "gestionar un servicio" que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (art. 85 de la Ley 7/1985, LBRL). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC. AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente*».

C. El régimen económico del gestor público de vivienda

Juan Manuel Pérez Mira
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y
Socio-Director de AGES Asesoramiento y Gestión

Resumen: *El siguiente análisis aborda el régimen económico del gestor público de vivienda, destacando los aspectos claves en tres ámbitos principalmente: su relación con la Administración Pública, la financiación de sus actividades y la gestión económica de los recursos humanos. El objetivo es proporcionar a los gestores públicos de vivienda un marco de referencia claro, sintético y práctico para gestionar los recursos de manera eficiente, asegurando el cumplimiento de las normativas aplicables. Así, por un lado, se explican las formas en que las administraciones públicas atribuyen funciones o competencias en entes instrumentales o ejecutan directamente prestaciones propias de los contratos administrativos mediante encargo de gestión a medio propio. Estas figuras son formas organizativas para la gestión de los servicios y actividades públicas directamente derivadas de la potestad autoorganizativa de la Administración orientada por el objetivo general de mejorar la eficacia y la eficiencia. Con respecto a la financiación, se hace un repaso de la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera aplicable a los gestores públicos de vivienda y se presenta la enorme trascendencia que puede comportar, en ese sentido, la clasificación de una entidad como «de mercado» o «no de mercado» en términos*

de contabilidad nacional. Por último, en materia de personal, se describen las posibilidades de contratación de recursos humanos, así como las limitaciones de carácter presupuestario a las que se enfrentan este tipo de entidades tanto para la provisión de puestos de trabajo como para la modificación de las retribuciones del personal a su servicio.

Palabras clave: *Gestión pública de vivienda, Atribución de funciones, Encargo de gestión, Financiación, Estabilidad presupuestaria, recursos humanos, tasa de reposición de efectivos, masa salarial.*

Abstract: *The following analysis addresses the economic regime of the public housing manager, highlighting key aspects in three main areas: its relationship with the public administration, the financing of its activities, and the economic management of human resources. The objective is to provide public housing managers with a clear, concise, and practical reference framework for efficiently managing resources while ensuring compliance with applicable regulations. On the one hand, it explains how public administrations assign functions or competencies to instrumental entities or directly execute services inherent to administrative contracts through the management assignment to in-house entities. These figures represent organizational structures for the management of public services and activities, derived directly from the administration's self-organizational power, guided by the general objective of improving efficiency and effectiveness. Regarding financing, the analysis reviews the regulations on budgetary stability and financial sustainability applicable to public housing managers and highlights the significant impact that the classification of an entity as «market» or «non-market» can have in terms of national accounting. Finally, in terms of personnel, the possibilities for human resource hiring are described, along with the budgetary limitations faced by such entities, both in filling positions and modifying the remuneration of their staff.*

Keywords: *Public housing management, Assignment of functions, Management assignment, Financing, Budgetary stability, Human resources, Replacement rate of staff, Wage bill.*

Sumario: 1. Relación del gestor público de vivienda con la Administración. 1.1 Atribución de funciones o encargo a medio propio: claves para el gestor. 1.1.2 Características de la atribución de funciones. 1.1.3 Características del encargo de gestión a medio propio. 1.1.3.1 Régimen económico. 1.1.3.2 Régimen jurídico y administrativo. 2. Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2.1 Estabilidad presupuestaria. 2.2 Sostenibilidad financiera. 3 Financiación y endeudamiento. 4 Recursos humanos. 4.1 Tipos de contratación. 4.1.2 Contratación indefinida. 4.1.2.1 Contrato indefinido. 4.1.2.2 Contrato fijo-discontinuo. 4.1.3 Contratación temporal. 4.1.3.1 Contrato por circunstancias de la producción. 4.1.3.2 Contrato por sustitución de la persona trabajadora. 4.1.3.3 Con-

tratos formativos. 4.1.3.4 Contrato temporal para actividades con financiación europea. 4.1.3.5 Límites a la contratación temporal. 4.2 Procesos selectivos. 4.3 Masa salarial del personal laboral. 4.4 Tasa de reposición de efectivos.

1. RELACIÓN DEL GESTOR PÚBLICO DE VIVIENDA CON LA ADMINISTRACIÓN

De la potestad autoorganizativa emanan las dos vías mediante las cuales una Administración se relaciona actualmente con sus entidades dependientes, como es el caso de una sociedad pública de gestión y promoción de vivienda: la atribución de funciones (o competencias) y el encargo de gestión a medio propio.

Ambas son formas de gestión directa, aunque, en el primer caso, de servicios y actividades públicas, mientras que, en el segundo, respecto de la ejecución de prestaciones propias de los contratos administrativos (obras, servicios, suministros, concesiones de obra y concesiones de servicio). Sin embargo, la delimitación de la procedencia de la aplicación de una u otra figura se plantea en muchas ocasiones compleja, puesto que la realidad material que puede alcanzarse a través de la atribución de una función también puede plantearse, en numerosas ocasiones, como el objeto de un encargo de gestión.

Por tanto, es fundamental tener claras las diferencias entre una y otra figura, partiendo de la base de que cada una responde a un régimen jurídico distinto.

Así, aunque al acto o negocio jurídico por el que se formaliza un encargo de gestión no se le apliquen las normas que regulan la contratación del sector público, los requisitos del encargo para no considerarse un contrato sí están claramente especificados en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

1.1 **Atribución de funciones o encargo a medio propio: claves para el gestor**

La atribución de la función es una figura para la gestión directa de un servicio público o de una determinada actividad económica cuya atribución a la entidad dependiente deberá tramitarse con arreglo a los requisitos y limitaciones que la normativa impone para ello. En consecuencia, la atribución de la función se sitúa en el momento inicial, esto es, en el

momento de creación de la entidad o bien en el de la modificación o ampliación de su objeto.

Sin embargo, en el caso del encargo de gestión, la administración no está atribuyendo a la entidad dependiente la gestión de un determinado servicio o actividad pública sino únicamente la ejecución de determinadas prestaciones típicas de los contratos administrativos para las que, en vez de acudir al mercado para su obtención, y dado que existe una entidad dependiente que cuenta con capacidades y habilidades para ello, decide «aprovisionarse» internamente a través de esta figura. En consecuencia, el encargo de gestión se sitúa siempre en un momento posterior, en el que ya existe una entidad dependiente que cuenta con medios, capacidades, conocimientos y/o habilidades disponibles.

En apoyo de esta tesis, cabe citar la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la LCSP en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

De acuerdo con dicha Circular, puede deducirse que, cuando se trata de la actividad principal para la que una entidad dependiente ha sido creada por la Administración, el cauce a utilizar sea el de la atribución de la función, mientras que si se trata de actuaciones de carácter accesorio a la anterior o de carácter limitado en el tiempo resultará más adecuado la actuación por la vía del encargo (art. 32 LCSP).

Precisamente por esta diferencia de fondo, la atribución de la función no queda limitada a un plazo concreto de tiempo, sino que tiene carácter indefinido mientras que el encargo de gestión debe tener fijado un plazo concreto siendo, por tanto, de naturaleza limitada en el tiempo.

Efectivamente, aunque la norma no especifica el plazo máximo que pueda tener un encargo, sí que establece la obligación de darle publicidad lo que, en la práctica, implica la necesidad de establecer algún plazo. Por tanto, el encargo tiene una continuidad limitada en el tiempo mientras que la atribución de la prestación de un servicio público o actividad en régimen de gestión directa a una entidad dependiente no tiene tal limitación.

Hechas las aclaraciones anteriores, se describen a continuación las características fundamentales de la atribución de funciones y del encargo de gestión a medio propio.

1.1.2 Características de la atribución de funciones

– Es una forma de gestión directa, aunque descentralizada y especializada de los servicios públicos (potestad autoorganizativa) mediante la

creación de una nueva entidad o la modificación de una ya existente (modificación del objeto social).

– Debe ser una forma más eficiente y sostenible de gestión que la directa indiferenciada.

– El plazo de duración es indefinido.

– La financiación de las actuaciones (gastos e inversiones) es aprobada anualmente en los documentos que forman parte del presupuesto general municipal:

- Estado de previsión de ingresos y gastos.
- PAIF.

– La gestión es autónoma, dentro de las directrices fijadas en el PAIF.

– La financiación provendrá de ingresos atribuidos y/o aportaciones de la administración consignadas en su propio presupuesto (generalmente en Capítulo IV y VII). El libramiento se realizará en la forma y manera que se establezca en los documentos aprobados (PAIF, presupuesto de la administración, normas presupuestarias).

– Las transferencias en el presupuesto deberán responder a alguno de los destinos previstos por la norma 6.ª Orden EHA/733/2010:

- Financiación del coste de prestación del servicio público.
- Financiación de proyectos específicos de investigación y desarrollo que se incluyan en el marco de la prestación de servicios públicos asignados.
- Aportaciones para financiar inmovilizado afecto a la prestación del servicio público o para cancelar deudas por adquisición del mismo.
- Financiación de déficits de explotación o gastos generales de funcionamiento de la entidad, no asociados con ninguna actividad o área de actividad en concreto sino con el conjunto de las actividades que realiza.
- Financiación de gastos específicos o inusuales no afectados específicamente a una actividad.

– Al no tratarse de un proveedor, resulta muy conveniente incluir un apartado específico en las bases de ejecución y/o normas presupuestarias sobre aspectos formales y tramitación.

1.1.3 *Características del encargo de gestión a medio propio*

– Es una forma de gestión directa de la ejecución de prestaciones propias de los contratos a través de una entidad ya existente que cuenta con

capacidades para ello. Se trata de que la Administración, en ejercicio de su potestad autoorganizativa, pueda utilizar medios y capacidades con las que cuenta para obtener determinadas prestaciones sin necesidad de acudir al mercado.

– Debe acreditarse la condición de medio propio. Aunque no es necesario acreditar que se trata de una forma más eficiente y sostenible de gestión, es recomendable introducir elementos de eficiencia.

– El plazo no puede ser indefinido, sino que ha de determinarse su duración.

– La gestión está estrictamente sujeta a los términos del encargo. La discrecionalidad de la Administración es amplia en este ámbito.

– La financiación de las actuaciones se determina en el propio encargo mediante atribución de ingresos y/o compensaciones con arreglo a tarifas basadas en el coste real.

– Las aportaciones de la administración serán consignadas en su propio presupuesto, generalmente en sus Capítulos 2/4/6/7.

– El libramiento se realiza en la forma y manera que se establece en el encargo, aunque resulta muy conveniente determinar estos aspectos al aprobar el régimen jurídico y administrativo de los encargos por el poder adjudicador (art. 32.2 LCSP) y en las bases de ejecución del presupuesto.

– El medio propio está obligado a la realización de los trabajos y actividades que les sean encargados, como, por ejemplo, en el ámbito de la gestión pública de vivienda, la promoción de construcción de viviendas, la negociación de suelos o la tramitación de expedientes de rehabilitación o de inspecciones técnicas de edificios.

– Las relaciones con los entes instrumentales tienen carácter interno, dependiente y subordinado.

– El encargo no implicará, en ningún caso, el ejercicio de autoridad o de otras potestades reservadas a la Administración Pública.

– La entidad que realice el encargo instruirá un expediente en el que se incluirán los trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios, de control y de aprobación del gasto.

– Una vez instruido el expediente completo, se procederá a la aprobación de un documento de formalización cuya notificación implicará la orden de inicio de la prestación.

– En caso de no cumplir los requisitos legales expuestos en el artículo 32 de la LCSP, el encargo a un medio propio es anulable (art. 40, apartado C de la LCSP) y susceptible de recurso especial en materia de contratación (art. 44.2, apartado E, de la LCSP).

1.1.3.1 Régimen económico

Una de las características del encargo de gestión a medio propio mencionadas en el apartado anterior es que la financiación de las actuaciones se determina en el propio encargo mediante la atribución de ingresos y/o compensaciones con arreglo a tarifas basadas en el coste real.

Es decir, las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado deben atender al coste real, ya que serán esas tarifas las que se usarán como referencia para establecer las compensaciones en la financiación de las actuaciones.

En este sentido, cabe precisar que por «coste real» debe entenderse todos los costes en los que sea necesario incurrir para la realización de la prestación encargada, es decir, los costes directos, los costes indirectos (de estructura, de marketing, promoción, etc.), los costes financieros, las amortizaciones y otros costes necesarios y que sean efectivamente soportados por el medio propio.

Por tanto, el coste real del encargo a una sociedad gestora de vivienda dependiente de una entidad pública incluye todos los costes que cumplan los siguientes requisitos:

- Que estén vinculados al encargo.
- Que sean necesarios para su ejecución.
- Que sean efectivamente soportados por la sociedad.

1.1.3.2 Régimen jurídico y administrativo

El artículo 32.2.d) LCSP determina la obligación respecto de la determinación del régimen jurídico y administrativo de los encargos que se le puedan conferir al medio propio en sus estatutos o en el acto de creación.

Esta es una cuestión capital para el adecuado funcionamiento de esta figura puesto que puede utilizarse para determinar, para el ámbito concreto de la administración de la que se trate, las líneas maestras del procedimiento interno de tramitación de los encargos de gestión.

La normativa no determina, a diferencia de los contratos, un procedimiento específico para la tramitación del encargo de gestión en sus diferentes fases (preparación, formalización, ejecución, modificación y liquidación) como consecuencia directa de la potestad autoorganizativa que, en este ámbito, es la cuestión fundamental.

Sin embargo, resulta muy conveniente diseñar e implementar un procedimiento de gestión de los encargos en términos análogos a lo que la norma realiza en el caso de los contratos, lo cual es un elemento clave

para agilizar la gestión y garantizar la seguridad jurídica en el procedimiento.

Para ello, la experiencia muestra que resulta muy conveniente plantear, con las adaptaciones necesarias a cada caso, procedimientos que planteen una cierta «analogía» al procedimiento de gestión de los contratos regulado en por la LCSP.

Actuar de esta forma implica que en el procedimiento de gestión existan una serie de elementos asimilables a los propios del contrato, como serían los siguientes:

a) Órgano competente.

Es el órgano concreto que, en sede del poder adjudicador, es competente para la aprobación del encargo. Se trata del análogo al órgano de contratación en el caso de los contratos y será, por tanto, en el que resida la competencia para aprobar, modificar y liquidar el encargo.

El órgano competente para cada encargo puede ser el mismo que actúa como órgano de contratación, en función del importe y la naturaleza de las prestaciones del encargo (obras, servicios, suministros, concesión de obra, concesión de servicios) de acuerdo con la normativa aplicable.

b) Plazo de duración.

Siguiendo con el tratamiento análogo al del contrato, como regla general, los plazos asignados a los encargos pueden ser los mismos que los que determina la normativa vigente para los contratos en función de la naturaleza de las prestaciones encargadas.

c) Responsable del encargo.

Resulta conveniente que exista, en la unidad administrativa que propone el encargo, un responsable del este. Las funciones del responsable del encargo serán análogas a las del responsable del contrato.

d) Fases de la tramitación administrativa.

Fase del encargo	Aplica al encargo	Fase encargo
Preparación	Sí	Instrucción del expediente
Licitación	No	–
Adjudicación	Sí	Aprobación del documento de formalización

Fase del encargo	Aplica al encargo	Fase encargo
Formalización	Sí	Aprobación del documento de formalización
Ejecución	Sí	Ejecución (incluye liquidaciones parciales)
Modificación	Sí	Modificación
Recepción	Sí	Liquidación final
Liquidación	Sí	Liquidación final

e) Plurianualidad.

Respecto de los encargos de carácter plurianual, también debería realizarse un tratamiento análogo al de los contratos en cuanto a las condiciones y limitaciones aplicables sobre los mismos.

f) Abonos al medio propio.

El encargo deberá prever la realización de pagos al medio propio en condiciones análogas a las previstas para los contratos.

No obstante, dada la condición interna de la relación que vincula al medio propio con el poder adjudicador, resulta conveniente incluir la posibilidad de que el poder adjudicador realice abonos a cuenta al medio propio con anterioridad a la realización de las prestaciones encargadas, con el fin de facilitar la financiación de las mismas.

Es aconsejable, además, que esta cuestión quede reflejada no solo en el documento de formalización, sino también en las bases de ejecución o normas de ejecución presupuestaria del poder adjudicador en cuestión (ayuntamiento o comunidad autónoma).

2. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

En el marco del régimen económico del gestor público de vivienda, un aspecto determinante que afecta a las relaciones financieras entre el gestor y su administración titular es el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF). Esta Ley regula el ámbito de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades que componen el sector público, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. Esta unificación

mejora la coherencia en la regulación jurídica, supone una mayor claridad de la Ley y transmite una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las entidades del sector público.

A su vez, esta norma, se encuentra íntimamente relacionada con los planteamientos y criterios del Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC), aplicable en cada Estado miembro de la Unión Europea siempre que se analizan cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los objetivos sobre estabilidad presupuestaria y endeudamiento público.

En este sentido, hay que aclarar que, aunque el SEC no es un sistema directamente aplicable a la contabilidad pública, presupuestaria ni financiera, sus principios y la mayor parte de sus criterios han sido traspuestos al ordenamiento jurídico español a través de diferentes normas como la anteriormente referida y, en todo caso, sí debe ser aplicado para determinar los agregados y magnitudes contables en términos de contabilidad nacional.

2.1 **Estabilidad presupuestaria**

La LOEPSF incluye el principio de estabilidad presupuestaria para las actuaciones que afecten a los gastos o ingresos, y, en su ámbito de aplicación, distingue entre:

– Las entidades clasificadas en términos de contabilidad nacional en el sector «Administraciones Públicas». Se trata de entidades que, con independencia de su naturaleza jurídica, se financian mayoritariamente con transferencias o ingresos que no tienen la naturaleza de ventas en términos de contabilidad nacional. También se les denomina a estos efectos «productores NO de mercado». En este caso, la estabilidad presupuestaria viene determinada por la situación de equilibrio o superávit estructural.

– El resto de las entidades integradas en el sector público que se financian mayoritariamente con ventas o ingresos «de mercado». En este caso, se encontrarán clasificadas en el sector de «sociedades no financieras» de la contabilidad nacional y se entenderá la estabilidad presupuestaria como la posición de equilibrio financiero.

De acuerdo con esta distinción y dado que, normalmente, las entidades de gestión y promoción de vivienda tendrán la condición de «productor de

mercado» en términos de contabilidad nacional, la estabilidad presupuestaria equivale a la posición de equilibrio financiero. No existe una definición única o general del equilibrio financiero en la normativa española actual salvo para las entidades encuadradas en el sector público local, para el cual el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre define la situación de desequilibrio financiero como aquella en la que se dan las siguientes circunstancias:

– Existencia de pérdidas.
– Que el saneamiento de dichas pérdidas exija la aportación de recursos por parte de la administración titular.
– Que dicho saneamiento no haya sido previsto por la propia administración titular dentro de su presupuesto, planteado en términos de estabilidad presupuestaria.

Por su parte, para las entidades clasificadas en el sector «Administraciones Públicas», el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria implica una situación en la que su capacidad de financiación, en términos de contabilidad nacional, sea nula o positiva en el momento de aprobar, modificar o liquidar su presupuesto.

Concretamente, esto último significa que la suma de los importes de los capítulos de gasto del 1 al 7 deberá ser igual o inferior a la suma de los importes recogidos en los capítulos 1 a 7 de ingresos, de acuerdo con los criterios de contabilidad presupuestaria debidamente ajustados de acuerdo con los criterios de contabilidad nacional.

Por último, cabe recordar que, la LOEPSF desarrolla las medidas preventivas, correctivas y coercitivas para el caso de incumplimiento de la estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto o deuda.

2.2 **Sostenibilidad financiera**

Para asegurar la viabilidad de la gestión pública de la vivienda, las entidades gestoras deben atenerse no solo al cumplimiento del criterio de estabilidad presupuestaria sino también al de sostenibilidad financiera.

Según la norma básica, «*se entiende por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea.*».

Por tanto, partiendo de esta definición, la gestión de la vivienda pública bajo este criterio económico implica atender a cuatro elementos básicos:

– Déficit.

Respecto del déficit, la Ley Orgánica y, en general toda la normativa europea lo vinculan al cumplimiento de los objetivos en materia de estabilidad presupuestaria. En efecto, tal y como señala la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), «el concepto de déficit o superávit público es equivalente al concepto de Capacidad o Necesidad de Financiación de las Administraciones Públicas definido en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC95), aprobado por Reglamento CE Núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996».

– Deuda pública.

Respecto de la definición del concepto de deuda pública, el artículo 13 LOEPSF, explícitamente remite al Protocolo de déficit excesivo de la Unión Europea y fija el límite para el conjunto de las Administraciones Públicas en el 60 por ciento del PIB nominal.

– Morosidad.

En este caso, la propia norma lo clarifica al establecer que se entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad.

En este sentido, la normativa vigente sobre morosidad viene determinada por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que en su artículo 4 establece un plazo general de pago de 30 días naturales desde la recepción de la mercancía o prestación del servicio.

En el caso específico de los sujetos integrantes del sector público, la evaluación del cumplimiento de dicho plazo general de pago se mide a través de un indicador específico denominado «Periodo Medio de Pago» (PMP), introducido por el artículo 4 LOEPSF como expresión del tiempo de pago de la deuda comercial.

3. FINANCIACIÓN Y ENDEUDAMIENTO

En cuanto a la financiación, la normativa actual introduce la aplicación plena del principio de prudencia financiera, entendido como el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste.

Por tanto, en el caso concreto del gestor público de vivienda, el cumplimiento de dicho principio implica la realización de las actuaciones necesarias para conseguir la mejor operación financiera posible en cuanto al riesgo, al coste y a los plazos, sin perjuicio, de otro tipo de exigencias o limitaciones que actualmente se imponen en el caso de que la entidad se encuentre clasificada en el sector «Administraciones Públicas» de la contabilidad nacional.

Por lo que respecta al endeudamiento necesario para gestionar vivienda pública, de nuevo se establece una diferencia entre los productores que están clasificados como de mercado y los que no.

En el caso de un productor clasificado como no de mercado, el endeudamiento a largo plazo, que es el necesario para llevar a cabo este tipo de actuaciones, tiene como condición que el ahorro neto sea positivo, lo que no ocurre con los productores clasificados como «de mercado».

En consecuencia, debe quedar muy claro que, por imposición de la normativa en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la clasificación de un gestor público de vivienda en contabilidad nacional es un elemento crítico o clave para determinar no solo las posibilidades de actuación en este campo para el gestor sino incluso la propia viabilidad de los proyectos que acometa.

La financiación de los proyectos de promoción o rehabilitación de vivienda, así como otro tipo de actuaciones en el ámbito del urbanismo y la vivienda, habitualmente se producirá mediante el recurso al endeudamiento y la aportación de fondos propios en la proporción más adecuada en cada caso.

No obstante, en muchas ocasiones, como consecuencia del carácter público de este tipo de actuaciones, el gestor público plantea la realización de las actuaciones a precios o en condiciones menos onerosas que el gestor privado para lo que se precisa de la aportación de recursos desde la o las administraciones a las que se encuentra vinculado o de las que depende.

En este caso, la aportación de recursos puede plantearse por dos vías diferenciadas:

– Las aportaciones en especie, mediante la cesión a través de diferentes títulos de los terrenos, inmuebles u otros activos vinculados con la actuación.

– La aportación de recursos financieros mediante la instrumentación de transferencias, aportaciones al capital o a los fondos propios o subvenciones.

Concretamente, las transferencias son una de las principales vías de aportación de recursos financieros por parte de las administraciones a sus entidades dependientes y, en consecuencia, también a los gestores púbicos de vivienda.

El artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones excluye las transferencias de su ámbito de aplicación al establecer no comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha norma las aportaciones dinerarias que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública.

La Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de empresas públicas que operan en determinadas circunstancias determina los tipos de transferencias que puede recibir un gestor público y su contabilización.

Concretamente, la norma sexta enumera los siguientes tipos de transferencias u otras entregas sin contraprestación recibidas de las entidades públicas dominantes:

– Las destinadas a financiar actividades específicas que hayan sido declaradas de interés público o general mediante una norma jurídica.

– Las establecidas mediante contratos-programa, convenios, planes aprobados por el correspondiente Gobierno u otros instrumentos jurídicos cuya finalidad sea la realización de una determinada actividad o la prestación de un determinado servicio de interés público o general, siempre que en dichos instrumentos jurídicos se especifiquen las distintas finalidades que pueda tener la transferencia y los importes que financian cada una de las actividades específicas.

– Las destinadas a financiar proyectos específicos de investigación y desarrollo que se incluyan en el marco de unas actividades que hayan sido consideradas de interés público o general.

– Aportaciones recibidas por las empresas públicas para financiar inmovilizado afecto a una actividad específica que hayan sido consideradas de interés público o general o para cancelar deudas por adquisición del mismo.

– Transferencias con finalidad indeterminada, para financiar déficits de explotación o gastos generales de funcionamiento de la empresa, no asociados con ninguna actividad o área de actividad en concreto sino con el conjunto de las actividades que realiza, aún cuando una parte de las actividades desarrolladas sean actividades de interés público o general, siempre que éstas no hayan recibido una financiación individualizada.

– Transferencias realizadas para compensar pérdidas genéricas aún en el caso de que hayan sido instrumentadas mediante contratos-programa o documentos similares.

– Transferencias genéricas que se destinen a financiar inmovilizado, aun en el caso de que una vez que entre en funcionamiento dicho inmovilizado se utilice total o parcialmente para realizar actividades o prestar servicios de interés público o general.

– Transferencias para financiar gastos específicos o inusuales no afectados específicamente a una actividad.

4. RECURSOS HUMANOS

En materia de personal, los gestores públicos de vivienda pueden estar sujetos a diferentes regímenes jurídicos. De esta forma, las entidades sujetas al derecho público, como es el caso de los organismos autónomos (que, en muchas ocasiones y en este ámbito, adoptan la denominación de Patronatos), quedarán sujetas a la norma que en esta materia pueda existir en cada una de las Comunidades Autónomas junto con la regulación básica determinada por el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP).

Por su parte, las entidades sujetas al derecho privado se someten en esta materia al ordenamiento privado concretamente al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y la regulación convencional que pueda resultar de aplicación, aunque, deben observar determinados principios de la normativa sobre empleo público, en especial, los relativos al código de conducta y el acceso al empleo en el sector público.

En efecto, como entidades integrantes del sector público, los gestores públicos de vivienda sujetos al derecho privado han de someterse a ciertas normas de derecho público que le son de aplicación cuando el socio mayoritario es una administración pública o ente dependiente. Tal es el caso de los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del TREBEP.

4.1 **Tipos de contratación**

En materia de contratación de personal laboral, el Real Decreto-ley 32/2021 introduce una serie de modificaciones del Estatuto de los Trabajadores muy relevantes, especialmente en lo que se refiere a la contratación de carácter temporal.

Se analizan, a continuación, los tipos de contratos que quedan establecidos tras dicha reforma.

4.1.2 *Contratación indefinida*

Las modificaciones legales que se aprobaron en 2021 y empezaron a aplicarse en 2022 tienen como objetivo reducir la temporalidad, para lo cual la nueva regulación da prioridad al contrato indefinido que debe ser el cauce ordinario de contratación del personal y reformula el contrato fijo-discontinuo, ampliando los supuestos en que este se puede celebrar.

4.1.2.1 Contrato indefinido

El contrato indefinido debe ser la forma predominante y ordinaria de relación laboral. De esta forma, salvo que exista alguna circunstancia específica y tasada que motive una relación laboral temporal, todas las relaciones laborales serán de carácter indefinido.

4.1.2.2 Contrato fijo-discontinuo

Lo decisivo en este tipo de contrato es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

También podrán, además, desarrollarse a través de la contratación fija-discontinua la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsible, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

Las personas trabajadoras fijas discontinuas pueden tener jornada completa o parcial, pero su relación laboral es indefinida. Los trabajadores fijos discontinuos tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de los trabajadores de la empresa.

4.1.3 *Contratación temporal*

Después de la derogación del contrato temporal por obra o servicio determinado, únicamente subsisten, con carácter general, dos tipos de contratos de duración determinada: el contrato por circunstancias de la producción y el de sustitución. Junto a estos contratos, se han fijado dos modalidades de contrato formativo y se ha habilitado un nuevo tipo de contrato vinculado a la realización de actividades en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea. Se describen al final de este apartado.

4.1.3.1 Contrato por circunstancias de la producción

Cabe utilizar este tipo de contratación únicamente en los siguientes casos:

– Ante incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad.
– Ante oscilaciones de la actividad que no puedan ser cubiertas con el contrato indefinido fijo-discontinuo.
– Para la cobertura de vacaciones.

La duración máxima será de seis meses, pudiéndose ampliar por convenio colectivo de ámbito sectorial hasta un año.

No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores.

4.1.3.2 Contrato por sustitución de la persona trabajadora

Puede celebrarse en los siguientes supuestos:

– Sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.
– Completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

– Cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

4.1.3.3 Contratos formativos

La reforma de 2021 suprimió las modalidades contractuales para el contrato formativo existentes hasta el momento. En su lugar, se crean dos nuevos contratos formativos[1]:

1. Contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

Este contrato tiene por objeto la celebración de un contrato que conlleva una retribución y una formación. La finalidad es que se realicen prácticas tras obtener un título académico (universitario, grado, etc.) o acceder al catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

2. Contrato de formación en alternancia.

Es un contrato destinado a compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

La retribución se fijará por convenio colectivo, no pudiendo ser inferior el primer año al 60 % de lo que establezca el convenio para ese grupo profesional, y 75 % en el segundo año.

4.1.3.4 Contrato temporal para actividades con financiación europea

Este tipo de contratos de duración determinada, introducidos por el El RD 32/2021 (DA 5.ª), se pueden realizar en el marco de una causa

(1) Hay una serie de normas comunes que se establecen para todos los contratos formativos en los apartados 4, 5, 6 y 7 del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

específica, diferente a las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, y tienen la duración necesaria para la ejecución de proyectos o programas de carácter temporal cuya financiación provenga de Fondos de la Unión Europea y se formulan en un nuevo modelo.

Según el mencionado RD, estos contratos «se realizarán de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público».

4.1.3.5 Límites a la contratación temporal

El Real Decreto-ley 32/2021 señala que las personas contratadas incumpliendo lo establecido anteriormente para la contratación temporal adquirirán la condición de fijas.

En resumen, se explicitan tres supuestos en los que un empleado contratado mediante un contrato de duración determinada puede adquirir automáticamente la condición de empleado fijo sin necesidad de que un órgano jurisdiccional así lo determine:

– Por incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas para la contratación temporal.

– Por falta de alta en la seguridad social por un plazo igual al del periodo de prueba.

– Por «encadenamiento de contratos temporales» en la misma persona o en el mismo puesto de trabajo:

• Por la misma persona. Se pasa de 24 meses en un período de 30 meses, a 18 meses en un período de 24 meses (en este plazo computa ETT).

• En el mismo puesto. Adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo ocupado antes, con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un período de 24 meses, mediante contratos temporales por circunstancias de la producción o mediante ETT.

Por otro lado, la reforma de 2021 endureció el régimen sancionador frente a incumplimientos en materia de contratación temporal y modificó el sistema de cotización adicional para los contratos temporales, que pasaba a penalizar con mayor cotización a todos los contratos inferiores a 30 días (anteriormente 5 días).

4.2 **Procesos selectivos**

Por sus especiales características, el gestor público de vivienda sujeto al derecho privado ha de contar con procedimientos de selección del personal propios y adaptados a sus peculiaridades, pero sin que ello deba suponer el menoscabo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Hay que recordar, en este sentido, que los empleados que prestan servicios en este tipo de entidades lo hacen mediante un contrato de trabajo laboral y tienen la condición de empleados del sector público, pero no la de empleados públicos del artículo 8 del TREBEP, aunque estén sujetos a ciertas normas de derecho público.

No obstante, ante la incertidumbre que suele generar entre las empresas públicas la relativa ambigüedad de la norma en el ámbito de personal y, especialmente en lo que respecta a la aplicación del principio de publicidad, resulta recomendable aplicar algunos criterios generales de actuación:

– Selección de personal directivo: se puede realizar siguiendo procedimientos de carácter análogo al de libre designación en la función pública y que no impliquen necesariamente la publicidad de la convocatoria, pero que garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

– Selección del resto de personal: resulta conveniente que los procedimientos selectivos se realicen mediante convocatorias públicas.

4.3 **Masa salarial del personal laboral**

La masa salarial está integrada por las retribuciones salariales o extrasalariales que perciba el personal laboral por el trabajo desempeñado. Pero hay cuatro excepciones:

– Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

– Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo de empleados.

– Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

– Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador.

Por otro lado, cabe recordar que la masa salarial es un concepto global. Así, mientras que las retribuciones del personal funcionario las fija la

Administración con carácter individual, las retribuciones del personal laboral tendrían que fijarse a través del convenio colectivo o de algún tipo de tipo de negociación individual, ya que se trata de trabajadores que no dependen de la Administración, sino del empleador de la sociedad mercantil que los contrata.

Por tanto, si el incremento máximo de la masa salarial fijado en los Presupuestos Generales del Estado es del 0,9 %, este porcentaje no se aplicará de forma universal a todos los salarios. Cada salario se incrementará más o menos –o incluso permanecerá invariable– en función de la negociación colectiva, siempre y cuando la masa salarial considerada globalmente no sobrepase en el año el 0,9 % de crecimiento.

Aunque la actual regulación básica del cálculo de la masa salarial del sector público plantea algunas lagunas e incertidumbres, su cálculo debe realizarse en términos de homogeneidad, por el cual, a la hora de calcular el incremento máximo autorizado de la masa salarial, resulta necesario considerar el mismo número de efectivos, antigüedad y condiciones laborales.

4.4 **Tasa de reposición de efectivos**

La tasa de reposición de efectivos es otras de las limitaciones que han venido siendo impuestas desde hace varios años por las diferentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado y las Comunidades Autónomas a la contratación de nuevo personal en el sector público.

El cálculo de la TRE se realiza mediante la aplicación del porcentaje máximo autorizado a la diferencia entre número de empleados fijos que, durante el ejercicio inmediato anterior, dejaron de prestar servicios en la entidad y el número de empleados fijos que, durante dicho ejercicio, se hubieran incorporado a la entidad por cualquier causa.

Resulta importante tener en cuenta que la limitación que impone la TRE es a la suscripción de nuevos contratos indefinidos, por lo que no afecta a la creación de puestos de trabajo sino a su cobertura mediante contratos indefinidos. Además, la TRE se computa por contrato suscrito con independencia de la jornada completa o parcial que se determine en el mismo.

Por otro lado, dado que la base de cálculo se determina en función de la diferencia entre altas y bajas de empleados fijos en el ejercicio anterior, esta magnitud no es acumulable de forma que si las bajas no se cubren en el mismo ejercicio en que se producen o en el siguiente no es posible utilizarlas en ejercicios posteriores de forma que se pierden.

XX

CALIDAD DE LA VIVIENDA

A. Calidad y condiciones de seguridad, funcionalidad y habitabilidad en viviendas*

Marta Monzón Chavarrías
Profesora Titular de Construcciones Arquitectónicas
Universidad de Zaragoza
monzonch@unizar.es

Julio Tejedor Bielsa
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
tejedorj@unizar.es

Resumen: *La segunda mitad del siglo xx se caracterizó por un acelerado proceso de construcción que respondía a las necesidades habitacionales del momento. Sin embargo, esta arquitectura que hoy en día forma parte del parque construido existente, todavía está en uso y, en ocasiones, carece de*

* Trabajo realizado en el marco de la Cátedra Zaragoza Vivienda de la Universidad de Zaragoza y del grupo de investigación T37_23R Built4Life Lab, grupo de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón en el área de conocimiento de tecnología (BOA núm. 30, de 30 de enero de 2024)

una calidad suficiente de acuerdo con la demanda de la población. En España, la regulación de la vivienda se realiza a través de un sistema de competencias estatales y autonómicas, con la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) y el Código Técnico de la Edificación (CTE) como las normativas clave que establecen requisitos de seguridad, funcionalidad y habitabilidad. Estas regulaciones son actualizadas frecuentemente para adaptarse a las directivas europeas y a las necesidades sociales.

El CTE detalla las exigencias básicas de calidad para edificios, abarcando aspectos como la protección contra incendios, accesibilidad y eficiencia energética. Además, la Ley 9/2022 de Calidad de la Arquitectura busca promover la calidad arquitectónica, considerándola un bien de interés general. A nivel europeo, la Directiva de Eficiencia Energética de los Edificios fomenta la sostenibilidad en la construcción.

Las comunidades autónomas también tienen la capacidad de regular aspectos específicos de habitabilidad, especialmente en la vivienda protegida. La normalización técnica a través de normas UNE y ISO asegura la calidad en la construcción, sin embargo, son normas que, por sí solas, no son de obligado cumplimiento. Además, existen certificaciones medioambientales privadas que van más allá de los requisitos legales. La normativa también ha comenzado a enfocarse en la rehabilitación de viviendas.

Abstract: *The second half of the 20th century was characterized by a rapid construction process that responded to the housing needs of the time. However, this architecture, which is now part of the existing built environment, is still in use and sometimes lacks sufficient quality according to the demands of the population. In Spain, housing regulation is carried out through a system of state and regional competencies, with the Law on the Regulation of Construction (LOE) and the Technical Building Code (CTE) as the key regulations that establish requirements for safety, functionality, and habitability. These regulations are frequently updated to adapt to European directives and social needs.*

The CTE details the basic quality requirements for buildings, covering aspects such as fire protection, accessibility, and energy efficiency. Additionally, the Law 9/2022 on Architectural Quality aims to promote architectural quality, considering it a public interest good. At the European level, the Energy Efficiency Directive for Buildings promotes sustainability in construction.

Autonomous communities also have the capacity to regulate specific aspects of habitability, particularly in protected housing. Technical standardization through UNE and ISO standards ensures quality in construction; however, these standards are not mandatory on their own. Moreover, there are private environmental certifications that go beyond legal requirements.

Palabras clave: *Calidad; funcionalidad; habitabilidad; rehabilitación; vivienda existente; vivienda protegida.*

Keywords: *Quality; functionality; habitability; renovation; existing housing; protected housing.*

Sumario: 1. La regulación de la calidad de la vivienda. 1.1 La Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Técnico de la Edificación. 1.2 La calidad de la vivienda en la normativa autonómica. 1.3 Normalización y calidad de la vivienda. 1.4 Vivienda obra nueva y vivienda existente. 2. Valoración crítica y prospectiva de la regulación de la calidad de la edificación.

1. LA REGULACIÓN DE LA CALIDAD DE LA VIVIENDA

La segunda mitad del siglo xx se caracterizó por un acelerado proceso de construcción que respondía a las necesidades habitacionales del momento. Sin embargo, esta arquitectura que hoy en día forma parte del parque construido existente, todavía está en uso y, en ocasiones, carece de una calidad suficiente de acuerdo con la demanda de la población. Dado que las personas pasan alrededor del 90 % de su tiempo en edificios (Calidad del Ambiente interior en el trabajo. Ministerio de Trabajo y economía social 2022), es imprescindible que estos cumplan con estándares de calidad, seguridad, funcionalidad y habitabilidad. Esta demanda ha sido reflejada en numerosos documentos legislativos tanto en España como en el ámbito europeo aplicables a las viviendas.

La regulación en vivienda en España resulta del ejercicio de competencias estatales y de competencias autonómicas en el marco de un sistema en que ambos niveles de gobierno tienen roles complementarios, según ha declarado el Tribunal Constitucional. El marco legislativo español, conformado por normas legales y reglamentarias, es frecuentemente reflejo de las directrices establecidas por las directivas europeas. Esta normativa suele establecer los requisitos mínimos para las edificaciones, cuyos valores límite van evolucionando en las diferentes actualizaciones, generalmente volviéndose más exigentes. Además, algunas iniciativas privadas han establecido sus propios requisitos de calidad, que se han adoptado como sinónimo de excelencia en la construcción.

1.1 La Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Técnico de la Edificación

La primera regulación estatal en España que menciona explícitamente la calidad de los edificios es la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Requisitos de seguridad, funcionalidad, habitabilidad (LOE). En la exposición de motivos, la ley destaca que «la sociedad demanda cada vez más calidad de los edificios y ello incide en la seguridad estructural y la protección contra incendios, como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida». Estos requisitos de calidad se refirieren específicamente a aspectos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, tal y como indica el título de la Ley.

Con el objetivo de mejorar la calidad de la edificación y de promover la innovación y la sostenibilidad, se aprobó el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (CTE). Este instrumento normativo establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones y da cumplimiento a la LOE. Este reglamento sustituyó a las anteriores Normas Básicas de Edificación (NBE) cuya finalidad expresa era defender la seguridad de las personas y establecer unas condiciones mínimas para atender las exigencias humanas y proteger la economía de la sociedad.

El CTE se divide en dos partes, ambas de carácter reglamentario. La primera parte contiene las disposiciones de carácter general y las exigencias generales que deben cumplir los edificios para satisfacer los requisitos de seguridad y habitabilidad de la edificación. La segunda parte está formada por los Documentos Básicos (DB) que contienen procedimientos, reglas técnicas y ejemplos cuyo cumplimiento garantiza la satisfacción de las exigencias básicas. El CTE va acompañado de Documentos Reconocidos, que son documentos técnicos externos e independientes diseñados para facilitar el cumplimiento de determinadas exigencias y contribuyen al fomento de la calidad de la edificación. Esta normativa regula aspectos que atañen a la seguridad estructural, protección frente a incendios, accesibilidad, ahorro de energía, protección frente al ruido y salubridad.

El CTE establece en sus DB valores concretos que se consideran mínimos o máximos que deben cumplirse de forma obligatoria en los proyectos de arquitectura, y deben asegurarse durante su construcción y mantenimiento. Sin embargo, la Parte 1 de este documento legislativo regula en el artículo 5 que, a criterio del proyectista, pueden utilizarse otras soluciones no recogidas en el documento, entendidas como soluciones alternativas, siempre que se justifique adecuadamente que sus

prestaciones son equiparables a las soluciones reguladas expresamente, y bajo su responsabilidad.

El CTE se actualiza frecuentemente de forma que los DB se van renovando conforme las exigencias de las directivas europeas o de la demanda de la sociedad. Las más relevantes modificaciones del CTE han sido las realizadas por las siguientes normas:

– Real Decreto 1371/2007 de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (*BOE* 23/11/2007).

– Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Documento Básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (*BOE* 18/10/2008).

– Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad (*BOE* 11/3/2010).

– Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (*BOE* 27/12/2019).

– Real Decreto 450/2022, de 14 de junio, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (*BOE* 15/06/2022).

Además, el Ministerio competente en materia de vivienda pone a disposición de técnicos y ciudadanía una herramienta cuya utilización es obligatoria para comprobar el cumplimiento de algunos apartados del CTE, así como documentos de apoyo o guías de ayuda. Para facilitar la difusión de las actualizaciones de la normativa técnica existe una página gestionada por el Ministerio competente donde se dispone, de forma clara y ordenada, a toda la documentación integrante del CTE, así como a sus actualizaciones, aprobadas o en tramitación (https://www.codigotecnico.org).

Complementando la LOE se aprobó la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, cuyo objetivo es proteger, fomentar y difundir la calidad de la arquitectura como bien de interés general. Conforme establece el artículo tercero de esta ley, la arquitectura «constituye un bien de interés general por su contribución a la creación de la identidad cultural, a la calidad de vida, al bienestar, cohesión e inclusión sociales y a la salud, por su vinculación con la protección de la seguridad y salud de la ciudada-

nía, por la relevancia que ostenta para mitigar los efectos del cambio climático y para adaptarse a él, así como por su trascendencia económica». Esta ley incorporó la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, y que incluye medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Se establece en ella que «la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como del patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público».

Debido a la emergencia climática en la que se encuentra Europa en los últimos años, la normativa europea se ha enfocado principalmente en abordar la calidad de la arquitectura desde la perspectiva de la sostenibilidad. Una de las iniciativas europeas con más trascendencia en este ámbito es la Directiva 2002/91/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios (de sus siglas en inglés EPBD, Energy Performance Directive) que se centra en mejorar la eficiencia energética de los edificios. Esta directiva fue actualizada por la Directiva 2010/31/UE y la Directiva 2018/844, y refundida como Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024 (EPBD 2024). Esta serie de directivas fomentan, desde su origen, el diseño sostenible y las condiciones interiores confortables y saludables. Además, la EPBD 2024 introduce nuevos requerimientos obligatorios relacionados con la calidad de la arquitectura, como es la calidad del aire de los espacios interiores y la perspectiva del ciclo de vida.

Otro conjunto de directivas europeas se refiere a la eficiencia energética en general, e introduce objetivos concretos en lo que atañe a los edificios. La Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, en este sentido regula las exigencias para el uso eficiente de la energía en distintos sectores como el transporte y la edificación, promoviendo entre otras cosas, un diseño y construcción sostenibles.

Por otra parte, en lo que respecta a los componentes o productos que forman los edificios, el Reglamento (UE) núm. 305/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la Directiva 89/106/CEE del Consejo, establece las condiciones para productos de construcción y garantiza que los edificios

cumplan los requisitos básicos de obras de construcción como seguridad, durabilidad y sostenibilidad.

1.2 **La calidad de la vivienda en la normativa autonómica**

En la Constitución de 1978 se estableció un marco de descentralización del poder de España con la creación de las Comunidades Autónomas, que asumieron en sus Estatutos competencias sobre muy diversas materias, entre ellas la de vivienda. Cada Comunidad Autónoma puede, al amparo de dicha competencia, establecer los requisitos de habitabilidad que considera adecuados para su territorio. Estos aspectos están relacionados con las superficies mínimas de las viviendas y los recintos que las componen, pero también otras cuestiones que regula la normativa nacional, como ventilación, iluminación, seguridad en caso de incendio o ruido. En estos casos en los que un mismo aspecto está regulado en dos normativas que pueden aplicar a un mismo edificio, prevalece la más restrictiva.

Un documento, establecido en normativa estatal preconstitucional, hoy supletoria en este punto, y que han regulado algunas Comunidades Autónomas, es la cédula de habitabilidad, que ha sido suprimida, sin embargo, en otras Comunidades. Cuando resulta exigible, la cédula de habitabilidad es un documento administrativo que confirma que una vivienda reúne las condiciones básicas para ser habitada, de acuerdo a la regulación de habitabilidad de la Comunidad.

La calidad de la vivienda protegida se rige, también, por la normativa estatal general para la vivienda, pero también otras normas específicamente aprobadas para esta tipología de vivienda, especialmente, tras la transferencia de competencias, dictadas por las Comunidades Autónomas.

1.3 **Normalización y calidad de la vivienda**

Las normas UNE (documentos de la Asociación Española de Normalización) y las normas ISO *(International Organization for Standardization*) son normas técnicas que siguen procesos de aprobación bien definidos, asegurando su relevancia y aplicabilidad. Su cumplimiento se asemeja a sinónimo de calidad, pero no son de obligado cumplimiento hasta que legal o reglamentariamente se establece su carácter vinculante. Afronta la normalización diferentes aspectos que atañen a la arquitectura tales como la regulación estricta de sus partes, los materiales que la forman o cuestiones de funcionamiento como calidad del aire o sostenibilidad.

Al margen de las regulaciones normativas estatales y autonómicas, encontramos las certificaciones medioambientales privadas. Se trata de sistemas de evaluación a través del cual se obtiene una certificación emitida por un organismo privado, que asegura que la vivienda o edificio cumple unos requisitos de calidad medioambiental definidos por la entidad. Algunas de estas certificaciones privadas son:

– LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*). De origen estadounidense, otorga puntuación conforme el edificio adquiere medidas de ahorro energético, agua, materiales, calidad ambiental, y prioridad regional, entre otros.
– BREEAM (*Building Research Establishment Environmental Assessment Method*). Esta certificación proveniente de Reino Unido, otorga puntuación en materia de salud, gestión, energía, transporte, uso del suelo, entre otros.
– *WELL Building Standard.* Esta certificación proveniente también de Estados Unidos, tiene un enfoque centrado en la salud y el bienestar de los ocupantes evaluando agua, calidad del aire, luz, nutrición, movimiento, confort térmico y acústico, etc.
– VERDE. Es una certificación española que refrenda que el edificio ha sido diseñado con aspectos de respeto al medio ambiente, ahorro de recursos y confort de los ocupantes.

Todas estas certificaciones tienen definidas diferentes categorías que se otorgan según el nivel de comportamiento o de compromiso del edificio. Por ejemplo, nivel plata, oro o platino en LEED. Estos niveles de exigencia están por encima de los requerimientos normativos obligatorios en España, o incluso incluyen requisitos no regulados, por lo que se entienden como un sello de excelencia.

1.4 **Vivienda obra nueva y vivienda existente**

La normativa expuesta está enfocada principalmente a la vivienda de obra nueva. La tónica de las ciudades españolas ha sido, durante muchos años, la expansión en territorio con edificios de viviendas de obra nueva y la construcción de nueva ciudad, por lo que las normativas han estado centradas principalmente en que estas nuevas viviendas adquirieran los mínimos de calidad exigibles en cada momento, obviando en muchas ocasiones la regulación de las rehabilitaciones que se hacían en las viviendas existentes. Sin embargo, esta tónica está cambiando en los últimos años. Por diversos motivos, las rehabilitaciones de viviendas están superando

en número la construcción de viviendas de obra nueva, por tanto, se ha visto necesario regular los procedimientos y la calidad de las rehabilitaciones y reformas realizadas.

En 2013 se aprobó la primera normativa estatal que regulaba expresamente la rehabilitación de edificios en España. La Ley 8/2013, de 26 de junio, L3R, tenía como objetivos específicos potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración urbana, la reactivación del sector de la construcción inmerso en una crisis inmobiliaria, y fomentar la calidad, sostenibilidad y competitividad de los edificios acercándolas al marco europeo, sobretodo en aspectos de ahorro de energía.

El CTE, de acuerdo a la Parte 1 de su documento de regulación, se aplica de forma general a las intervenciones en edificios existentes y a los cambios de uso. Cada DB regula de forma específica el ámbito de aplicación concreto y cómo aplicarlo a las intervenciones en edificios existentes. El DB de ahorro de energía, DB HE, consciente de que en algunas intervenciones puede ser complicado alcanzar los mismos requisitos que en un edificio de obra nueva, establece los siguientes principios:

– No regresión, de modo que las condiciones preexistentes que sean menos exigentes que las establecidas en algún DB no se podrán reducir, y las que sean más exigentes únicamente podrán reducirse hasta el nivel establecido en el correspondiente DB.

– Flexibilidad, de manera que podrán adoptarse soluciones que permitan el mayor grado de adecuación posible cuando no se alcancen los niveles mínimos.

– Reparación de daños, permitiendo que los elementos de la parte existente no afectados por ninguna de las condiciones establecidas en este DB puedan conservarse en su estado actual siempre que no presenten, antes de la intervención, daños que hayan mermado de forma significativa sus prestaciones iniciales.

2. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROSPECTIVA DE LA REGULACIÓN DE LA CALIDAD DE LA EDIFICACIÓN

Asegurar unas condiciones adecuadas de calidad en las viviendas conlleva una planificación que viene regulada por la LOE. Esta ley establece unos requisitos formales, como la obligación de redactar un proyecto o generar documentación para los usuarios, y establece las obligaciones de los distintos agentes que intervienen en una obra y sus plazos de responsabilidad. La LOE tiene la expresa intención de regular la cali-

dad en la edificación, así como la funcionalidad, seguridad y habitabilidad con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente.

Sin embargo, la LOE no previó unos estándares mínimos de calidad en estos aspectos, sino que remitió al CTE como marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios de nueva construcción y de sus instalaciones, así como las intervenciones que se realicen en los edificios existentes. Hasta la aprobación del CTE en 2006, como hemos señalado, el marco regulador eran las NBE. Si bien las NBE tenían como finalidad expresa defender la seguridad de las personas, la normativa que la sustituye, el CTE, tiene como objetivo establecer las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones. Por tanto, el objetivo de la normativa técnica estatal ha evolucionado desde el objetivo de la seguridad hasta el de la calidad, lo que constituyó en su momento, sin duda, un avance significativo.

La calidad, así como las condiciones de seguridad, funcionalidad y habitabilidad, responden a las necesidades de cada época, la demanda de la sociedad y también a las posibilidades tecnológicas del momento. Por ejemplo, la primera versión del CTE se aprobó en 2006 con algunos DB que regulaban aspectos de seguridad y habitabilidad. Años después se publicó el DB HR que regula las condiciones de protección frente al ruido. No fue hasta 2019 cuando se publicó el DB HS6, de protección frente al radón. Y está previsto que en 2026 se amplíen los DB atendiendo a más cuestiones relacionadas con la calidad, la funcionalidad, la habitabilidad y la seguridad. Parece positivo que estas normativas tengan mecanismos que permitan su evaluación y actualización constante al tiempo que evolucionan las necesidades y posibilidades del momento.

Un aspecto que hace que la LOE y el CTE tengan un carácter global y completo es que se centran no solo en regular la parte en que se proyecta la arquitectura y las viviendas, asegurando un adecuado diseño, sino que regulan también aspectos de la construcción, de forma que se ejecute según lo planificado, así como del uso y mantenimiento del edificio. Esto se alinea, aunque todavía de forma incompleta, con la perspectiva de ciclo de vida que debe adoptarse en la arquitectura y que ya viene recogido en la Directiva (UE) 2024/1275, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios: La concepción del edificio y de la vivienda, desde todo su ciclo de vida, desde la prescripción y selección de materiales, hasta su derribo. Por ello, la LOE y, consecuentemente conforme a ese planteamiento, el CTE, deberán actualizarse, conforme está previsto, para incluir la etapa de fin de la vida de los edificios.

La aprobación de la ley de calidad en la arquitectura en 2022 fue un acontecimiento esperado por el sector. Esta ley tiene la intención de abarcar todo el ciclo de vida del edificio, enumerando las fases del proceso arquitectónico diseño, planificación, proyección, dirección de obra, construcción, rehabilitación, transformación y conservación de la arquitectura. Aunque, de nuevo, no se menciona el derribo del edificio por lo que la última etapa del ciclo de vida queda fuera del ámbito de esta reciente ley. Pese a lo esperado de esta ley, su materialización ha resultado muy generalista y no menciona expresamente a las viviendas, aunque quedan dentro del concepto «arquitectura». Quizá nos da una pista que fue aprobado sin problema político en Senado y Congreso. Estaba previsto que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana elaborase en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de esta ley, una Estrategia Nacional de Arquitectura enmarcada dentro de la Agenda Urbana Española, de carácter no vinculante, que serviría para la implantación y seguimiento de los objetivos perseguidos por esta ley. Sin embargo, debería haberse publicado en junio del 2023.

¿Tiene la calidad un suficiente desarrollo normativo? Podemos afirmar que algunos aspectos están muy desarrollados, pero otros no. Las cuestiones de habitabilidad no están, en ocasiones, actualizadas a las nuevas formas de vivir, las nuevas necesidades sociales y los nuevos avances tecnológicos. También deben continuar actualizándose los requisitos a las afortunadamente cada vez más generalizadas actuaciones de rehabilitación, que en ocasiones quedan al margen de las exigencias del CTE, no siempre fácil de adaptar y aplicar en este ámbito. Quizá pudiera resultar razonable que prevaleciesen los requisitos de habitabilidad en las viviendas, aunque en ocasiones signifique tener que prescindir de algunos edificios existentes, que deberían actualizarse y adaptarse a las condiciones actuales, adelantándonos a los problemas sociales que no hacerlo podría generar.

También en este ámbito, como en otros de la acción administrativa, se reclama una mayor simplicidad regulatoria. Con frecuencia, el colectivo de la arquitectura pone de manifiesto la cuantiosa normativa existente, no siempre coherente ni adecuadamente coordinada, además de cambiante en cada Comunidad Autónoma e incluso, en ocasiones, en algunos municipios. Esta excesiva regulación, que pretende velar por calidad y condiciones de habitabilidad, funcionalidad y seguridad, complica en exceso el diseño y ejecución de viviendas, y puede en ocasiones generar dudas e inseguridad, dificultando la organización de las profesiones relacionadas con el sector de la arquitectura, y aumentando los costes para los compradores. La calidad responde a exigencias que demanda la evolución de la sociedad y del planeta, lo cual exige su actualización periódica.

Específicamente en relación con la vivienda protegida, cabe afirmar que la complejidad puede aun resultar mayor, dado que, históricamente, viene siendo habitual el establecimiento de superficies de referencia, por un lado, y de programas mínimos y normas técnicas por otro. Dichas exigencias se imponen en ocasiones como condición de acceso a la financiación propia de los planes de vivienda, pero también en otras como condición de calificación de las actuaciones protegidas de que se trate. Aun cuando se mantiene vigente supletoriamente un importante bloque normativo estatal fundamentalmente recogido en las Órdenes ministeriales de 24 de noviembre de 1976 y 17 de mayo de 1977, respecto a calidad, y de 20 de mayo de 1969, sustancialmente modificada mediante Orden de 21 de febrero de 1981, en lo que respecta a diseño. Su antigüedad hizo que muchas Comunidades optasen por dotarse de su propia normativa sobre condiciones técnicas de la vivienda protegida.

Desde este punto de vista la vivienda protegida puede verse afectada, pues, por mayores exigencias que la vivienda libre. Ambas están sujetas a las normas sobre seguridad estructural, frente a incendio y de utilización o accesibilidad, salubridad, protección frente a ruido y ahorro de energía del CTE, entre otras, a las reglas sobre accesibilidad, que también figuran en parte en el CTE, o a la antigua, dispersa y desigual normativa de habitabilidad, actualizada por algunas Comunidades. Pero, además, la vivienda protegida se ve sometida a una específica normativa técnica de calidad y diseño. Obviamente, se producen solapamientos entre la normativa general y la específica de vivienda protegida que, salvo que se aclaren y decidan en la normativa autonómica, habían de resolverse en favor de la primera dado que, según previene específicamente la normativa supletoria de vivienda protegida, el cumplimiento de sus previsiones no exime del obligado cumplimiento de la legislación general que en cada momento afecte a la edificación. No obstante, habrá que estar hoy, como acabo de afirmar, a las reglas de conflicto previstas en la normativa autonómica, amparada en el carácter exclusivo de su competencia sobre vivienda, teniendo presente, no obstante, el carácter básico de la normativa estatal de edificación y la fuerza vinculante, en su mayor parte, del CTE. Las especialidades, duplicidades y solapamientos también resultan perceptibles cuando se cotejan las exigencias de diseño para las viviendas protegidas con la normativa de habitabilidad.

Parece ineludible tender a la armonización, unificación y simplificación de tan dispersa normativa incorporando si es preciso especialidades propias de la vivienda protegida al CTE y unificando, en lo que respecta al diseño, la normativa incorporada a éste con la de habitabilidad y la específica vigente para vivienda protegida. En estas cuestiones se echa de menos un mayor ánimo renovador, que supere la estrechez del marco técnico

tradicional asimilando en la mayor medida posible la vivienda protegida como producto al concepto más genérico de vivienda, en el marco del CTE, y asumiendo el debate sobre programas de vivienda, características tipológicas de la vivienda protegida o cuestiones semejantes, actualizando, simplificando y unificando la normativa de habitabilidad. Y ello porque en esta materia podría igualmente alcanzarse el objetivo fundamental, que no es otro que impedir que la limitación de precio y renta comporte una reducción inaceptable de las condiciones de calidad y diseño de las viviendas desde las perspectivas de la normativa técnica mencionada. Pero tal objetivo, lógico y defendible, no debe ocultar que la vivienda protegida, en tanto producto resultante de un proceso de edificación, no debiera resultar diferente en cuanto a sus características esenciales y mínimas, por el hecho de que se encuentre sujeta o no a un régimen de protección pública.

B. La descarbonización del sector residencial: qué es y cuáles son sus retos en España*

Belinda López Mesa
Catedrática de Construcciones Arquitectónicas
Directora de la Cátedra Zaragoza Vivienda
Universidad de Zaragoza
belinda@unizar.es

Carlos Beltrán Velamazán
Investigador FPI
Universidad de Zaragoza
cbeltran@unizar.es

Resumen: *La descarbonización, entendida como la reducción o eliminación de emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero, se ha convertido en una estrategia clave para combatir el cambio climático, uno de los problemas ambientales más críticos de nuestro tiem-*

* Trabajo realizado en el marco de la Cátedra Zaragoza Vivienda de la Universidad de Zaragoza y del grupo de investigación T37_23R Built4Life Lab, grupo de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón en el área de conocimiento de tecnología (BOA núm. 30, de 30 de enero de 2024).

po. Los sectores de la edificación y la construcción son responsables de un alto porcentaje del consumo energético y de las emisiones, por lo que su descarbonización es esencial. En este trabajo se estudian los principales retos de la descarbonización del sector residencial por etapas de ciclo de vida. El análisis de fuentes clave de información ha permitido concluir que la rehabilitación energética de los hogares para reducir el carbono operacional es crucial para alcanzar las metas climáticas. Este proceso se enfrenta a importantes retos como la electrificación de la vivienda, escalar la rehabilitación y mitigar la pobreza energética. Además, la implementación de un enfoque circular en la construcción es vital para minimizar el carbono incorporado, aunque plantea retos como la falta de normativas claras. La necesidad de integrar la circularidad en las regulaciones sobre rehabilitación es apremiante, dado el impacto ambiental significativo de la rehabilitación energética en los parques residenciales de Europa.

Palabras clave: *Descarbonización, Carbono operacional, Carbono embebido, Sector residencial.*

Abstract: *Decarbonization, understood as the reduction or elimination of carbon dioxide and other greenhouse gas emissions, has become a key strategy to combat climate change, one of the most critical environmental challenges of our time. The building and construction sectors are responsible for a high percentage of energy consumption and emissions, making their decarbonization essential. This work examines the main challenges of decarbonizing the residential sector by life cycle stages. The analysis of key information sources indicates that the energy renovation of homes to reduce operational carbon is critical for meeting climate targets. This process faces significant challenges such as electrification of housing, scaling up renovation efforts, and mitigating energy poverty. Furthermore, implementing a circular approach in construction is vital to minimize embodied carbon, although it encounters obstacles such as the lack of clear regulations. The need to integrate circularity into renovation regulations is urgent, given the significant environmental impact of energy rehabilitation in Europe's residential stock.*

Keywords: *Decarbonization, Operational carbon, Embodied carbon, Residential sector.*

Sumario: 1. Descarbonizar el sector edificación. 2. Retos de la descarbonización de la vivienda en España. 2.1 El reto de electrificar la vivienda, escalar la rehabilitación y de mitigar la pobreza energética para reducir el carbono operacional. 2.2 El reto de potenciar la innovación y circularidad para reducir el carbono incorporado. 3. Conclusiones. 4. Referencias.

1. DESCARBONIZAR EL SECTOR EDIFICACIÓN

El término descarbonizar se refiere al proceso de reducir o eliminar las emisiones de dióxido de carbono (CO_2) y otros gases de efecto invernadero (GEI) [1] provenientes de las actividades humanas. La descarbonización se ha convertido en la principal estrategia para mitigar el cambio climático, que es una de las preocupaciones ambientales más importantes de nuestro siglo debido a que puede desencadenar alteraciones a largo plazo no solo en los patrones climáticos globales y regionales, como el aumento de la temperatura global, el derretimiento de los glaciares, el aumento del nivel del mar y eventos climáticos extremos como huracanes, inviernos más fríos en ciertas regiones, sequías y olas de calor, sino también en los ecosistemas, los sistemas políticos, la biodiversidad y la estabilidad social (Naciones Unidas 2023).

Los objetivos de reducción de GEI en la Unión Europea (UE) han evolucionado significativamente en respuesta a las evaluaciones científicas y a una creciente conciencia sobre la urgencia de abordar la crisis climática. Durante el primer período de compromiso del 'Protocolo de Kioto' (2005-2012), la UE surgió como un defensor temprano de los objetivos vinculantes de reducción de emisiones de GEI, comprometiéndose a reducirlas en un 8 % por debajo de los niveles de 1990 (Naciones Unidas 1998). En el contexto del 'Paquete de medidas sobre clima y energía hasta 2020', la UE estableció objetivos climáticos ambiciosos. Esto incluyó el objetivo principal de reducir las emisiones de GEI al menos un 20 % por debajo de los niveles de 1990 para 2020, junto con aumentar la participación de las energías renovables al 20 % y elevar la eficiencia energética en un 20 % (EUR-Lex 2015). Posteriormente en 2014, la UE estableció el 'Marco sobre Clima y Energía para 2030',

(1) Los GEI abarcan una amplia gama de compuestos que contribuyen al calentamiento global al atrapar el calor en la atmósfera. Entre ellos se encuentra el CO_2, que proviene de la quema de combustibles fósiles, de la deforestación y de ciertos procesos industriales. Es el más importante de los GEI debido a su alta concentración en la atmósfera y su larga permanencia, a menudo durante siglos. El metano (CH4) es mucho más potente que el CO_2 en su capacidad de atrapar calor a corto plazo, se emite durante la producción y transporte de gas natural, petróleo, actividades agrícolas como la ganadería y la descomposición de residuos orgánicos en vertederos. Los óxidos de nitrógeno (NOx), incluyendo el óxido nitroso (N_2O), provienen del uso de fertilizantes agrícolas, ciertos procesos industriales y la quema de combustibles fósiles. Además, los gases fluorados, como los hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC), hexafluoruro de azufre (SF_6) y trifluoruro de nitrógeno (NF_3), son emitidos en procesos industriales y, aunque se liberan en menores cantidades, tienen un potencial de calentamiento global (PCG) extremadamente alto.

Debido a la diversidad de los GEI y a sus diferentes capacidades para atrapar calor, se utiliza el concepto de CO_2 equivalente (CO_2e) para medir y comparar su impacto climático. El CO_2e convierte las emisiones de otros GEI a una cantidad equivalente de CO_2, tomando en cuenta su PCG a lo largo de un período de tiempo, generalmente 100 años.

introduciendo un objetivo vinculante para reducir las emisiones de GEI al menos un 40 % por debajo de los niveles de 1990 para 2030 (Comisión Europea 2014). En 2019, se presentó el Pacto Verde Europeo (Comisión Europea 2019), estableciendo objetivos aún más ambiciosos. Esta iniciativa comprometió a la UE a lograr la neutralidad de carbono para 2050 y elevó sustancialmente el objetivo de reducción de emisiones para 2030 de al menos un 40 % a al menos un 55 %. La evolución de los objetivos de reducción de emisiones de GEI en la UE refleja su compromiso creciente con la lucha contra el cambio climático y la transición hacia una economía sostenible y baja en carbono.

Este compromiso europeo afecta a todos los sectores productivos. Los sectores de la edificación y la construcción[2] son importantes contribuyentes al impacto ambiental en Europa. La Comisión Europea (CE) reconoce que la edificación es el mayor consumidor de energía y tiene un significativo impacto ambiental, no solo en términos de emisiones de GEI, sino también en relación con el consumo de materias prima y la generación de residuos (Comisión Europea 2020a). Concretamente, la CE subraya que los edificios son responsables del 40 % del consumo de energía en Europa y del 36 % de las emisiones de GEI vinculadas a la energía (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea 2024) y que, además, el sector de la construcción requiere grandes cantidades de recursos, representando alrededor del 50 % de todo el material extraído, y es responsable de más del 35 % de la generación total de residuos en la UE (Comisión Europea 2020a).

Para lograr una reducción del 55 % en las emisiones de GEI con respecto a 1999, será necesario disminuir las emisiones del sector de la edificación en un 60 % para 2030 en comparación con los niveles de 2015, tal como establece la iniciativa europea 'Oleada de renovación' (Comisión Europea 2020b). La descarbonización del sector de la edificación implica implementar medidas y estrategias que reduzcan las emisiones de GEI a lo largo de todo el ciclo de vida de los edificios, ya que estos consumen energía en cada una de sus fases: construcción, uso, mantenimiento, rehabilitación y demolición.

En edificación, las emisiones de GEI se clasifican por etapas de ciclo de vida, distinguiéndose dos grandes tipos: carbono incorporado (o embebido) y carbono operacional (u operativo) (Ibn-Mohammed *et al*. 2013)

(2) La diferencia entre el sector de la edificación y el sector de la construcción radica en su alcance: el sector de la edificación se circunscribe a los edificios destinados a usos residenciales y no residenciales, mientras que el sector de la construcción abarca un ámbito más amplio que incluye tanto la edificación como las infraestructuras y las obras públicas, como carreteras, puentes y presas.

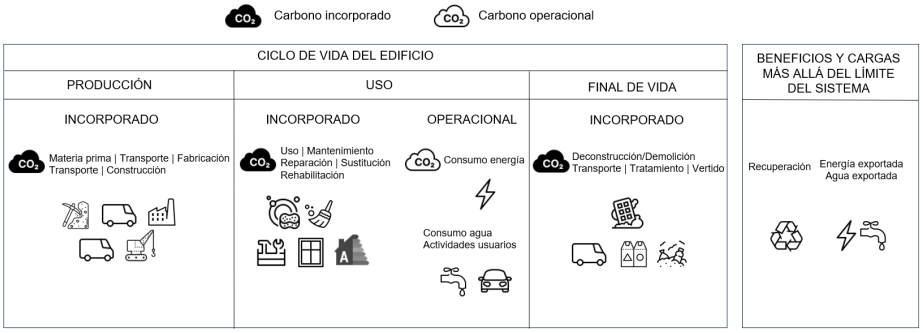
(figura 1). De manera análoga, podemos hablar de energía incorporada y operacional.

El concepto de energía y carbono operacionales se refiere a la energía consumida y a la cantidad de carbono emitido durante la fase de operación o uso de un edificio cuando lo hacemos funcionar para alcanzar las condiciones de confort establecidas, lo que implicará consumos y emisiones de sus sistemas de calefacción, refrigeración, ventilación, agua caliente sanitaria (ACS), cocina, iluminación y electrodomésticos. Las emisiones operativas se clasifican en directas e indirectas. Las directas son aquellas que se generan en el lugar donde se utiliza la energía por las instalaciones del propio edificio. Se emiten cuando el edificio quema combustibles fósiles para producir calor (por ejemplo, por una caldera de gas natural), electricidad (por ejemplo, por un grupo electrógeno a diésel para un hospital) u otros servicios energéticos (por ejemplo, por una cocina industrial a gas). Las emisiones indirectas son las que se producen fuera del edificio, en las plantas de energía que suministran electricidad o energía al edificio. Por tanto, mientras que las emisiones directas dependen del tipo de combustible que se utiliza dentro del edificio, las emisiones indirectas dependen de la mezcla energética de la red eléctrica. La fase operacional incluye también el consumo de agua en servicio y las actividades de los usuarios asociadas al uso del activo construido, aunque estos conceptos no suelen contabilizarse cuando hablamos de energía o carbono operacionales.

En contraste, el término energía y carbono incorporados abarca la energía consumida y la cantidad de carbono emitido en los procesos asociados a la materialidad del edificio, es decir, durante: a) su producción (incluyendo los relativos al producto, como la extracción de materia prima, transporte y fabricación, como los relativos a la construcción, como transporte y puesta en obra); b) el uso, cuidado y actualización de los recursos físicos construidos (uso de los productos instalados, mantenimiento, sustitución, reparación, rehabilitación); y c) su final de vida[3] (demolición o deconstrucción, transporte, tratamiento de residuos, vertido). El carbono embebido (y la energía) también se han subclasificado en embebido inicial, embebido recurrente y embebido final de demolición, en función de si se producen dichos consumos y emisiones antes, durante o después del uso del edificio (Ramesh *et al.* 2010).

(3) Algunos autores hace años, como Treloar *et al.* 2001, excluyeron los procesos de fin de vida del concepto de carbono o energía embebida. No obstante, la inclusión de estos procesos es predominante en la literatura científica de los últimos años y ha sido adoptada por la Comisión Europea en la Directiva sobre la eficiencia energética de los edificios (EPBD) de 2024.

Figura 1. Carbono embebido y carbono operacional en edificación



Fuente: Elaboración propia a partir de las definiciones en la norma UNE-EN 15643 de 2021 y usando iconos de https://iconos8.es/.

Además de estas etapas, existen otros beneficios y cargas más allá del ciclo de vida del edificio, como pueden ser los servicios exportados de energía (térmica o eléctrica) y de agua potable, o los flujos netos de los posibles procesos de recuperación, como la reutilización, el reciclado, la valorización energética y otras operaciones de valorización (AENOR 2021). Aunque en la actualidad el concepto predominante de fases operativa y embebida se limita a las etapas del ciclo de vida del edificio 'de la cuna a la tumba', es previsible que la creciente relevancia de la reutilización, el reciclaje y las exportaciones de energía amplíen pronto esta visión, orientándola hacia un enfoque 'de la cuna a la cuna', que contemple los beneficios potenciales más allá de los límites del sistema actual.

La relación entre carbono y energía incorporado y entre carbono y energía operacional no se mantiene constante de un edificio a otro (Ibn-Mohammed et al. 2013). Esto se debe a que el carbono asociado al uso de energía varía según el tipo de fuente. Por ejemplo, la energía proveniente de combustibles fósiles in situ genera mayores emisiones de carbono que la energía eléctrica de la red española. Además, en el caso de las etapas embebidas, no existe una relación directa entre la energía consumida en dichas etapas y las emisiones de GEI embebidas totales, ya que además del consumo energético hay que considerar los GEI que se emiten o secuestran en los procesos de producción de materiales. Por ejemplo, en la fabricación del cemento se emiten GEI por procesos químicos inherentes, mientras que la madera los secuestra durante su crecimiento. Por tanto, es crucial diferenciar entre carbono y energía al evaluar tanto los impactos embebidos como los operacionales. La tabla 1 clarifica qué incorpora cada uno de los términos anteriores.

Tabla 1. Distinción entre energía y carbono operacionales y embebidos en el ciclo de vida del edificio

	Operacional	**Incorporada/o**
Energía	A) Consumos de energía operacionales (sistemas de calefacción, refrigeración, ventilación, ACS, cocina, iluminación y electrodomésticos).	B) Consumos de energía asociados a la etapa de producción (extracción de materia prima, transporte, fabricación, transporte, construcción), de uso, cuidado y actualización de los recursos físicos construidos (uso de productos instalados, mantenimiento, reparación, sustitución, rehabilitación) y de final de vida (deconstrucción/demolición, transporte, tratamiento de residuos, eliminación).
Carbono	C) Emisiones de carbono asociadas a A, es decir, a los consumos de energía operacionales.	D) Emisiones de carbono asociadas a B, es decir, a los consumos de energía de la etapa de producción, de uso, cuidado y actualización de los recursos físicos construidos, y de final de vida. E) Reacciones químicas. F) Carbono secuestrado.

Fuente: Tabla propia adaptada a partir de los datos en (Ibn-Mohammed *et al.* 2013).

El conocimiento y diferenciación por etapas del consumo de energía y las emisiones de GEI es fundamental para desarrollar estrategias efectivas que reduzcan el impacto ambiental de la edificación.

El carbono operacional depende del diseño formal y constructivo del edificio y las soluciones técnicas implementadas, de las fuentes de energía y del comportamiento de los ocupantes, mientras que el carbono incorporado está determinado en gran medida por la cantidad, tipo, procedencia y durabilidad de los materiales y productos utilizados, así como por su facilidad para ser mantenidos, reemplazados, reparados, reciclados y reintegrados a la naturaleza.

Las emisiones operativas se acumulan a lo largo del tiempo y pueden ajustarse durante toda la vida útil del edificio. Sin embargo, las emisiones incorporadas se concentran en una parte significativa en la fase inicial de construcción, generándose el resto durante el mantenimiento, la rehabilitación y al final del ciclo de vida.

La reducción de la energía operativa puede lograrse mediante el diseño de estrategias constructivas pasivas y activas eficientes, la selección de equipos y electrodomésticos de alta eficiencia, la incorporación de energías renovables y la promoción de un uso responsable de la energía, ámbitos en los que se ha avanzado considerablemente en las últimas décadas. En contraste, la reducción de la energía incorporada requiere la adopción de estrategias de circularidad que implican transformaciones profundas en los procesos de

diseño, fabricación, construcción, mantenimiento y final de vida de los edificios, que representan aún un desafío significativo para el sector.

Hemos tomado conciencia de la importancia de los impactos de cada etapa del ciclo de vida progresivamente tanto en Europa como otros continentes. A finales del siglo XX, se asumió que las emisiones operativas de los edificios eran mayores que las embebidas (Ibn-Mohammed et al. 2013), dando lugar a un gran esfuerzo inicial en la reducción del consumo de energía operacional. En uno de los primeros estudios publicados, por ejemplo, Cole y Kernan (1996) identificaron que en edificios de oficinas en Canadá con una vida útil de 50 años la energía operacional representaba el 80-90% y la embebida el 10-20%. Por su parte, Adalberth (1997) estimó que la energía operacional en viviendas unifamiliares con una vida útil de 50 años en Suecia suponía en torno al 85% frente al 15% de la embebida. Los resultados de estas primeras estimaciones explican por qué las primeras directivas europeas sobre eficiencia energética de los edificios se centraron en la fase operacional. En 2002, se aprobó la primera directiva sobre Eficiencia Energética de los Edificios (EPBD por sus siglas en inglés), la directiva 2002/91/CE, que estableció un marco para mejorar la eficiencia energética de la fase operacional de los edificios en toda la Unión Europea. Se centró en los edificios de nueva construcción e introdujo algunas medidas que también afectaban a los existentes, como el certificado energético del edificio[4].

En aras de una mayor claridad sobre los objetivos europeos de eficiencia energética de los edificios, la EPBD fue refundida en 2010 en la Directiva 2010/31/UE. Sin embargo, no fue hasta una década después de la primera EPBD, con la aprobación de la Directiva 2012/27/UE relativa a la Eficiencia Energética, cuando se comenzó a centrar verdaderamente la atención en la rehabilitación energética de los edificios ya construidos para reducir sus consumos operacionales, debido a que algunos estudios relevantes, como el impulsado por el *Buildings Performance Institute Europe* (BPIE) en 2011 (Economidou 2011), habían identificado al parque inmobiliario existente como el sector con mayor potencial de ahorro de energía, debido a varias razones clave. Estas eran:

– La mayoría de los edificios en Europa habían sido construidos antes de que existieran estándares modernos de eficiencia.

(4) El certificado de eficiencia energética es un documento oficial que evalúa la eficiencia energética de un edificio o de una unidad independiente del mismo, proporcionando información sobre su consumo de energía y emisiones operacionales relativas a calefacción, refrigeración, ventilación, ACS e iluminación. Este certificado clasifica la eficiencia del edificio o unidad en una escala de letras desde A (máxima eficiencia) hasta G (mínima eficiencia), promoviendo la transparencia y la adopción de medidas que reduzcan el impacto ambiental de la fase operacional. Afecta a edificios nuevos y edificios existentes que deben contar con un certificado al ser vendidos o alquilados.

– Se había evidenciado que los edificios representaban el 40 % del consumo total de energía en la UE, lo que acentuaba la urgencia de reducir su consumo durante la fase operativa.

– Las tecnologías de mejora ya eran accesibles y ofrecían rápidos retornos de inversión, lo que facilitaba la rehabilitación masiva tanto de edificios residenciales como comerciales.

– Estas tecnologías se podían implementar fácilmente en nuevos edificios; sin embargo, el verdadero reto se consideró que radicaba en el parque de edificios existente, que representaba y seguiría representando la gran mayoría de edificios en 2050, dada su larga vida útil.

Desde 2010, la EPBD ha sido revisada en dos ocasiones (Directiva 2018/844/UE y Directiva (UE) 2024/1275), lo que ha impulsado innovaciones y avances en tecnologías de energía renovable y eficiencia energética y en normativas nacionales de aplicación a edificios nuevos y existentes, así como en incentivos orientados a mejorar la eficiencia energética de los existentes. Estos esfuerzos están logrando prometedoras reducciones en las emisiones operativas de los edificios. Sin embargo, estas medidas no solo disminuyen los consumos en la fase operacional, sino que también incrementan el uso de materiales y sistemas durante las etapas de producción y de rehabilitación, lo que resalta la creciente importancia de considerar el carbono embebido. Diversos estudios, como los de Dixit et al. (2010), Ibn-Mohammed et al. (2013) y Röck et al. (2020), han destacado la relevancia creciente de las emisiones embebidas en los edificios, mostrando que cuanto más eficiente es un edificio en su fase operativa, mayores son los impactos embebidos por el uso intensivo de materiales y sistemas para reducir la demanda energética y aumentar la eficiencia energética y la participación de renovables. *Green Building Council* España (GBCe) estima que mientras en un edificio español de clase energética G el carbono embebido representa el 13 %, este porcentaje aumenta significativamente hasta alcanzar un 80 % en la clase energética A (GBCe 2022) [5].

Aunque la CE estima que actualmente las emisiones de GEI resultantes de la extracción de materiales, la fabricación de productos de construcción, y la construcción y rehabilitación de edificios oscilan entre el 5 % y el 12 % de las emisiones nacionales totales de GEI (Comisión Europea 2020), no hemos de subestimar el gran impacto que van a suponer los objetivos que nos hemos marcado en Europa para reducir el carbono operacional en las próximas décadas (Comisión Europea 2024). Dichos objetivos incluyen que

(5) Según las estimaciones de GBCe, los siguientes porcentajes de energía embebida corresponden a las distintas clases energéticas del edificio: A (80 %), B (60 %), C (47 %), D (35 %), E (22 %), F (15 %), G (13 %).

los edificios nuevos sean de consumo de energía casi nulo o de cero emisiones[6] y rehabilitar energéticamente a gran escala los parques nacionales. Esto último implicará la retirada y tratamiento de materiales antiguos, así como la utilización masiva de materiales (como aislantes) y la instalación de sistemas técnicos avanzados en un periodo relativamente corto (de aquí a 2050), lo que resultará en un significativo aumento de emisiones de carbono incorporado concentradas en un intervalo de tiempo inferior a 30 años, que no nos permitirá reducir en un 60 % las emisiones respecto a 2015 como se considera necesario (GBCe 2022). Por esta razón, la aplicación de estrategias de circularidad será crucial tanto en la actividad de nueva construcción como en la rehabilitación en las próximas décadas.

La consideración del carbono embebido es algo reciente en la directiva EPBD de 2024 (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea 2024), en la que se ha incorporado la obligatoriedad de calcular el potencial de calentamiento global (PCG) a lo largo de todo el ciclo de vida de los edificios nuevos a partir de 2028. Hasta el momento solo era obligatorio calcular la energía operacional. El PCG indica la contribución general del edificio a las emisiones causantes del cambio climático, y comprende las emisiones de GEI incorporadas en los productos de construcción y las emisiones directas e indirectas de la etapa de uso. Esto representa, como la propia directiva señala, un primer paso hacia la atribución de una mayor importancia a la eficiencia energética a lo largo del ciclo de vida completo de los edificios y hacia una economía circular. No obstante, aún son necesarios más avances, tanto para los edificios nuevos como para los existentes. La nueva EPBD no establece dicha obligatoriedad para los existentes, limitándose a sugerir que se considere en las rehabilitaciones, mediante la inclusión de políticas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de su ciclo de vida completo en los planes nacionales de rehabilitación de edificios de los Estados miembros.

La Tabla 2 resume desde cuándo las directivas europeas comienzan a dar relevancia a la reducción del carbono operacional y embebido en edificios nuevos y existentes. En resumen, descarbonizar el parque edificatorio exige disminuir las emisiones de carbono en todas las etapas del ciclo de vida de los edificios. Mientras que en la fase operacional se cuenta con una sólida experiencia tecnológica, normativa y en el impulso político, en

(6) La UE ha propuesto pasar del concepto de edificio de consumo de energía casi nulo (nZEB, por sus siglas en inglés) al concepto de edificio cero emisiones (ZEB, por sus siglas en inglés). El nZEB es un edificio con un nivel de eficiencia energética muy alto y casi nula o muy baja energía demandada, que procederá mayoritariamente de fuentes renovables, producida in situ o bien en el entorno, que en España debe cumplir con las exigencias de consumo energético establecidas en el DB HE 2019 para edificios de nueva construcción. El ZEB es un edificio que tiene cero emisiones de carbono procedentes de combustibles fósiles in situ y un nivel de eficiencia energética muy alto. El standard nZEB fue obligatorio desde 2020 para todos los edificios nuevos en Europa. El standard ZEB lo será a partir de 2030, e implicará que no se puedan diseñar edificios que usen sistemas basados en fuentes fósiles.

la fase de carbono embebido este enfoque es más reciente, y por ahora las exigencias se limitan a los edificios nuevos. Esto resulta preocupante, dado el considerable impacto embebido que conllevará la rehabilitación energética necesaria en los parques nacionales de Europa.

Tabla 2. Año desde el que se hacen relevantes en las directivas europeas la reducción de carbono operacional o embebido en los edificios nuevos o existentes

	Edificios nuevos	**Edificios existentes**
Carbono operacional	Desde 2002	Desde 2012
Carbono embebido	Desde 2024	Aún no

Fuente: Elaboración propia.

2. RETOS DE LA DESCARBONIZACIÓN DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

El sector residencial representa el 61 % de los GEI del total del sector edificación en España, mientras que el 39 % restante corresponde a las edificaciones institucionales y comerciales (MITECO 2024). Por tanto, la descarbonización de las viviendas es clave para la descarbonización del sector edificación. A continuación, presentamos los principales retos de la descarbonización del sector residencial, diferenciando entre los relativos a la reducción del carbono operacional y los relativos al carbono incorporado.

2.1 **El reto de electrificar la vivienda, escalar la rehabilitación y de mitigar la pobreza energética para reducir el carbono operacional**

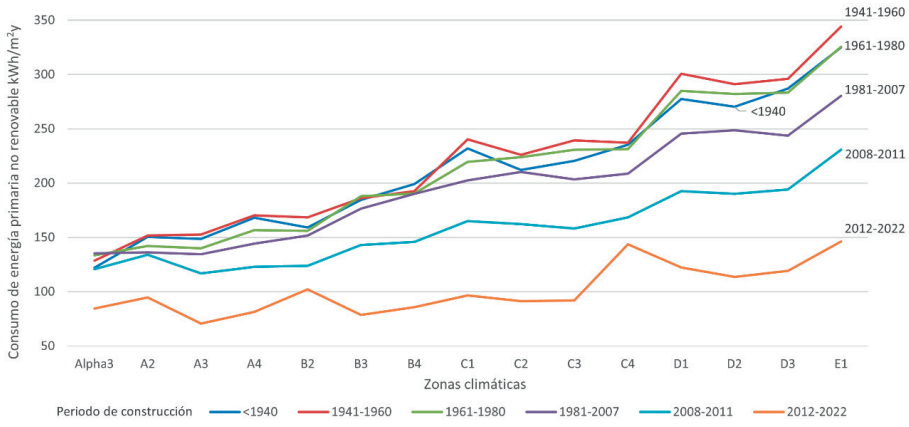
Debido a la larga vida útil de los edificios y al boom inmobiliario español que comenzó a finales de los años 90, el parque de viviendas en España está sobredimensionado y se estima que para 2050 los edificios de nueva construcción apenas representarán el 10 % del total (de Arriba Segurado 2020). A esto hay que añadir que el parque residencial español se distingue por su baja eficiencia energética, con más del 80 % de los certificados de eficiencia concentrados en las tres categorías menos eficientes (E, F y G) (MITECO 2022a). Por ello, la rehabilitación del parque residencial para reducir emisiones operacionales resulta especialmente crítica en España. En la actualidad, el 50 % de las viviendas en España son anteriores a 1981, fecha en que se comenzó a aplicar la primera norma básica de

edificación sobre condiciones térmicas en los edificios (NBE-CT-79), y un 91 % de las viviendas son anteriores a 2008, fecha en la que se comenzó a aplicar el Código Técnico de la Edificación (CTE) (7).

Estas viviendas presentan en su mayoría insuficiente o nulo aislamiento térmico, carpinterías de ventanas poco eficientes e instalaciones anticuadas, que dependen en un 40 % de combustibles fósiles (OREVE 2024), lo que conlleva un alto consumo energético de calefacción, refrigeración, producción de ACS, cocina, iluminación y electrodomésticos, así como unas altas emisiones asociadas.

En la figura 2 se muestra el consumo medio de energía primaria no renovable por m^2 y año, por periodo de construcción y zona climática en España, obtenido a través del modelo desarrollado por Beltrán-Velamazán et al. (2024), basado en los datos de los Certificados de Eficiencia Energética (CEE) disponibles en abierto. En la figura se observa que las viviendas construidas tras la implementación del CTE presentan un consumo energético significativamente inferior. En particular, aquellas construidas a partir de 2012 muestran una reducción de hasta un 50 % en los consumos medios en comparación con el conjunto de edificios anteriores a la entrada en vigor del CTE. Esto pone de manifiesto los buenos resultados obtenidos en materia de reducción en consumos y emisiones operacionales de edificios nuevos, gracias al esfuerzo europeo desde 2002.

Figura 2. Consumo medio de energía primaria no renovable por m^2 y año, por periodo de construcción y zona climática en España



Fuente: Elaboración propia a partir de las definiciones en la norma UNE-EN 15643 de 2021 y usando iconos de https://iconos8.es/.

(7) Los porcentajes de viviendas se han extraído del modelo generado en Beltrán-Velamazán *et al.* (2024).

Para descarbonizar la fase operacional de las viviendas, se han planteado en Europa y España dos vías fundamentales:

– Maximizar la eficiencia energética, mediante la mejora de la envolvente y la incorporación de tecnologías que optimicen el consumo energético, no solo mediante el uso de sistemas activos más eficientes sino también de tecnologías inteligentes basadas en el internet de las cosas (IoT). Estas tecnologías implicarán avances en domótica y en gestión de datos de consumo en tiempo real (Sauer y Huerta 2021).

– Electrificar todos los usos residenciales posibles, al tiempo que se garantiza la alimentación exclusiva de fuentes renovables y se fomenta un sistema de generación distribuido, lo que implica una transformación del modelo energético hacia la ciudad inteligente (López-Mesa 2022).

Ambas vías son necesarias tanto para los edificios nuevos como para los existentes y representan importantes retos tanto a escala de edificio como a nivel urbano. En lo que se refiere a los edificios residenciales, algunos aspectos, como la electrificación de las viviendas, han sido menos integrados en las ayudas y políticas de rehabilitación residencial. Según el informe del Observatorio de la Rehabilitación Eléctrica de la Vivienda en España (OREVE 2024), es fundamental que las políticas de apoyo incluyan explícitamente la modernización de las instalaciones eléctricas, garantizando que las viviendas estén preparadas para la electrificación de los distintos usos energéticos.

En este contexto, es importante destacar el reto de la rehabilitación residencial, que se ha consolidado como la gran apuesta del sector de la edificación (Sauer y Huerta 2021) tras el colapso de la burbuja inmobiliaria en 2008 y la creciente conciencia sobre los retos ambientales del sector. A pesar de ser reconocida como una prioridad, la tasa de rehabilitación y la intensidad energética de las intervenciones para mejorar el estado de las viviendas han sido limitadas (Rubio del Val 2020). La crisis provocada por la COVID-19 presentó una oportunidad única para impulsar la rehabilitación masiva de viviendas, apoyada por los fondos *Next Generation* entre 2021 y 2026, que incluyen una inversión sin precedentes en este ámbito. Este período, en el que nos encontramos, será clave para generar resultados sostenibles, desarrollar herramientas de gestión y financiación, capacitar a profesionales y trabajadores, y comunicar a la sociedad los beneficios de la rehabilitación. De esta manera, se podrá asegurar que esta actividad continúe creciendo una vez finalizados los fondos (Sauer y Huerta 2021).

La responsabilidad de la descarbonización recae sobre todos. Aunque el objetivo de descarbonizar el parque residencial es de carácter

público, los hogares deberán asumir inversiones de capital privado para alcanzarlo. Aquí es donde los gobiernos tienen un papel clave: deben transformar la necesidad pública en una oportunidad para todos. La rehabilitación de viviendas se percibe no solo como una vía para descarbonizar el parque existente y mejorar su eficiencia energética, sino también como generadora de múltiples beneficios, incluidos la creación de empleo, mejoras en la salud y una mayor asequibilidad energética (OCDE 2022). Sin embargo, hay sectores de la sociedad con serias dificultades para afrontar inversiones privadas. Según datos de 2021, el 16,4 % de la población española, alrededor de 7,8 millones de personas, se enfrenta a un gasto energético desproporcionado en relación con sus ingresos, y un 14,3 %, aproximadamente 6,8 millones de personas, no puede mantener su hogar a una temperatura adecuada durante el invierno (MITECO 2022b).

La estrategia europea se centra en abordar la rehabilitación energética de los hogares de manera inclusiva, sin dejar a nadie atrás. En la revisión de la EPBD de 2024, se establece que los incentivos financieros y otras medidas políticas deben priorizar a los hogares vulnerables, a las personas afectadas por la pobreza energética y a quienes residen en viviendas sociales. Además, se exige a los Estados miembros que implementen políticas para prevenir desalojos relacionados con las rehabilitaciones, como límites en el aumento de los alquileres. Esto apunta hacia que, tras los fondos *Next Generation*, las ayudas públicas se enfocarán en los hogares vulnerables. Por lo tanto, es muy importante que el sector aproveche los recursos disponibles durante el periodo 2021-2026 no solo para rehabilitar sino también para desarrollar mecanismos que aseguren la continuidad de la actividad a un ritmo adecuado para los hogares no vulnerables una vez finalicen esos fondos.

2.2 **El reto de potenciar la innovación y circularidad para reducir el carbono incorporado**

La minimización del carbono incorporado requiere una utilización eficiente y circular de los recursos. La circularidad es un concepto que se basa en el principio de que los residuos de unos procesos son recursos para otros, imitando el funcionamiento de la naturaleza. Los edificios diseñados de manera dinámica y flexible pueden incorporarse a una economía circular, en la cual los materiales en los edificios mantienen su valor, lo que llevará a la reducción de residuos y al uso de menos recursos vírgenes, reduciendo por tanto la energía incorporada inicial, la energía incorporada recurrente y la energía incorporada de final de vida.

Son diversos y profundos los cambios que se consideran necesarios para favorecer una economía circular en la edificación:

– Por un lado, es necesario evaluar la circularidad de los edificios, lo que nos ayudará a tomar conciencia y conocer los problemas específicos de los procesos incorporados, y poder valorar las decisiones que se toman a lo largo de los mismos. En este sentido, destaca la metodología de Análisis de Ciclo de Vida (ACV) aplicada a la construcción (AENOR 2021), y el marco común Level(s)[8] impulsado por la CE para la evaluación de la sostenibilidad de los edificios. Aunque estos marcos son actualmente opcionales, se prevé que su aplicación sea obligatoria para el cálculo del PCG del ciclo completo del edificio que la EPBD de 2024 exige para los edificios nuevos a partir de 2028.

– Asimismo una economía circular en edificación invita a reflexionar sobre los procesos de diseño hacia el diseño reversible de edificios y sus materiales. Diseñar y construir un edificio pensando en su mantenimiento, sus reformas y su deconstrucción tiene un alto potencial de mitigar el impacto ambiental de los procesos incorporados. Los edificios nuevos se pueden diseñar para el desmontaje y la adaptabilidad, para lo que han empezado a redactarse algunos estándares (AENOR 2023), así como seleccionar materiales reciclables para garantizar que los residuos de los edificios desmantelados se minimicen. No obstante, el diseño reversible no está exento de limitaciones. Al igual que con otras iniciativas circulares nuevas, la aún reciente estandarización y escasa o nula regulación y experiencia generará dificultades en su implementación.

– Las mejoras en sostenibilidad y productividad en el sector residencial en todo el ciclo de vida del edificio podrán potenciarse de manera significativa si se adoptan herramientas y procesos digitales en todas las etapas del ciclo de vida y en toda la cadena de valor. Por ejemplo, en la fase de producción, es ventajoso adoptar la fabricación digital y la industrialización, dado que la fabricación en entornos controlados permite la introducción de líneas de producción, automatización impulsada por inteligencia artificial y un control de calidad más riguroso. En la fase de uso, la digitalización de edificios inteligentes podría aportar una base de datos, actualizada constantemente, para el mantenimiento del edificio, que podría conectarse con el libro digital del edificio[9] y el pasaporte del edifi-

(8) Se puede encontrar abundante literatura sobre Level(s) en la plataforma oficial de este marco en: https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/levels_en.

(9) En los últimos años, la CE ha estado trabajando en la implementación de un Libro Digital del Edificio de escala europea. En este proceso de trabajo, el libro digital del edificio ha quedado definido como un repositorio común para todos los datos relevantes de un edificio, como una herramienta dinámica que permite registrar, acceder, enriquecer y organizar una variedad de datos, información y

cio[10] para poder planificar su rehabilitación circular (Sauer y Huerta 2021). Asimismo, en la fase de fin de vida, serán provechosas plataformas para mercados de materiales secundarios como la de *environmate*[11] de Reino Unido, que puedan crear nuevo valor con la deconstrucción de edificios y activos. La digitalización de aspectos transversales a todas las fases del ciclo de vida también puede generar beneficios significativos. Por ejemplo, la tecnología *blockchain* permitirá trazar de una manera fiable la información de materiales y productos, las operaciones de mantenimiento, etc., garantizando la transparencia, privacidad y seguridad de los datos, pudiendo ser útil en múltiples aplicaciones como el ACV (Sauer y Huerta 2021).

En conclusión, el reto de la circularidad en la edificación es reciente y aún nos encontramos en las primeras etapas de su implementación. El sector de la construcción ha comenzado a afrontar una creciente presión para reducir su impacto ambiental a lo largo de todo el ciclo de vida del edificio, lo que ha llevado a que la adopción de principios circulares emerja como una solución clave. Sin embargo, su implementación presenta retos significativos.

Primero, gran parte de los materiales y productos de construcción actuales no están diseñados para ser reutilizados o reciclados fácilmente, lo que implica una reconfiguración total del proceso de diseño y construcción. Los edificios han sido tradicionalmente concebidos para tener una vida útil lineal. La circularidad, por el contrario, requiere una planificación que asegure que los componentes puedan ser recuperados, reutilizados o reciclados al final de la vida útil del edificio, lo que nos lleva a concebir al edificio como un Banco de Materiales.

Además, la infraestructura y las cadenas de suministro necesarias para soportar un modelo circular aún están en desarrollo. La reutilización de materiales, la reducción de residuos y la creación de mercados secundarios para componentes de construcción son áreas que requieren una fuerte inversión, innovación y la colaboración entre diferentes actores del sector.

---

documentos bajo categorías específicas. Representa un registro de eventos importantes y cambios a lo largo del ciclo de vida de un edificio, como cambios de propiedad, tenencia o uso, mantenimiento, rehabilitación y otras intervenciones. Como tal, puede incluir documentos administrativos, planos, descripciones del terreno, el edificio y su entorno, sistemas técnicos, trazabilidad y características de los materiales de construcción, datos de eficiencia como el consumo energético operativo, la calidad del medio ambiente interior, el potencial de inteligencia del edificio y las emisiones a lo largo del ciclo de vida, así como enlaces a la calificación y certificados des edificio.

(10) Es un documento que detalla una hoja de ruta de rehabilitación a largo plazo (de hasta 15 a 20 años), por etapas, para lograr una rehabilitación profunda de un edificio específico. Este pasaporte apoya a los propietarios con asesoramiento personalizado sobre sus opciones de rehabilitación y aclara las etapas de rehabilitación para todas las partes involucradas.

(11) https://www.enviromate.co.uk/.

Otro aspecto crítico es la falta de normativas y estándares claros que orienten a la industria hacia la circularidad. Aunque están surgiendo algunos marcos de evaluación, como el marco Level(s) de la Comisión Europea, e iniciativas relacionadas con la digitalización, como el libro digital del edificio, muchos de ellos aún son opcionales o están en desarrollo y transcurrirá cierto tiempo antes de que sean adoptados de manera generalizada. Esta falta de estandarización dificulta la implementación de prácticas circulares y ralentiza la creación de modelos de negocio sostenibles y viables para la reutilización de materiales y la deconstrucción sistemática de edificios.

Finalmente, la transformación hacia un modelo de edificación circular exige un cambio significativo en la mentalidad y la capacitación de los profesionales del sector. Arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, constructores, administradores de fincas y gestores de proyectos deben aprender nuevas técnicas y enfoques, adaptarse a tecnologías emergentes y comprender mejor los beneficios a largo plazo de un enfoque circular.

La transición hacia una edificación más circular requerirá un compromiso a largo plazo y un esfuerzo coordinado en múltiples niveles. Es un proceso que implica no solo cambios en las prácticas de construcción, sino también en la cultura del sector. Aunque llevará tiempo y esfuerzo, esta transformación es esencial para lograr un futuro sostenible en la construcción y para minimizar el impacto ambiental de nuestros edificios.

3. CONCLUSIONES

La descarbonización del sector residencial en España es relevante, dado que representa el 61 % de las emisiones de GEI del sector de la edificación. Para abordar este problema, es fundamental considerar todas las etapas del ciclo de vida de los edificios.

Con respecto a las etapas operacionales, es importante centrase en la rehabilitación de un parque de viviendas que, en su mayoría seguirá en uso en 2050 y tiene una reducida eficiencia energética. Más del 80 % de los certificados de eficiencia se agrupan en las categorías menos eficientes, lo que subraya la necesidad urgente de mejorar la calidad energética de las viviendas, especialmente considerando que el 50 % fueron construidas antes de 1981 y el 91 % antes de 2008.

Un aspecto clave en la descarbonización de la fase operacional es la electrificación de los hogares, que debe ser acompañada por la maximización de la eficiencia energética. Esto implica no solo la incorporación de tecnologías modernas y sostenibles, sino también un enfoque en la transformación del modelo energético urbano hacia fuentes renovables. La electrificación de

todos los usos residenciales es esencial para reducir las emisiones operacionales, pero también requiere un cambio en las políticas de rehabilitación que incluya explícitamente la modernización de las instalaciones eléctricas.

Es fundamental reconocer que la responsabilidad de la descarbonización de la fase operacional no recae únicamente en el sector público; también es un reto que exige inversiones de capital privado por parte de los hogares. En este contexto, los gobiernos desempeñan un papel esencial en la transformación de esta necesidad pública en una oportunidad colectiva. Durante el actual período 2021-2026, marcado por la disponibilidad de los fondos *Next Generation*, es crucial desarrollar mecanismos que permitan escalar la rehabilitación energética y asegurar que este impulso se mantenga incluso después de que los fondos se agoten. Dado que algunos hogares no podrán asumir inversiones privadas, las políticas públicas futuras priorizarán el apoyo a los hogares vulnerables y a aquellos afectados por la pobreza energética, tal como se anuncia en la EPBD de 2024. En este sentido, se hace aún más importante establecer mecanismos sostenibles que se mantengan en el tiempo que permitan que toda la sociedad se beneficie de un proceso continuo de descarbonización hasta 2050.

Además, la minimización del carbono incorporado en la edificación exige un enfoque circular en el diseño y construcción de edificios residenciales. Para ello, es necesario implementar un modelo de diseño reversible de edificios que permita la reutilización de materiales y la reducción de residuos a lo largo de todo el ciclo de vida del edificio. Sin embargo, esta transición hacia la circularidad debe afrontar importantes obstáculos, como la falta de normativas claras y estándares específicos que guíen a la industria. Aunque se están desarrollando marcos de evaluación e iniciativas de digitalización, su adopción generalizada podría tardar tiempo, lo que dificultará la creación temprana de modelos de negocio circulares viables.

Es fundamental, por último, que las próximas regulaciones incorporen de manera específica aspectos relacionados con la circularidad en los procesos de rehabilitación, especialmente considerando el significativo impacto ambiental que implicará la necesaria rehabilitación energética de los parques residenciales en Europa de aquí a 2050.

4. REFERENCIAS

AENOR, *UNE-EN 15643:2021 Sostenibilidad en la construcción. Marco para la evaluación de los edificios y las obras de ingeniería civil*, 2021.

— *UNE-ISO 20887: 2023 Sostenibilidad en edificios y obras de ingeniería civil. Diseño para el desmontaje y la adaptabilidad. Principios, requisitos y directrices*, 2023.

Adalberth, K., «Energy use during the life cycle of single-unit dwellings: Examples», *Building and Environment* 32(4), 1997, pp. 321-329, ISSN 0360-1323, https://doi.org/10.1016/S0360-1323(96)00069-8.

Beltrán-Velamazán, C.; Monzón-Chavarrías, M., y López-Mesa, B., «A new approach for national-scale Building Energy Models based on Energy Performance Certificates in European countries: The case of Spain», *Heliyon*, 10(3), 2024, e25473, https://doi.org/10.1016/J. HELIYON.2024. E25473.

Cole, R., y Kernan, P. C., «Life cycle energy use in office buildings», *Building and Environment* 31(4), 1996, pp. 307-317, ISSN 0360-1323, https://doi.org/10.1016/0360-1323(96)00017-0.

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un Marco Estratégico en Materia de Clima y Energía para el Periodo 2020-2030. COM/2014/015 final.*, 2014, último acceso el 30 de septiembre de /2024 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014DC0015.

— *El Pacto Verde Europeo*, 2019, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://commission.europa.eu/document/daef3e5c-a456-4fbb-a067-8f1cbe-8d9c78_es.

— *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular. Por una Europa más limpia y más competitiva. COM(2020) 98 final*, 2020a, último acceso el 30/09/2024 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0098.

— *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas, COM(2020) 662 final*, 2020b, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0662.

— *National energy and climate plans*, 2024, último acceso el 30 de septiembre de 2024 https://commission.europa.eu/energy-climate-change-environment/implementation-eu-countries/energy-and-climate-governance-and-reporting/national-energy-and-climate-plans_en.

Dixit, M. K.; Fernández-Solís, J. L.; Lavy, S., y Culp, C. H., «Identification of parameters for embodied energy measurement: A literature review», *Energy and Buildings* 42(8), 2010, pp. 1238-1247, ISSN 0378-7788, https://doi.org/10.1016/j.enbuild.2010.02.016.

Economidou, M. (project lead), *Europe's buildings under the microscope. Country-by-country review of the energy performance of Europe's buildings*. Buildings Performance Institute Europe (BPIE), 2011, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://www.bpie.eu/publication/europes-buildings-under-the-microscope/#.

EUR-Lex, *Paquete de medidas sobre clima y energía hasta 2020*, 2015, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/2020-climate-and-energy-package.html.

GBCe, Hoja de ruta para la descarbonización de la edificación en todo su ciclo de vida, 2022, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://gbce.es/proyectos/building-life/.

Ibn-Mohammed, T.; Greenough, R.; Taylor, S.; Ozawa-Meida, L., y Acquaye, A., «Operational vs. embodied emissions in buildings—A review of current trends», *Energy and Buildings* 66, 2013, pp. 232-245, ISSN 0378-7788, https://doi.org/10.1016/j.enbuild.2013.07.026.

López-Mesa B., «De la sociedad fósil a la sociedad hipocarbónica: la ciudad inteligente como estrategia facilitadora», *Arbor* 198 (803-804), 2022, a636, https://doi.org/10.3989/arbor.2022.803-804003.

MITECO, *Estado de la certificación energética de los edificios (11.º informe)*, Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, 2022a, último acceso el 30/09/2024 en https://portal-miteco-stage.adobecqms.net/content/dam/miteco/es/energia/files-1/Eficiencia/CertificacionEnergetica/documentosinformativos/2023_Informedeseguimiento_11_CERTIFICACION_ENERGETICA_V5.pdf.

— *Actualización de los Indicadores de la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética – 2022*, Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, 2022b, último acceso el 30/09/2024 en https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planes-estrategias/estrategia-pobreza-energetica/actualizaciondelosindicadoresdelaestrategianacionalcontralapobrezaenergetica-2022_tcm30-549718.pdf.

— *Mitigación: Sectores difusos. Situación actual y objetivos*, Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, 2024, último acceso el 30/09/2024 en https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/definicion-difusos.html.

Naciones Unidas, *Kyoto protocol to the United Nations framework convention on climate change*, 1998, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf.

— *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Edición Especial, 2023, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023_Spanish.pdf.

OECD, *Decarbonising Buildings in Cities and Regions*. OECD Urban Studies, OECD Publishing, Paris, 2022, https://doi.org/10.1787/a48ce566-en.

OREVE, *La descarbonización del sector residencial en España: el papel de la instalación eléctrica en la vivienda*, Observatorio de la rehabilitación eléctrica de la vivienda en España, 2024, último acceso el 30/09/2024 en https://www.oreve.es/informe/.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, «Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2024 relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición)», *Diario Oficial de la Unión Europea* 08/05/2024. Último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ: L_202401275.

Ramesh, T.; Prakash, R., y Shukla, K. K., «Life cycle energy analysis of buildings: An overview», *Energy and Buildings* 42(10), 2010, pp. 1592-1600, ISSN 0378-7788, https://doi.org/10.1016/j.enbuild.2010.05.007.

Rubio del Val (coord.), *Informe de Evaluación sobre Políticas Públicas de Rehabilitación Residencial en España (2013-2017). Reflexiones sobre el desafío 2020/2030*. Zaragoza, Observatorio ciudad 3R – ECODES – Ministerio para la Transición Ecológica, 2020 (2.ª edición).

Sauer, B., y Huerta, D. (coords.), *Informe País GBCe 2021. Sobre el estado de la edificación sostenible en España*, 2021, último acceso el 30 de septiembre de 2024 en https://gbce.es/documentos/Informe_Pais_GBCe_2021.pdf.

Treloar, G.; Fay, R.; Ilozor, B., y Love, P., «Building materials selection: greenhouse strategies for built facilities», *Facilities* 19(3-4), 2001, pp. 139-149. 0263-2772. https://doi.org/10.1108/02632770110381694.

C. Vivienda, regeneración urbana y rehabilitación. Objetivos europeos y españoles y su implementación *

Almudena Espinosa Fernández
Profesora del Dpto. de Arquitectura
Universidad de Zaragoza
almudenaef@unizar.es

Marta Gómez Gil
Profesora del Dpto. de Arquitectura
Universidad de Zaragoza
m.gomez@unizar.es

Resumen: *En la actualidad, la rehabilitación energética es una prioridad en Europa, debido al impacto de los edificios existentes en el consumo energético y las emisiones de gases de efecto invernadero. La «Renovation Wave» propuesta por Unión Europea tiene como objetivo, entre otros, mejorar la eficiencia energética de los edificios, alineándose con el Pacto Verde Europeo. En España, la transposición de Directivas europeas dirigidas a*

* Trabajo realizado en el marco del grupo de investigación T37_23R Built4Life Lab, grupo de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón en el área de conocimiento de tecnología (BOA núm. 30, de 30 de enero de 2024).

reducir el consumo energético mediante la rehabilitación ha tenido como consecuencia un nuevo modelo de gestión y financiación en el marco del cual se desarrollan políticas y acciones que permitan alcanzar los objetivos. Sin embargo, la rehabilitación edificatoria se enfrenta a barreras técnicas, económicas, sociales e institucionales, como la falta de personal cualificado, los altos costos iniciales, la falta de concienciación o la complejidad administrativa. Para superar estos obstáculos, se han diseñado diversos instrumentos que ayuden a elevar la tasa de rehabilitación.

Palabras clave: *Rehabilitación energética, neutralidad climática, instrumentos de financiación y gestión.*

Abstract: *Currently, energy renovation is a priority in Europe due to the impact of existing buildings on energy consumption and greenhouse gas emissions. The European Renovation Wave aims, among other things, to improve the energy efficiency of buildings, aligning with the European Green Deal. In Spain, the transposition of European Directives aimed at reducing energy consumption through renovation has resulted in a new management and financing framework under which policies and actions are developed to achieve the targets. However, building renovation faces technical, economic, social, and institutional barriers, such as the lack of qualified personnel, high upfront costs, lack of awareness, or administrative complexity. Various instruments have been designed to help overcome these obstacles and increase the renovation rate.*

Keywords: *Energy renovation, climate neutrality, financing and management instruments.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto político y objetivos. 3. Políticas y medidas actuales en materia de energía y clima relativa a la eficiencia energética. 4. Barreras que enfrenta la rehabilitación edificatoria. 5. Instrumentos de actuación nacionales utilizados para el impulso de la rehabilitación. 6. Nuevos instrumentos de actuación para el impulso de la rehabilitación. 6.1 Instrumentos a gran escala. 6.2 Instrumentos a escala de edificio. 7. Conclusiones. 8. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

A finales del s. XVIII comienzan las primeras formulaciones sobre el valor documental e histórico de la arquitectura y se plantea la necesidad de conservar determinadas edificaciones con el objetivo de que generaciones

futuras puedan conocerlas y aprender de ellas. Se considera, por tanto, este punto de la historia, el primer momento en el que surge la necesidad de mantener y conservar los edificios.

La consecuencia es un debate internacional que se desarrolla con mayor plenitud en el s. XIX destacando dos enfoques fundamentales: la restauración en estilo de Viollet-le-Duc, cuyo objetivo fundamental era recuperar la forma prístina del monumento, la forma ideal, original y la anti-restauración de John Ruskin que promulga la no intervención en los edificios, para mantener su valor documental y permitir que envejezcan de manera digna, la propia degradación del edificio forma parte del edificio[13].

Estas dos posturas, muy opuestas entre ellas, tienen su desarrollo en dos escuelas en el s. XX: la escuela restauradora continuadora de la postura de Viollet-le-Duc y la escuela conservadora más continuista con la postura de John Ruskin, siendo ésta última la que termina desarrollándose en el tiempo y culmina con la Carta de Atenas de 1964. Pero estas escuelas opuestas en su ideología tienen una característica común y es que se centran de manera exclusiva en los edificios monumentales.

La rehabilitación nace en el cambio del siglo XIX al XX y tiene sus raíces como concepto en propuestas como la de «cirugía conservadora» de Patrick Geddes. También pertenecen al mismo periodo las acciones pioneras de las filántropas británicas Octavia Hill y Lady Aberdeen que como reformadoras sociales trabajaron en reformar grandes casas londinenses convirtiéndolas en pequeñas viviendas para trabajadores. La vivienda era su principal preocupación.

La rehabilitación como concepto se consolida en la década de los setenta con el Plan Urbano para la restauración tipológica, infraestructural y cromática del centro histórico de Bolonia, en Italia. Se inició en 1969 para ir rehaciendo, uno a uno, los sectores medievales a partir de un estudio de las tipologías arquitectónicas, la introducción de mejoras de accesibilidad, baños, cocinas e instalaciones, e intentando recuperar la imagen cromática de la ciudad tradicional. A partir de entonces se ha ido replicando esta forma de intervención por todas las ciudades.

En el último tercio del s. XX surge el movimiento conservacionista que propone considerar en el patrimonio arquitectónico no solo los edificios individuales de excepcional calidad y sus entornos, sino también todas las áreas de ciudades o pueblos de interés histórico o cultural. Es en este momento cuando se empieza a utilizar la terminología rehabilitación. Restauración hace referencia a las intervenciones en los monumentos, mientras que rehabilitación se relaciona con las áreas de las ciudades de interés histórico o cultural.

(13) Solá Morales, 1982.

En el s. XXI se incorpora el término «regeneración urbana integrada» (RUI) que abarca no solo a las intervenciones en los monumentos y en las áreas de interés histórico o cultural, sino en toda la ciudad. La RUI propone dar prioridad a las políticas urbanas integradas que se ocupen de: la cohesión social y la calidad de vida, la creación y consolidación de espacios públicos de alta calidad, el impulso de la eficiencia energética, la mejora del medio ambiente físico, el impulso a la economía y el empleo, la integración e inserción social y el fomento de un transporte urbano eficiente y asequible.

Es por todo ello, que cuando hablamos de rehabilitación en edificación nos referimos a la intervención de mejora de los edificios de tipo civil, básicamente residenciales, en entornos tanto urbano como rurales, que pueden tener valor histórico o no y que pueden ser individuales o formar un tejido residencial o conjunto social residencial.

En definitiva, y lo más importante es que en rehabilitación no tratamos los edificios como objetos, sino como ecosistemas. Se entiende la ciudad, el pueblo o el entorno que lo rodea como un ecosistema donde todo está entrelazado. En este sentido, la rehabilitación no solo implica lo que está construido, sino que también se extiende al espacio público y en la escala de la regeneración urbana.

La rehabilitación desde su origen hasta hoy forma parte de las principales estrategias políticas en materia de vivienda y sus decisiones están marcadas por la decisión política de intervenir en los entornos construidos para mejorar algún aspecto que los degrada o los convierte en obsoletos.

En general, la decisión política de actuar se toma sobre la base de la existencia de una percepción de problemas que afectan a un lugar determinado o como respuesta a la presión social de los ciudadanos de ese entorno.

El enfoque y justificación política puede ser de distinta índole: social, urbanística, patrimonial, económica, ambiental, etc. A finales de los años ochenta y principios de los noventa, en nuestro país tuvo un marcado enfoque en la mejora de los barrios y del paisaje urbano y la recuperación de la imagen cromática de las fachadas, lo que se denomina paisaje urbano. Posteriormente, se han ido adaptado a las necesidades de mejora de cada momento, por ejemplo, con la aparición de las deficiencias estructurales (aluminosis), o con los problemas de accesibilidad con la instalación de ascensores o vinculados a problemas de salubridad para eliminar materiales perjudiciales para la salud (amianto, instalaciones de plomo), etc. En definitiva, el objeto prioritario del proceso de rehabilitación siempre persigue una finalidad que es la mejorar la calidad de vida de los usuarios, revitalizando los espacios y los entornos construidos.

Actualmente la decisión política de rehabilitar edificios, en nuestro entorno geográfico, pasa por la mejora en la eficiencia energética y la

integración de instalaciones de energía renovable, para avanzar hacia una sociedad climáticamente neutra mediante edificios circulares y más sostenibles. Esto se debe a que los edificios tienen un peso muy importante en el consumo energético y en las emisiones de gases de efecto invernadero. Dado que aproximadamente el 75 % de los edificios que conforman el parque edificado europeo son considerados ineficientes energéticamente según los estándares actuales[14], rehabilitarlos se ha convertido en una prioridad a escala de la Unión Europea (UE).

A escala europea, esta necesidad de rehabilitar energéticamente los edificios se ha reflejado en la oleada de rehabilitación, o *Renovation Wave*[15], que forma parte del Pacto Verde europeo. Con esta iniciativa, se persigue rehabilitar los edificios desde un punto de vista energético, mejorando su eficiencia energética e integrando energías renovables, haciéndolos digitales e incorporando en ellos la economía circular.

2. CONTEXTO POLÍTICO Y OBJETIVOS

En línea con las políticas energéticas y climáticas de la UE, el Gobierno de España formalizó en 2019 el Marco Estratégico de Energía y Clima. Un componente clave de este marco es la Ley 7/2021, de 20 de mayo, sobre cambio climático y transición energética, que establece las bases legales para garantizar que España cumpla con los objetivos del Acuerdo de París, facilite la descarbonización de la economía y promueva un desarrollo sostenible. Esta ley, en el artículo 4, incluye como herramientas de planificación estratégica, los Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima (PNIEC), así como la Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2050.

En la resolución del 25 de marzo de 2021, se hizo pública la aprobación del Acuerdo del Consejo de Ministros del 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión definitiva del PNIEC 2021-2030. De acuerdo con lo expuesto en el Plan, el impulso a la eficiencia energética en las ciudades seguía dos ejes principales: los edificios y la movilidad, tanto de pasajeros como de mercancías. Las medidas para mejorar la eficiencia energética en los edificios se enmarcaban en la Estrategia a Largo Plazo para la Rehabilitación Energética en el Sector de la Edificación en España –ERESEE[16] que es la versión española de las estrategias de renovación a largo plazo (o LTRS por sus siglas en inglés) que todos los países europeos deben confeccionar.

(14) Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024.
(15) Comisión Europea, 2020.
(16) Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2021.

El marco legal europeo establece la obligación de revisar y actualizar periódicamente los PNIEC. El Reglamento (UE) 2018/1999 establece un calendario de actualización de estos planes, en el que los objetivos solo pueden ser revisados al alza. Desde la publicación del PNIEC 2021-2023 se ha producido una actualización de los objetivos climáticos europeos, en un nuevo contexto de aceleración de la transición energética, reforzada por los avances normativos. Esta aceleración ha sido impulsada por la necesidad de fortalecer la autonomía estratégica y respaldada por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). Destacar en este marco de revisión[17]:

– la actualización del PNIEC lo adecúa al nuevo marco europeo,
– la transición energética es un vector clave en la recuperación económica,
– una apuesta masiva por la rehabilitación energética de barrios y edificios completos, con medidas de acompañamiento como las «oficinas de rehabilitación»,
– en octubre de 2023 se aprobó la segunda fase del PRTR (adenda del PRTR) que supone más de 10.000 millones de euros adicionales en subvenciones y hasta un máximo de 84.000 millones de euros en préstamos.

En este contexto, el Real Decreto 986/2024, de 24 de septiembre, aprueba la actualización del PNIEC 2023-2030. Las actuaciones para la mejora de la eficiencia energética propuestas en las ciudades tienen los dos mismos componentes: los edificios y la movilidad, tanto de pasajeros como de mercancías. Como novedad respecto al PNIEC 2021-2030 se propone el refuerzo de la rehabilitación energética, incrementando el número de viviendas rehabilitadas hasta 1.377.000[18], aplicando las inversiones del PRTR y un nuevo marco normativo en torno a la Directiva de Eficiencia Energética en Edificios.

3. POLÍTICAS Y MEDIDAS ACTUALES EN MATERIA DE ENERGÍA Y CLIMA RELATIVA A LA EFICIENCIA ENERGÉTICA

Las medidas para promover la eficiencia energética abarcan una variedad de acciones, tanto legislativas como de apoyo económico. La decisión estructural más relevante del periodo 2014-2020 fue la creación del Sistema

(17) Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2024.
(18) Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2024.

Nacional de Obligaciones de Eficiencia Energética (SNOEE), junto con el establecimiento del Fondo Nacional de Eficiencia Energética (FNEE), destinado a financiar iniciativas nacionales de eficiencia energética.

Mediante el Real Decreto-ley 23/2020 se extiende la vigencia del SNOEE hasta el 31 de diciembre de 2030. En el ámbito del SNOEE, el Real Decreto 36/2023 establece un sistema de Certificados de Ahorro Energético (Sistema de CAE) que contribuirá a alcanzar el ambicioso objetivo de ahorro acumulado de energía final para el periodo 2021-2030. El FNEE, gestionado por el IDAE, tiene como objetivo financiar mecanismos de apoyo orientadas a mejorar la eficiencia energética en los distintos sectores consumidores de energía. El Fondo implementa medidas de eficiencia mediante convocatorias de programas de ayuda.

Las acciones dirigidas a mejorar la eficiencia energética de los edificios se enmarcan en la ERESEE 2020, la cual está respaldada por diversas normativas legislativas como es el Código Técnico de la Edificación (CTE) o el Sistema de Certificación Energética de Edificios, entre otros. Estos documentos se han ido actualizando para incorporar los nuevos requerimientos de la Directiva de 2012/27/UE y de la Directiva 2010/31/UE llevadas a cabo por la Directiva (UE) 2018/844.

El apoyo a la rehabilitación en España se fundamenta principalmente en los programas de ayudas del PRTR que se complementan con el FNEE y los fondos FEDER. La Componente 2 del PRTR, incluye todos los programas financiados por los fondos NextGenerationEU en el marco del Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana[19].

La apuesta por el refuerzo de la rehabilitación energética de barrios y edificios residenciales existentes tiene como objetivo reducir el consumo de los edificios mejorando la calificación energética de los mismos. Esta medida está en línea con lo dispuesto por la ERESEE 2020 y es coherente con el Plan estatal de vivienda, que es la herramienta básica para el fomento de la regeneración y renovación urbana y rural.

Se fundamentó inicialmente en el Programa PAREER, que se inició en España en octubre de 2013. En mayo de 2015, se amplió a PAREER-CRECE y estuvo en vigor hasta diciembre de 2018 con la denominación de PAREER II. Este programa ha sido considerado una experiencia exitosa, ya que más del 85 % de los fondos destinados a proyectos de rehabilitación energética se utilizaron para mejorar la eficiencia energética de la envolvente térmica[20].

En la actualidad, el apoyo a la rehabilitación en España se basa en los programas de ayudas del PRTR. La Componente 2 del Plan tiene como

(19) Gobierno de España, 2021.
(20) Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2024.

principal objetivo impulsar en España la «Oleada de renovación para Europa». La inversión se realiza mediante un modelo de co-gobernanza con las comunidades autónomas (CC. AA) y las entidades locales (EELL), a las que se transfieren los fondos. El Componente 2 se organiza en seis programas (C2. I1 – C2. I6), y estos programas estructuran sus inversiones en función de líneas de actuación o subprogramas. Pertenecen a esta Componente el programa de ayudas PREE y PREE 5000, liderados por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Estos programas dan continuidad a los programas, PAREER-CRECE y PAREER II.

Dentro también de la Componente 2 del PRTR se incluyen el Programa de Apoyo a las Oficinas de Rehabilitación y el Programa de Ayuda para la Elaboración del Libro del Edificio Existente (LEEx), así como para la redacción de proyectos de rehabilitación. Estos programas abordan aspectos del proceso de rehabilitación que, aunque no son intervenciones directas sobre los edificios, son esenciales para su ejecución.

Asimismo, se movilizarán inversiones para la rehabilitación de edificios a través del Sistema de Certificados de Ahorro Energético lo que permite a los sujetos obligados del SNOEE invertir de la manera más eficiente en acciones de rehabilitación energética. El apoyo se basa en el certificado de eficiencia energética del edificio (CEEE), el cual proporciona una descripción de las características energéticas del edificio y sirve como punto de partida para realizar un diagnóstico energético.

De acuerdo con la Directiva (UE) 2024/1275 los CEEE deben incluir información sobre todos los elementos que pueden ser objeto de intervención desde un enfoque energético además de incluir recomendaciones para la mejora de la eficiencia energética del edificio o de una parte de éste y pudiendo añadir una estimación de los plazos de recuperación de la inversión durante su vida útil.

4. BARRERAS QUE ENFRENTA LA REHABILITACIÓN EDIFICATORIA

Se ha comentado previamente, los edificios tienen un peso muy importante en el consumo energético y en las emisiones de gases de efecto invernadero. De ahí que se esté impulsando la rehabilitación energética del parque edificado desde las perspectivas mencionadas. Sin embargo, las tasas de rehabilitación actuales se encuentran muy lejos de aquellas que serían necesarias para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París en materia de cambio climático. Mientras que las tasas de rehabilitación energética actuales se sitúan en torno al 1 % anual, esta cifra debería, como

mínimo, duplicarse, para poder alcanzar el objetivo de 35 millones de viviendas rehabilitadas energéticamente para 2030.

El hecho de que las tasas de rehabilitación y, en especial, de rehabilitación energética y profunda sean tan bajas se explica por todas las barreras de diversa índole que esta actividad enfrenta. Dichas barreras han sido ampliamente abordas en la literatura [21] [22] [23] [24] [25] [26], y puedes agruparse en las mencionadas en los siguientes párrafos.

Por una parte, se puede hablar de barreras de carácter técnico. Estas engloban una problemática variada, incluyendo:

– La falta de profesionales en el sector de la edificación que estén especializados o, al menos, familiarizados, con el empleo de técnicas y materiales específicas de la rehabilitación. En general, falta de capacitación dentro del sector, tanto en los despachos de arquitectura, como en las obras.

– La falta de agentes rehabilitadores, como oficinas de rehabilitación o técnicos especializados que puedan guiar a los ciudadanos en los procesos de rehabilitación.

– La escasez de determinados materiales de construcción, necesarios en este tipo de obras.

– La saturación de los colegios profesionales, que hace que estos no puedan dar respuesta a todas las necesidades que van surgiendo y que, al final, sean los pequeños despachos de arquitectura quienes tengan que realizar grandes esfuerzos.

– Las escalas en el sector de la construcción. Esto se refiere a que dentro del sector la mayoría de las empresas son de pequeña escala, lo que ralentiza y dificulta la adaptación a las nuevas necesidades.

– El sector, además de ser de pequeñas escalas, se encuentra muy fragmentado, lo que lleva a una falta de diálogo entre los diferentes agentes.

– Esto lleva, además, a que, en muchas ocasiones, a que las necesidades y expectativas de los usuarios no estén alineadas con lo que el sector propone.

– En las actuaciones de rehabilitación energética, se ha observado un *gap* o diferencia entre los ahorros energéticos que se esperaban obtener por medio de la rehabilitación y los que han acabado por obtenerse, lo que resta credibilidad a este tipo de actuaciones.

---

(21) D'Oca, S.; Ferrante, A.; Ferrer, C.; Pernetti, R.; Gralka, A.; Sebastian, R., y Op 't Veld, P., *Buildings*, 174.

(22) Palm, J.; y Reindl, K., *Energ Effic*, pp. 53-65.

(23) Bagaini, A.; Croci, E., y Molteni, T., *J. Clean. Prod.*, 129990.

(24) Alam, M.; Zou, P. X. W.; Stewart, R. A.; Bertone, E.; Sahin, O.; Buntine, C., y Marshall, C., *Sustain. Cities Soc.*, pp. 56-69.

(25) Gómez Gil, M.; Espinosa Fernández, A., y López Mesa, B., 2022, pp. 135-148.

(26) Arcas-Abella, J.; Alcaraz, M.; Bas, A.; Bilbao, A.; Catalán, P.; Cunill, L., y Sauer, B., 2020.

Finalmente, otra de las barreras menos estudiadas tiene que ver con la falta de datos sobre la rehabilitación. Esto quiere decir que, o no se están recopilando suficientes datos sobre las operaciones que se están llevando a cabo, o que estos datos no son suficientemente accesibles. Esto dificulta que se pueda realizar un control que permita obtener conclusiones y reorientar las políticas que no estén produciendo los efectos deseados.

El segundo grupo de barreras son las de carácter económico o financiero. Dentro de este grupo se puede hablar de:

– La alta inversión inicial que es necesaria para acometer la rehabilitación y que, en muchas ocasiones, no es asumible por los hogares.
– Los largos períodos de retorno de la inversión. Esto hace referencia a que se necesitan muchos años para que los ahorros energéticos conseguidos gracias a la rehabilitación compensen la inversión inicial.
– El alto riesgo percibido por los inversores, lo que se refiere al temor al aumento de los costes previstos inicialmente, a la dificultad de predecir el alcance total de las obras y su precio, o al *gap* entre los ahorros energéticos estimados y obtenidos, ya comentados en el grupo anterior.
– Insuficiencia de instrumentos financieros e incentivos atractivos para la rehabilitación, o insuficiencia de estos. En los últimos años, este aspecto se ha visto mejorado. Sin embargo, los apoyos incluidos dentro de este plan han resultado insuficientes, siendo muchos lo hogares que no han podido acceder a ellos.
– Encarecimiento de las viviendas rehabilitadas.

El siguiente conjunto de barreras es el de carácter social o comportamental. Dentro de este grupo, destacan las siguientes:

– La generalizada falta de concienciación e implicación en cuestiones ambientales que todavía existe en la sociedad.
– La falta de *alfabetización energética*. Esto se refiere a que son muchos los hogares que desconocen las tecnologías y soluciones existentes para mejorar la eficiencia energética de sus viviendas. Muchos hogares tampoco están familiarizados con los ahorros energéticos y, por tanto, económicos, que pueden obtener mediante la rehabilitación.
– La dificultad de tomar decisiones en edificios con multipropiedad. España es el segundo país de Europa tras Letonia en porcentaje de edificios plurifamiliares. Esto hace que activar un proceso de rehabilitación sea muy complejo, ya que es necesario poner de acuerdo a todos los vecinos.
– El temor por parte de los ocupantes a que las obras sean molestas y alteren su ritmo de vida.

Finalmente, se puede hablar de barreras de carácter institucional. Dentro de este grupo se puede hablar de las siguientes:

– La falta de estrategias políticas fuertes en materia de rehabilitación energética, así como carencia de una estrategia global para diseñar, priorizar, financiar e implementar rehabilitaciones energéticas, ya que la búsqueda de ahorros energéticos pocas veces desencadena proyectos de rehabilitación por sí misma.
– La complejidad de los trámites administrativos que son necesarios tanto para acceder a ayudas económicas a la rehabilitación como para la obtención de licencias.
– Los largos plazos que maneja la administración para resolver las convocatorias de ayudas.
– La falta de coordinación entre las administraciones públicas de diferentes escalas.

5. INSTRUMENTOS DE ACTUACIÓN NACIONALES UTILIZADOS PARA EL IMPULSO DE LA REHABILITACIÓN

Es importante la elaboración de un marco de gestión y financiación en el que fundamentarse para desarrollar las políticas y acciones y con el cual se busca alcanzar los objetivos relativos a la mejora de la eficiencia energética y sobreponerse a las barreras identificadas. A continuación, se describen los instrumentos de gestión, económicos, de gobernanza y normativos para la consecución de los objetivos de ahorro previstos [27]:

– Fiscalidad.

La Ley 10/2022 aprueba deducciones en el IRPF, aplicables sobre las cantidades invertidas en obras de rehabilitación.

– Medidas legislativas.

La incorporación a la legislación nacional de los nuevos requisitos en eficiencia energética y energías renovables, establecidos por las recientes Directivas europeas para los edificios, tanto nuevos como existentes, en el sector residencial, es un requisito indispensable para garantizar el éxito de los programas de financiamiento y apoyo previstos para promover la rehabilitación de viviendas.

(27) Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2024.

Es el caso de la actualización del CTE en el periodo 2000-2024, de la ERESEE 2020, del Reglamento de Instalaciones Térmicas de Edificios (RITE) adaptándose al reglamento a las normas europeas de Ecodiseño y etiquetado energético, del procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, la Ley 10/2022 y la implementación de la Directiva (UE) 2024/1275 que introduce nuevas obligaciones para los inmuebles residenciales y cuya incorporación a la legislación nacional deberá llevarse a cabo en un plazo de dos años desde su publicación, afectando a la aplicación de todas las normas mencionadas.

– Programas de apoyo público.

Los programas de ayudas a fondo perdido y de financiamiento se destinan a la rehabilitación energética de edificios residenciales existentes, con el objetivo de mejorar su calificación energética. Estos programas priorizan las intervenciones en áreas identificadas como prioritarias (barrios) dentro de la política de vivienda, mediante proyectos de rehabilitación y regeneración urbana. Además, se contemplan programas específicos (Planes Renove) para viviendas de propietarios particulares, enfocándose en la renovación de elementos como ventanas y carpinterías, cubiertas, fachadas, calderas y calentadores, entre otros.

En cualquier caso, las ayudas están condicionadas a que se alcance, como mínimo, un salto de una letra en la calificación energética o un ahorro del 30 % en términos de energía primaria. El porcentaje de ayuda se incrementa si se cumplen criterios sociales, se alcanzan altos niveles de calificación energética o si se mejoran dos o más letras en la calificación. Asimismo, se otorgan mayores ayudas a las intervenciones integrales que actúan simultáneamente sobre la envolvente del edificio y sus instalaciones térmicas.

Hasta la publicación del PNIEC 2023-2030, se han aprobado programas de ayudas a fondo perdido y de financiación para edificios de viviendas existentes que se rehabiliten energéticamente, que mejoran la calificación energética, tal y como se enunciaba en apartados anteriores de este capítulo.

Actualmente, el PRTR incluye la Componente 2, «Implementación de la Agenda Urbana Española: Plan de rehabilitación y regeneración urbana», cuyo objetivo es la rehabilitación energética de edificios, tanto residenciales como del sector terciario. El propósito energético de este plan es reducir en al menos un 30 % el consumo de energía primaria de los edificios intervenidos.

Las bases de todas estas líneas de ayuda se han diseñado en concordancia con la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024

y la Estrategia de Transición Justa, ambas aprobadas en 2019. Las intervenciones realizadas en hogares que se encuentran en situación de pobreza energética reciben un mayor porcentaje de ayuda.

– Programas de financiación.

La Componente 2 del PRTR recoge la creación de línea de avales ICO destinada a cubrir parcialmente los riesgos de los préstamos otorgados por entidades financieras privadas dirigidos a Comunidades de Propietarios, para favorecer la rehabilitación de sus edificios ya que pueden tener dificultades para encontrar dicha financiación en los canales ordinarios.

– Sistema de Certificados de Ahorro Energético.

El Sistema de Certificados de Ahorro Energético permite que los sujetos obligados del SNOEE puedan invertir en rehabilitaciones energéticas, abarcando tanto proyectos de carácter replicable como intervenciones singulares. Esto fomentará la inversión en mejoras energéticas en edificios a través de un mecanismo de certificación de ahorros energéticos.

– Información.

Se promueve la creación de oficinas de rehabilitación y se desarrollan y actualizan guías y manuales sobre aspectos relacionados con la rehabilitación energética. Además, se fortalecen los observatorios, foros y mesas de trabajo.

6. NUEVOS INSTRUMENTOS DE ACTUACIÓN PARA EL IMPULSO DE LA REHABILITACIÓN

Como se ha visto, la búsqueda de herramientas que permitan conocer y mejorar el estado de conservación, las condiciones de accesibilidad y la eficiencia energética de los edificios ha sido constante en los últimos años entre los diferentes legisladores. Sin embargo, los instrumentos empleados hasta la fecha no han logrado elevar suficientemente el ritmo rehabilitador, en algunos casos por falta de ambición y en otros por falta de confianza en los mismos.

En las siguientes líneas se exploran herramientas que pueden ser relevantes en un futuro próximo, identificando también los antecedentes de los que parten. En esta sección, la escala se amplía hasta la europea, ya

que una buena parte de los marcos e instrumentos utilizados en el plano nacional, beben de normativa e iniciativas de escala europea, que se acaban transponiendo.

6.1 **Instrumentos a gran escala**

En este apartado se recopilan iniciativas que trascienden la escala del edificio. Se incluyen en ese grupo, herramientas de escala europea, nacional-regional y de barrio.

Como se ha empezado a comentar previamente, dentro de las primeras herramientas de escala europea que surgieron se encuentran las estrategias de renovación a largo plazo –o LTRS–, que surgieron a través de la Directiva 2012/27/EU[28], que hizo obligatorio que todos los estados miembros elaborasen una estrategia para fomentar y ordenar la rehabilitación energética y que dicha estrategia fuese actualizada cada tres años. A partir de ahí, la directiva estableció el contenido que debían tener estas estrategias, incluyendo información general sobre los parques edificados nacionales, posibles aproximaciones rentables a la rehabilitación profunda, políticas y medidas para fomentar la rehabilitación profunda y estimaciones de los beneficios obtenidos, entre otros[29]. Con la Directiva (UE) 2018/844[30] se dieron nuevos pasos para definir las LTRS, con la inclusión de hitos e indicadores que permitieran medir el progreso de la descarbonización. Con todo ello, la primera entrega de las estrategias se publicó en 2014, la segunda en 2017 y la tercera y última en 2020. La ambición y calidad de las estrategias fue muy dispar en los diferentes países, pero las estrategias españolas siempre fueron reconocidas como unas de las más brillantes.

Con la aprobación de la EPBD 2024, las LTRS son sustituidas por los llamados Planes Nacionales de Renovación de Edificios (PNRE), que darán un paso adelante respecto a las LTRS, por ejemplo, al establecer el objetivo de que los parques edificados nacionales deberán estar descarbonizados para 2050 y al incluir una perspectiva del ciclo de vida de los edificios, esto es, que considerarán las emisiones producidas durante toda la vida de los edificios, sean nuevos o existentes. Los primeros PNRE deberán ser presentados por los estados miembros a final de 2025 y deberán ser actualizados cada cinco años siguiendo un modelo armonizado que garantice su comparabilidad y que esté vinculado a los PNIEC. Respecto

(28) Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2012.

(29) Beltrán-Velamazán, C.; Gómez-Gil, M.; López-Mesa, B.; Monzón-Chavarrías, M., y González González, F., *Environ. Climate Technol.,* pp. 506-515.

(30) Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2018.

a su contenido, incluirán una visión general del parque inmobiliario nacional, una hoja de ruta con objetivos establecidos a nivel nacional e indicadores de progreso medibles, una visión general de las políticas y medidas en marcha para alcanzar los objetivos establecidos, cuantificación de las necesidades de inversión y una estimación de beneficios obtenidos.

Otra cuestión fundamental que recoge la EPBD de 2024 son las ya comentadas *one-stop shops*. En la citada directiva se enuncia que no es suficiente contar con mecanismos de financiación atractivos, sino que también es necesario contar con este tipo de figuras para poder derribar las barreras a la rehabilitación, fundamentalmente aquella vinculada con la falta de concienciación hacia la rehabilitación, con el desconocimiento sobre los procesos y con las dificultades en la realización de trámites.

En el plano de la investigación aplicada, uno de los instrumentos que están tomando fuerza en la actualidad son los *Urban Building Energy Models* (UBEMs). Los UBEMs combinan datos de múltiples edificios para simular el comportamiento energético de una ciudad o barrio completo[31] permitiendo, además, analizar de forma eficiente el impacto de intervenciones de rehabilitación en todo un conjunto de edificios[32], de la construcción de nuevos barrios[33] o de la implementación de energías renovables[34].

6.2 **Instrumentos a escala de edificio**

En este apartado se abordan herramientas que pueden contribuir a fomentar la rehabilitación energética del parque edificado desde la escala de edificio. Tienen especial relevancia aquellos instrumentos que provienen de la legislación europea, no solo porque la legislación comunitaria termina transponiéndose a las legislaciones nacionales sino también porque algunas de estas herramientas están llamadas a ser comunes a todos los estados miembros, aumentando la comparabilidad entre los parques edificados de los diferentes países.

El primero de los instrumentos es el Certificado de Eficiencia Energética (CEE), que aparece por primera vez en la Directiva 2002/91/CE[35], donde se define como *«un certificado reconocido por el Estado miembro, o por una persona jurídica designada por él, que incluye la eficiencia energética de un edificio calculada con arreglo a una metodología basada en el marco general que figura en el anexo.»* Esta

(31) Beltrán-Velamazán, C.; Monzón-Chavarrías, M., y López-Mesa, B., *Heliyon,* e25473.
(32) García-Pérez, S.; Sierra-Pérez, J., y Boschmonart-Rives, J., *Build Environ*, pp. 191-204.
(33) Ang, Y. Q.; Berzolla, Z. M., y Reinhart, C. F., Appl Energy, 115738.
(34) Groppi, D.; de Santoli, L.; Cumo, F., y Astiaso Garcia, D., *Sustain Cities Soc*, pp. 546-558.
(35) Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2002.

herramienta ha ido evolucionando gracias a la matización que ha ido sufriendo por parte de diferentes directivas, como la Directiva 2010/31/UE o la Directiva (UE) 2018/844.

La relación con el fomento de la rehabilitación energética de este certificado tiene que ver, por un lado, con el hecho de que permite conocer el estado de los edificios (o sus fracciones) en materia energética y, por otro lado, con el hecho de que el CEE incluye un anexo donde el técnico redactor del documento sugiere medidas para mejorar la eficiencia energética del edificio o fracción analizados.

A pesar de la aparente utilidad de esta herramienta, también ha revelado contar con diversos problemas que no han permitido que alcance su máximo potencial. Estos tienen que ver con: la percepción extendida de esta herramienta como una traba administrativa en vez de como un elemento de utilidad; la falta de rigor detectada en muchos de los certificados, que responde en gran medida a la posibilidad de que el técnico redactor pueda escoger muchos parámetros «por defecto» e incluso realizar el certificado sin visitar el inmueble en cuestión; la falta de un modelo de CEE uniforme para toda la UE; en el plano nacional, la falta de homogeneidad en los registros autonómicos de los CEE, que son diferentes en cada comunidad autónoma, y permiten consultar diferentes datos, lo que dificulta establecer comparaciones. De hecho, se ha planteado la necesidad de establecer un registro de escala nacional; también a escala nacional, destacan los diferentes requisitos que son necesarios en cada comunidad autónoma para poder ejercer como técnico redactor del certificado.

La Directiva (UE) 2018/844, va más allá del certificado de eficiencia energética y plantea varios instrumentos novedosos, como los pasaportes voluntarios de renovación de los edificios (o BRP por sus siglas en inglés).

El BRP es definido por primera vez en la Directiva (UE) 2024/1275 como una *hoja de ruta adaptada para la renovación en profundidad de un edificio concreto en un número máximo de etapas que mejorará significativamente su eficiencia energética*. Básicamente, el BRP pretende hacer frente al problema de la falta de financiación de la rehabilitación, tratando de fomentar y estructurar la rehabilitación energética por etapas. Este tipo de rehabilitación consiste en conseguir que un edificio existente logre una alta eficiencia energética mediante varias intervenciones de rehabilitación agrupadas en fases o etapas. Estas fases se diseñan y ordenan de una forma personalizada para adaptarse a las necesidades de los promotores o usuarios. Esto implica que estas pueden planearse en el tiempo en función de los impactos que las obras puedan suponer en los usuarios o de la disponibilidad presupuestaria, de modo que se eviten altas inversiones iniciales, diluyendo la inversión a lo largo del tiempo.

El BRP es el documento donde se describen y ordenan todas las fases de la rehabilitación por etapas.

Hasta el momento existen varias iniciativas de BRP en Europa, la mayoría de ellas de escala nacional o regional. También hay algunos modelos de BRP de escala europea que son fruto de proyectos de investigación, pero todavía no existe un modelo consensuado.

En unas situación similar se encuentra el Registro Digital del Edificio o Digital Building Logbook (DBL por sus siglas en inglés), que a pesar de que fue nombrado en la *Renovation Wave*, es por primera vez definido de forma oficial en la Directiva (UE) 2024/1275, donde se describe como un *repositorio común de todos los datos pertinentes del edificio, incluidos los datos relacionados con la eficiencia energética, como los certificados de eficiencia energética, los pasaportes de renovación y los indicadores de preparación para aplicaciones inteligentes, así como los datos relativos al PCG a lo largo del ciclo de vida, que facilita la toma de decisiones informadas y el intercambio de información dentro del sector de la construcción, y entre los propietarios y los ocupantes de los edificios, las instituciones financieras y los organismos públicos*. Se espera que el DBL pueda contribuir a aumentar la tasa y calidad de la rehabilitación energética de edificios al hacer frente a la barrera de la falta de información sobre el parque edificado actual permitiendo, tanto obtener información sobre los edificios existentes para diseñar hojas de ruta de rehabilitación adecuadas, como midiendo el progreso de la descarbonización del parque construido[36].

El objetivo continental es que se implemente un modelo oficial de DBL a escala europea, compartido por todos los estados. Hasta el momento, se están desarrollando tanto proyectos de investigación como investigación independiente para avanzar en esta línea, pero su implementación efectiva todavía está lejos de ser una realidad.

Si observamos ahora el contexto español, destaca el reciente LEEx, que surgió a través del Real Decreto 853/2021[37]. El LEEx es un documento que recopila la información general de un edificio, su estado de conservación, su eficiencia energética, los manuales de uso y mantenimiento, el potencial de mejora del edificio en relación con diferentes aspectos y la hoja de ruta para su rehabilitación. Como se observa, el LEEx es similar a la combinación del BRP y el DBL recogidos en la legislación europea y tiene el objetivo de *activar la demanda de una rehabilitación energética significativa y de alta calidad en los edificios, que*

(36) Gómez-Gil, M.; Espinosa-Fernández, E., y López-Mesa, B., *Environ. Impact Assess. Rev*., 107393.

(37) Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, 2021.

permita cumplir los objetivos europeos e impulse la actividad de este sector de actividad en el medio y largo plazo. Contar con un LEEx es actualmente obligatorio para acceder a algunas ayudas económicas a la rehabilitación, como se indica en el mismo Real Decreto.

7. CONCLUSIONES

La rehabilitación energética de edificios se ha convertido en una cuestión clave en Europa, motivada por la urgente necesidad de disminuir tanto el consumo energético como las emisiones de gases de efecto invernadero generadas por el parque edificado. A pesar de la introducción de marcos legislativos y financieros diseñados para estimular este proceso, las tasas de rehabilitación siguen siendo insuficientes. Esta situación se debe a diversas barreras, que abarcan aspectos técnicos, económicos, sociales e institucionales.

Para abordar estos obstáculos, se han puesto en marcha herramientas como el Sistema de Certificados de Ahorro Energético, apoyos financieros u las oficinas de rehabilitación, entre otros, que buscan facilitar y promover la rehabilitación energética. Sin embargo, para alcanzar los objetivos climáticos y energéticos establecidos a largo plazo, es crucial redoblar los esfuerzos y potenciar la efectividad de las políticas vigentes introduciendo, además, nuevos instrumentos, tanto a escala local, nacional o europea, como a escala de edificio.

8. REFERENCIAS

Alam, M.; Zou, P. X. W.; Stewart, R. A.; Bertone, E.; Sahin, O.; Buntine, C., y Marshall, C., «Government championed strategies to overcome the barriers to public building energy efficiency retrofit projects». *Sustainable Cities and Society,* 2019, 44, pp. 56-69. https://doi.org/10.1016/j.scs.2018.09.022.

Ang, Y. Q.; Berzolla, Z. M., y Reinhart, C. F., «From concept to application: A review of use cases in urban building energy modeling», *Applied Energy*, 2020, 279, 115738. https://doi.org/10.1016/J. APENERGY.2020.115738.

Arcas-Abella, J.; Alcaraz, M.; Bas, A.; Bilbao, A.; Catalán, P.; Cunill, L., y Sauer, B., «*PAS-E Pasaporte del edificio*», 2020. www.pas-e.es.

Bagaini, A.; Croci, E., y Molteni, T., «Boosting energy home renovation through innovative business models: ONE-STOP-SHOP solutions assessment», *Journal of Cleaner Production*, 2022, 331, 129990. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2021.129990.

Beltrán-Velamazán, C.; Gómez-Gil, M.; López-Mesa, B.; Monzón-Chavarrías, M., y González González, F., «Comparison of Frameworks for the Assessment of Decarbonisation of European National Building Stocks», *Environmental and Climate Technologies*, 2023, 27(1), pp. 506-515. https://doi.org/10.2478/rtuect-2023-0037.

Beltrán-Velamazán, C.; Monzón-Chavarrías, M., y López-Mesa, B., «A new approach for national-scale Building Energy Models based on Energy Performance Certificates in European countries: The case of Spain», *Heliyon*, 2024, 10, e25473. https://doi.org/10.1016/J. HELIYON.2024. E25473.

Comisión Europea, «*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas*», 2020.

D'oca, S.; Ferrante, A.; Ferrer, C.; Pernetti, R.; Gralka, A.; Sebastian, R., y Op 'T Veld, P., «Technical, Financial, and Social Barriers and Challenges in Deep Building Renovation: Integration of Lessons Learned from the H2020 Cluster Projects», *Buildings,* 2018, 8(12), 174, https://doi.org/10.3390/buildings8120174.

García-Pérez, S.; Sierra-Pérez, J., y Boschmonart-Rives, J., «Environmental assessment at the urban level combining LCA-GIS methodologies: A case study of energy retrofits in the Barcelona metropolitan area», *Building and Environment*, 2018, 134, pp. 191-204. https://doi.org/10.1016/J. BUILDENV.2018.01.041.

Gobierno de España, «*Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España (PRTR). Componente 2. Implementación de la Agenda Urbana española: Plan de rehabilitación y regeneración urbana*», 2021.

Gómez Gil, M.; Espinosa Fernández, A., y López Mesa, B., «B3. Barreras encontradas en la rehabilitación del parque residencial rural en España», en: *Rural-REGEN Estudio sobre el estado de la rehabilitación energética de viviendas en el ámbito rural en España: diagnóstico, barreras y soluciones*, 2022, pp. 135-148. https://ecodes.org/images/que-hacemos/MITERD-2022/contaminacion/4.1_Informe_Rural-REGEN.pdf.

— «A new functionality for the digital building logbook: Assessing the progress of decarbonisation of national building sectors». *Environmental Impact Assessment Review*. 2024, 105, 107393. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2023.107393.

Groppi, D.; de Santoli, L.; Cumo, F., y Astiaso Garcia, D., «A GIS-based model to assess buildings energy consumption and usable solar energy potential in urban areas», *Sustainable Cities and Society*, 2018, 40, pp. 546-558. https://doi.org/10.1016/J. SCS.2018.05.005.

Jefatura del estado, «*Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica*», 2020.

— «*Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética*», 2021.

Jefatura del estado, «*Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*», 2022.

Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, «*Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*», 2021.

Ministerio para la Transición Ecológica, « *Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024*», 2019A.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, «*Estrategia de transición justa*», 2019B.

— «*Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030*», 2021.

— «*Real Decreto 36/2023, de 24 de enero, por el que se establece un sistema de Certificados de Ahorro Energético*», 2023.

— «*Real Decreto 986/2024, de 24 de septiembre, por el que se aprueba la actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030*», 2024.

Palm, J., y Reindl, K., «Understanding barriers to energy-efficiency renovations of multifamily dwellings», *Energy Efficiency*, 2018, 11, pp. 53-65. https://doi.org/10.1007/s12053-017-9549-9.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, «*Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativa a la eficiencia energética de los edificios*», 2002.

— «*Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición)*», 2010.

— «*Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE*», 2012.

— «*Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética*», 2018A.

— « *Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 663/2009 y (CE) n.o 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) n.o 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo*», 2018B.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, «*Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición)*», 2024.

Solá Morales, I., «Teorías de la intervención arquitectónica», *Quaderns d'arquitectura i urbanisme,* 1982, 155.

XXI

INSPECCIÓN DE VIVIENDA Y REGÍMENES SANCIONADORES

A. La inspección en materia de vivienda*

Dr. Francisco Javier Galicia Mangas
Profesor asociado Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
fgalicia@unizar.es

Resumen: *Este capítulo tiene por objeto mostrar la labor que desempeña la inspección de viviendas y edificaciones en la protección de bienes jurídicos relevantes como la seguridad e integridad de las personas, la garantía de los derechos de los ciudadanos en el uso y disfrute de una vivienda, o el cuidado del medio ambiente, entre otros. La evolución normativa en este campo nos ha llevado desde el deber básico de conservación, propio del Derecho privado, a la intervención administrativa a través de la inspección técnica de las edificaciones (ITE), centrada principalmente en el estado de conservación de los edificios. Posteriormente, se ha llegado al denominado Informe de Evaluación de los Edificios (IEE), que incluye asimismo el cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad universal y*

* Este trabajo se enmarca en las actividades realizadas por el autor dentro del Grupo ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio) reconocido por el Gobierno de Aragón (proyecto S22_23R).

la valoración del grado de eficiencia energética. La competencia en la materia pertenece fundamentalmente a las Comunidades Autónomas, si bien la labor se desarrolla en colaboración con las Administraciones locales. La inspección se realiza mayoritariamente sobre de viviendas de uso residencial colectivo, de más de cincuenta años de antigüedad, y con una periodicidad de diez años. La labor inspectora es desarrollada, en este caso, por técnicos facultativos competentes o entidades de inspección registradas.

Palabras clave: *Inspección técnica de las edificaciones (ITE); Informe de evaluación de los edificios (IEE).*

Abstract: *This chapter aims to show the work of housing and building inspection in the protection of relevant legal assets such as the safety and integrity of people, the guarantee of citizens' rights in the use and enjoyment of housing, or environmental protection, among others. The development of legislation in this field has led us from the basic duty of maintenance, which is inherent to private law, to administrative intervention through technical inspection of buildings (ITE), mainly focused on the state of conservation of buildings. Subsequently, the so-called Building Assessment Report (IEE) has been reached, which also includes compliance with the regulations on universal accessibility and the assessment of the degree of energy efficiency. The responsibility for this matter lies primarily with the Autonomous Communities, although the work is carried out in collaboration with local authorities. The inspection is carried out mainly on residential collective dwellings which are more than fifty years old and with a frequency of ten years. The inspection work is carried out in this case by competent technical experts or registered inspection bodies.*

Keywords: *Technical inspections of buildings (ITE); Building Assessment Report (IEE).*

Sumario: 1. Introducción: sobre la potestad inspectora y su relación con la vivienda. 2. Evolución normativa: del deber de conservación del Derecho privado a la actividad inspectora administrativa. 3. Reparto de competencias en materia de inspección de viviendas. 4. Legislación vigente sobre inspección de viviendas. 5. Personal encargado de la realización de la inspección técnica de las edificaciones (ITE) o del informe de evaluación de los edificios (IEE), y sujetos obligados. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA POTESTAD INSPECTORA Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA

Tal y como sostiene J. Bermejo Vera (1998: 40 y 41), en una aproximación objetiva al concepto de inspección:

> «se habla de actividad, función o potestad de inspección […] para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente […] incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas».

Así pues, tomamos como punto de partida esta consideración inicial de la actividad inspectora como una función o potestad pública, como una técnica de policía administrativa[(1)] que permite a las Administraciones públicas ejercer control sobre ciertos elementos, y que genera un deber de sujeción y colaboración en determinados sujetos, en su calidad de titulares de los bienes, objetos, actividades o instalaciones inspeccionadas, para acercarnos al régimen jurídico vigente de la inspección de viviendas en nuestro Ordenamiento jurídico.

A partir de esta perspectiva de la función inspectora, cuyo propósito es la observancia de la legalidad vigente, cabe preguntarse asimismo cuál es el fin último perseguido con dicho control. Pues bien, el fin de la actividad inspectora no es otro que garantizar bienes jurídicos especialmente protegidos por el Ordenamiento, y asegurar que los mismos tengan un cumplimiento efectivo, o como bien apunta M. Rebollo Puig (2013: 55 y ss.), «[…] lograr un adecuado equilibrio entre los poderes y las garantías; garantías no solo de los derechos de los inspeccionados sino de los mismos intereses generales y del resto de los ciudadanos […]».

Dicho esto, la cuestión que cabe plantearse pues, hace referencia a los bienes jurídicos e intereses públicos tutelados por la actividad inspectora en materia de vivienda. El campo de actuación de esta actividad inspectora se ha visto progresivamente ampliado en las últimas décadas, y probablemente aún lo será más en un futuro próximo[(2)]. Las actuaciones iniciales, centradas en el deber urbanístico de conservación o mantenimiento

(1) Véase Fernández Ramos, S. (2002: 50-52).

(2) García-Álvarez García G. (2013a: 74-75), llega a calificar la evolución normativa del deber de conservación de auténtica «hipertrofia».

de las edificaciones, se han visto ampliamente superadas por objetivos o metas enfocados a aspectos relacionados con la eficiencia energética de las viviendas, o con la protección de derechos sociales, especialmente en casos como la adaptación de viviendas y espacios comunes para personas con discapacidad o en situación de dependencia.

La conservación del patrimonio histórico y artístico ha permitido asimismo actuaciones relevantes sobre edificaciones protegidas. Y más recientemente, en relación con el derecho de acceso a la vivienda, la problemática relacionada con las viviendas deshabitadas[3], viviendas de protección oficial[4] y, sobre todo, las denominadas viviendas de uso turístico (VUT)[5], está obligando a las Administraciones públicas a intervenciones cada vez más frecuentes.

Así pues, sin ánimo de ser exhaustivos, a partir de estos sencillos ejemplos, podemos citar al menos como bienes e intereses más relevantes protegidos por la actividad inspectora en materia de vivienda, la seguridad e integridad de las personas, la garantía de ciertos derechos ciudadanos, la protección del medio ambiente, e incluso en algunos casos también, la protección de bienes artísticos y culturales, y de intereses económicos de los consumidores y usuarios (ej. inspección sobre viviendas de uso turístico).

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA: DEL DEBER DE CONSERVACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LA ACTIVIDAD INSPECTORA ADMINISTRATIVA

Antes de abordar el régimen jurídico vigente, puede ser de interés hacer una breve referencia a los antecedentes normativos de los que trae causa la actividad inspectora administrativa actual, en materia de vivienda.

El deber de conservación de los edificios y construcciones ha sido tradicionalmente una obligación vinculada al derecho de propiedad, por lo que su manifestación más elemental se encuentra originariamente en el Derecho privado, más concretamente en el artículo 389 del Código Civil (CC), que establece el deber de conservación o demolición de los propietarios de construcciones, y el artículo 391 que se remite a la regulación

(3) En relación con este tema puede verse, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

(4) Véanse, por ejemplo, los artículos 32 a 35 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, en Aragón.

(5) Puede verse al respecto la publicación de García Saura, P. J. (2022: 122 ss.).

de la responsabilidad extracontractual derivada de culpa o negligencia, haciendo responsable al propietario de un edificio «[…] de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias» (art. 1907 CC).

Al mismo criterio responden, dentro aún del ámbito del Derecho privado, la LPH (arts. 9.1.b y 10.1.a); la LAU (art. 21.1); y la LOE (art. 16), aunque quizás el elemento que más acerca el contenido de esta norma al ámbito de la labor inspectora sea la implantación en su artículo 3.º del denominado «Código Técnico de la Edificación» (CTE).

No obstante, el salto cualitativo del Derecho privado al Derecho público se realiza inicialmente a través de la legislación urbanística(6), que otorga a los municipios la potestad de supervisar el cumplimiento de la obligación de mantenimiento de las edificaciones por los propietarios y, sobre todo, a partir del desarrollo del urbanismo que podríamos denominar de conservación, en los años 80, en detrimento del conocido como urbanismo expansivo, más propio de los años 50 del siglo pasado.

Y es precisamente en este surgimiento del urbanismo de conservación en el que cobrará sentido el origen de la técnica administrativa de inspección de viviendas.

De modo muy sintético puede decirse que, a partir de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (arts. 168 a 170), se impone en el ámbito urbanístico el deber de los propietarios de terrenos, urbanizaciones, y edificaciones de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos.

El mismo camino o similar siguen otras normas urbanísticas tanto preconstitucionales como postconstitucionales(7), pero nos interesa ahora hacer referencia a la legislación vigente, es decir, al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (LSRU), en cuyo artículo 15.1 se incluye el deber de conservación de los terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones, que además forma parte del contenido del derecho de propiedad del suelo(8).

---

(6) Para una exposición más detallada de la legislación urbanística en nuestro Ordenamiento, tanto preconstitucional como postconstitucional puede verse Rodríguez Andión, R. J. (2004: 177-183).

(7) Véanse el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (arts. 181 a 183); el RDIU (arts. 10 a 28, si bien los artículos 12 a 16 están derogados); el RDLeg 1/1992, de 26 de junio (arts. 21 y 245 a 247); la Ley 6/1998, de 13 de abril (art. 19); la Ley 8/2007, de 28 de mayo; y el RDLeg 2/2008, de 20 de junio (art. 9.1).

(8) Casares Marcos, A. (2016: 26), con apoyo en la STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 34.b), considera que el deber de conservación forma parte del contenido de la función social de la propiedad, lo que a su vez «habilita la competencia estatal para regular, con carácter de mínimo, tal deber de conservación, sobre la base, en concreto, de los artículos 149.1.1.ª y 33 de la Constitución».

Una rápida observación de los preceptos estudiados en este apartado histórico nos permite concluir que, en esta primera aproximación al deber de conservación, la actuación administrativa se produce *ex post facto* (9), es decir, cuando la obra o edificación ya presenta un estado ruinoso, o de deterioro relevante, con lo que, en definitiva, se desarrolla una acción correctora de la inactividad del propietario, y con el fin primordial de evitar o prevenir daños a terceros.

No obstante, la inspección, tal y como la concebimos actualmente tiene también, y sobre todo, una finalidad preventiva (10), lo cual requiere en pura lógica una actuación *ex ante*. Y este es el paso definitivo que se dio, muy probablemente, mediante la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Comunidad Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística, actualmente derogada, en cuyo artículo 87 se estableció por vez primera en nuestro ordenamiento la inspección periódica de edificios, solución adoptada también, con posterioridad, por la normativa de las diferentes Comunidades Autónomas (CC. AA.).

Para concluir este apartado, un dato más, aunque ya se refería con anterioridad que la actividad inspectora en relación con la vivienda se ha ido ampliado progresivamente. En este sentido, y dentro del marco normativo estatal, debemos tener presente que el artículo 29.1 LSRU, avanzando un paso más en relación con la clásica inspección administrativa, regula el denominado «informe de evaluación de los edificios» (IEE) (11), expresándose en los siguientes términos:

«Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente, para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos» (12).

---

(9) Apunta en este sentido Rebollo Puig, M. (2013: 55 ss.), dos ideas relevantes que justifican en cierto modo esta fórmula de control *a posteriori* como son, por una parte el hecho de que «el Estado se haya replegado en su papel de gestor y correlativamente haya aumentado su papel de ordenador y garante», y que «[…] haya visto disminuidas sus facultades de control previo mediante autorizaciones, lo que obliga a afinar sus medios de control *ex post*».

(10) En esta idea insiste también Casares Marcos, A. (2016: 27-28).

(11) A modo de síntesis podría decirse que la inspección técnica de edificios (ITE) se centra en la evaluación del estado de conservación del edificio, mientras que el IEE incorpora asimismo el estudio de la accesibilidad y la eficiencia energética. Otra diferencia es que la ITE se aplicaría a todos los edificios, mientras que el IEE solo a edificios de uso residencial colectivo.

(12) Tanto los apartados 2 a 6 del citado artículo 29, como el artículo 30, fueron declarados inconstitucionales por STC 143/2017, de 14 de diciembre, por invadir competencias autonómicas. De conformidad con la DF 2.ª 2, el artículo 29 tendría el carácter de disposición establecida en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.8.ª y 18.ª

3. REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN DE VIVIENDAS

Siguiendo nuevamente a J. Bermejo Vera (1998: 44) puede afirmarse que:

> «la función o potestad inspectora es, en primer lugar, actividad de "ejecución", lo que teniendo en cuenta el principio constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como su mayoritaria interpretación doctrinal y jurisprudencial, significa que la inspección correspondería a las Comunidades Autónomas».

Dicho esto, podría parecer que el reparto de competencias en materia de inspección en general, y de viviendas en particular, es sencillo, pero en realidad no lo es tanto.

Abordando en primer lugar las competencias normativas en materia de inspección, como bien sostiene S. Fernández Ramos (2002: 135), «la actuación inspectora debe considerarse como una competencia conexa, instrumental o accesoria al título competencial sustantivo sobre la materia de que se trate», en este caso, vivienda. A la misma conclusión cabe llegar a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) (13).

Así pues, si atendemos a lo establecido en el artículo 148.1 CE, veremos que «las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: «Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (148.1.3.ª).

Pero no conviene perder de vista, tal y como advierte J. Bermejo Vera (1998: 43) que «la potestad de inspección, en definitiva, es principalmente una potestad consustancial a la actividad de control, siempre de trámite o interlocutoria de decisiones definitivas que se adoptan, precisamente, tras la realización material de la inspección».

Por ello, tal y como afirma S. Fernández Ramos (2002: 137):

> «el título competencial sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas –art. 149.1.18– podría legitimar al Estado para dictar una regulación básica sobre la función inspectora, sobre todo en aquellos aspectos relativos a los derechos y deberes de los ciudadanos frente a la inspección administrativa, con objeto de garantizar un tratamiento común a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas» (14).

---

(13) Así lo sostiene Fernández Ramos, S. (2002: 135-136) a partir del FJ 3.º de la STC 108/1993, de 25 de marzo. En el mismo sentido, la STC 133/1997, de 16 de julio, expone en su FJ 12.º que «las facultades de supervisión, inspección y sanción no pueden separarse de la competencia sustantiva a la que sirven […]».

(14) En relación con el régimen competencial del urbanismo en concreto, y en qué medida puede intervenir la legislación estatal, amparada en títulos competenciales del artículo 149 CE, como

Centrándonos ahora en las competencias administrativas y de naturaleza ejecutiva de las actuaciones inspectoras, debemos recordar, tal y como se dijo al comienzo de este apartado siguiendo a Bermejo Vera (1998:44), que la inspección es una actividad de ejecución[15] de la legislación vigente en la materia correspondiente y accesoria o instrumental de la misma[16].

Así pues, si la función inspectora, por ser de ejecución, reside en las Administraciones autonómicas, y las materias que nos atañen, como vivienda, urbanismo, y turismo (VUT), son de competencia exclusiva autonómica, o como en el caso del medio ambiente, el reparto competencial sigue la regla de la legislación básica estatal, y de desarrollo y ejecución por las CC. AA, fácilmente llegaremos a la conclusión de que la inspección en la materia que nos afecta es competencia de las citadas Comunidades[17].

Pero también la Administración local desempeña un papel relevante en este ámbito. Cierto es que, dejando a salvo supuestos muy concretos y limitados[18], la LrBRL no contempla referencias explícitas a favor de las Administraciones locales en materia de inspección, pero la doctrina especializada[19] entiende que dicha competencia se encuentra implícita en algunas materias, en las que además ha sido tradicional que las Administraciones locales ejerzan dicha función de control.

De hecho, recuérdese que el artículo 25.2.a de la LrBRL establece que el municipio ejerce como competencias propias, eso sí, en el marco de la legislación estatal y autonómica, las relacionadas con el urbanismo y, naturalmente, puede considerarse que esa potestad local en relación con el urbanismo lleve aparejada la función inspectora.

Pero ello puede tropezar con un inconveniente, como es la ausencia de potestad legislativa de las entidades locales, complicando su ejercicio, regulado básicamente por normas con rango de simples Ordenanzas.

Pues bien, la naturaleza meramente instrumental de la inspección, en relación con el deber de conservación previsto en el Ordenamiento urbanístico, sirvió precisamente al Tribunal Supremo (TS) para avalar la

---

la planificación general de la actividad económica, una incidencia directa y significativa sobre la economía general, o el establecimiento de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos, véase la STC 143/2017, de 14 de diciembre.

(15) Véanse, entre otras, las SSTC 143/1985, de 24 de octubre (FJ 11.º), y 96/1996, de 30 de mayo (FJ 26.º).

(16) Véase, por ejemplo, la STC 249/1988, de 20 de diciembre (FJ 1.º y 3.º).

(17) Esta idea queda corroborada por lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía en relación con la asunción de competencias. Véase por ej. el artículo 71.10.ª de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAR). La tesis es además corroborada por el TC en su Sentencia 143/2017, de 14 de diciembre (FJ 2. C).

(18) Artículo 27.2.i en relación con la «Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales»; artículo 27.2.k sobre «comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos»; o los artículos 106, 135 y 137 sobre tributos locales.

(19) Véase Fernández Ramos, S. (2002: 179).

legalidad de dichas Ordenanzas municipales, reguladoras de lo que el TS denomina «forma y modo en que el propietario demuestra que cumple el deber de conservación». Así se pone de manifiesto en el FJ 6.º de la STS de 26 de junio de 2007 (RJ 2007\8362).

Centrándonos ahora en la legislación específica de régimen local, el mismo artículo 25 LrBRL, en sus números 3 y 5, permite que las competencias municipales se determinen por ley respetando los principios de «descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera» y siempre que no se produzca «una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública». Pero, por si estos argumentos no fueran suficientes, debemos recordar asimismo que el artículo 27.1 de la LrBRL contempla la posibilidad de delegación en los municipios del ejercicio de sus competencias por parte del Estado o de las CC. AA. Y haciendo aplicación de este criterio, la legislación autonómica puede atribuir competencias inspectoras tanto a los municipios como a la misma Administración de la Comunidad Autónoma[20].

En definitiva, pues, no debe extrañarnos que las Administraciones locales puedan ejercer también competencias en materia de inspección en el tema objeto de estudio.

4. LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE INSPECCIÓN DE VIVIENDAS

Si la construcción de cualquier edificación comienza siempre por sus cimientos, bien podemos hacer el mismo planteamiento a la hora de referir la normativa vigente en materia de inspección de viviendas.

Y en este caso, los cimientos se hallan en el artículo 47 de la CE, que establece lo siguiente,

> «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Tal y como apuntaba ya en su momento M. Bassols Coma (1983:24), este mandato a los poderes públicos requiere de soluciones y técnicas

(20) Véase por ej. el artículo 264.1 DL 1/2014, de 8 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

jurídicas imaginativas, centradas no tanto en el urbanismo expansivo como en políticas de rehabilitación, en las que cabe enmarcar el origen de la técnica inspectora.

Han sido muchas y muy variadas las normas que han regulado esta cuestión[21], pero procede en un trabajo de estas características centrarnos en lo que refiere el Derecho vigente[22].

Y cabe comenzar esta referencia al Derecho vigente por el artículo 4.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en el que, con carácter general, se hace alusión a la función inspectora de las Administraciones públicas, de acuerdo con el siguiente tenor:

> «Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.
>
> 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias».

Partiendo pues de este precepto general, y para hacer un estudio comparado de la normativa vigente de las distintas CC. AA., tomaremos como referencia una serie de parámetros esenciales del contenido de la inspección, como pueden ser su obligatoriedad, la periodicidad, antigüedad y tipología de las edificaciones a las que se exige dicha inspección, o el límite del valor del deber legal de conservación, entre otros.

Veamos pues con algo más de detalle, la normativa vigente en las diferentes Comunidades[23]:

---

(21) Para un estudio más detallado de otras normas anteriores reguladoras de la inspección de viviendas en la legislación autonómica, puede verse Rodríguez Andión, R. J. (2004: 183 a 193), y de Santiago Rodríguez, E., y Jiménez Renedo, M. C. (2018).

(22) No quisiera, sin embargo, pasar por alto el intento del legislador estatal de generalización e implementación de la técnica de inspección y sus condiciones que realizó en su momento el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. No obstante, la STC 5/2016, de 21 de enero, declaró inconstitucionales y nulos los artículos 21 y 22 de la citada norma, así como su DA 3.ª y sus DT 1.ª y 2.ª, al entender que son preceptos «que se incardinan con claridad en la materia de urbanismo», por lo que «es competencia de las Comunidades Autónomas que a éstas corresponde regular», en tanto la inspección de edificios es «una técnica o instrumento propiamente urbanístico, que tiene por finalidad prevenir y controlar las irregularidades o ilegalidades urbanísticas, así como comprobar el cumplimiento del deber de conservación que corresponde a los propietarios» (FJ 4.º).

(23) La evolución normativa puede observarse a partir de los trabajos publicados por Rodríguez Andión, R. J. (2004: 183 a 189) y de Santiago Rodríguez, E., y Jiménez Renedo, M. C. (2018: 337 a 342).

Legislación vigente inspección de viviendas en las CC. AA.

– Andalucía:

• Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (arts. 145 y 147 a 150).

• Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía (art. 27) [24].

• Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (arts. 323 a 330).

– Aragón:

• Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (arts. 254 a 267).

• Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida (arts. 32 a 35) [25].

• Decreto 46/2014, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan actuaciones en materia de certificación de eficiencia energética de edificios y se crea su registro, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón (arts. 26 y 27) [26].

– Principado de Asturias:

• Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo (arts. 141 a 143 y artículos 256 a 258).

• Decreto 63/2022, de 21 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de ordenación del territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (arts. 17, 207, 325 a 331 y 340 y 341).

– Islas Baleares:

• Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears (arts. 122, 125, 126 y 162).

• Decreto 17/2016, de 8 de abril por el que se crea y regula el Registro de Informes de Evaluación de Edificios de las Islas Baleares.

(24) La inspección en este caso se refiere a la detección de viviendas deshabitadas.

(25) Tal y como advierte el título de la norma, en este caso la inspección se centra únicamente en vivienda protegida y su régimen legal.

(26) Conforme al artículo 26.1 de la norma, el objeto de la inspección en este caso no es otro que comprobar y vigilar el cumplimiento de la obligación de certificación energética de los edificios.

– Canarias:

• Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (arts. 268 a 274 y DA 3.ª).

– Cantabria:

• Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria (arts. 256 a 259, en los que se regula la inspección de carácter estrictamente urbanístico).
• Decreto 1/2014, de 9 de enero, por el que se regulan las condiciones y se crea el Registro de los Informes de Evaluación del Edificio.
• Aplicación supletoria LSRU 2015 (art. 15).

– Castilla-La Mancha:

• Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (arts. 137 a 142).
• Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida.

– Castilla y León:

• Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (arts. 8 y 110).
– Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (arts. 315 a 318 ter).

– Cataluña:

• Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (arts. 28, 30 y 108).
• Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio.

– Comunidad Valenciana:

• Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (arts. 189, 191, 289 y 290).

• Decreto-ley 3/2023, de 17 de febrero, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunitat Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario (arts. 18 a 29) (27).

• Decreto 189/2009, de 23 de octubre del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Rehabilitación de Edificios y Viviendas (arts. 12 a 15).

• Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

– Extremadura:

• Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (arts. 167, 169, 170 y 181).

• Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (arts. 207, 209, 210 y 222).

• Decreto 73/2017, de 6 de junio, por el que se determinan los órganos competentes relacionados con el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro de los Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

– Galicia:

• Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (arts. 135 y 151).

• Ley 1/2019, de 22 de abril, de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas de Galicia (arts. 5 a 10).

• Decreto 61/2021, de 8 de abril, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios y se crea el Registro Gallego de Informes de Evaluación de los Edificios.

– Comunidad de Madrid:

• Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (arts. 168, 169, 171, 190 a 192, y DA 1.ª).

(27) El objeto de la inspección en la citada norma se centra principalmente, y conforme a lo dispuesto en sus artículos. 18 y 19 en «velar por el respeto del derecho a disfrutar de una vivienda asequible, digna y adecuada»; «comprobar el cumplimiento de las leyes y del resto de disposiciones vigentes en materia de vivienda»; y en «investigar situaciones de falta de uso residencial o desocupación de inmuebles destinados a vivienda».

• Decreto 103/2016, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios en la Comunidad de Madrid y se crea el Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid (arts. 3 a 7).

– Región de Murcia:

• Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (arts. 110, 270, 271, y 297 a 300).
• Decreto 34/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios y se crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de la Región de Murcia (arts. 3, 5 y 6).

– Comunidad Foral de Navarra:

• Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (arts. 85, 198, 199, 200 y 201).
– Decreto Foral 108/2014, de 12 de noviembre, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios (arts. 2 a 11).

– País Vasco:

• Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda (arts. 41, 52 y 79 a 81).
• Decreto 117/2018, de 24 de julio, por el que se regula la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco (en especial artículos 1 a 17).

– La Rioja:

• Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (arts. 197 a 199).
• Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 36).
• Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se regula el Libro del Edificio en La Rioja. Con remisiones a normativa derogada y normativa incompleta.

Tras el estudio de la normativa vigente en los diferentes modelos territoriales, podemos afirmar que los mismos asumen de forma mayoritaria planteamientos comunes, con ligeras variaciones o diferencias:

– *La intervención administrativa en materia de inspección de vivienda ha evolucionado* desde la clásica obligación de los propietarios

en relación con los deberes de conservación y rehabilitación, controlada a través de la inspección técnica de edificaciones (ITE), a un modelo más avanzado representado por el IEE en el que se incorporan, además del citado estado de conservación, las cuestiones relativas al cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre su grado de eficiencia energética.

– *La inspección es obligatoria de manera generalizada* para las tipologías de edificación a las que posteriormente se hará referencia, aunque la legislación catalana presenta alguna peculiaridad. Se impone en este caso igualmente la inspección, pero en supuestos concretos: «si lo determinan el programa de inspecciones de la Generalidad o los programas u ordenanzas locales, y si el edificio o las viviendas del edificio deben acogerse a programas públicos de fomento de la rehabilitación» (art. 28.2 Ley 18/2007).

– En relación con la *periodicidad* de la inspección la mayor parte de los modelos estudiados se pronuncia a favor de *un plazo de diez años*, con algunas matizaciones:

• Andalucía y Galicia lo someten a la correspondiente regulación mediante ordenanza, aunque como mínimo cada diez años (art. 145 Ley 7/2021 para Andalucía y artículo 8.1 de la Ley 1/2019 para Galicia).

• Aragón amplia este plazo hasta los quince años (art. 260.1 DLeg 1/2014) y Canarias hasta los veinte (art. 269.2 Ley 4/2017).

• Asturias y La Rioja por el contrario lo reducen a cinco (art. 143.1 DLeg 1/2004 para Asturias y artículo 197.3 Ley 5/2006, para La Rioja).

• La Comunidad Foral de Navarra, incluso dentro del plazo de diez años, establece matizaciones, puesto que dicho plazo podrá reducirse en los supuestos previstos en el artículo 9.1 del Decreto Foral 108/2014[28].

• Pero la mayor peculiaridad se encuentra en la normativa catalana, puesto que el artículo 14 del Decreto 67/2015 establece plazos diferentes de vigencia del certificado de aptitud emitido tras la inspección, en función de que se hayan hallado o no deficiencias, y de la gravedad de las mismas[29].

– Si hacemos referencia a la *antigüedad de las edificaciones* sujetas a inspección, mayoritariamente la normativa se decanta por *un plazo de*

(28) Dicho precepto dispone la reducción del plazo de diez años cuando circunstancias sobrevenidas tras la evaluación modifiquen y empeoren sustancialmente las condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad, eficiencia energética y ornato existentes en el momento de emitir el informe vigente, en cuyo caso los propietarios del edificio estarán obligados a subsanar las nuevas deficiencias o someterse a nueva evaluación.

(29) Así, si en la inspección no se encuentran deficiencias o son leves, el plazo es de diez años; si las deficiencias son importantes, la inspección debe realizarse a los seis años; y si son graves o muy graves, a los tres años.

cincuenta años, desde la fecha de terminación de la construcción. No obstante, algunas CC. AA. reducen dicho plazo:

- Es el caso de la Rioja, que requiere la inspección de construcciones o edificaciones de más de treinta años (art. 197.3 Ley 5/2006).
- El Principado de Asturias, la exige a construcciones y edificaciones de antigüedad superior a treinta y cinco años (art. 143.1 DLeg 1/2004);
- Castilla y León, aplica un plazo de cuarenta años (art. 316.1 Decreto 22/2004).
- Y Cataluña, que establece los cuarenta y cinco años de antigüedad de las edificaciones (art. 4 Decreto 67/2015).

Por el contrario, se amplía el plazo de referencia de antigüedad de las edificaciones en el caso de Canarias, hasta los ochenta años (DA 3.ª Ley 4/2017). Por último, en el caso de las Islas Baleares se establecen dos plazos, uno para evaluar el estado de conservación de las edificaciones (ITE) de antigüedad superior a treinta años, y otro para valorar las condiciones de accesibilidad universal y de eficiencia energética (IEE), que afecta a las edificaciones de más de cincuenta años (art. 125.1 Ley 12/2017).

– Más compleja es la cuestión relacionada con la *tipología de edificaciones o construcciones sujetas a inspección* La fórmula más tradicional incluye las *edificaciones de uso residencial destinado a vivienda colectiva*, de antigüedad superior a cincuenta años, como ya se dijo con anterioridad, pero con ciertas matizaciones:

- Así, por ejemplo, Aragón lo circunscribe a las edificaciones de uso predominantemente residencial situadas en municipios de más de veinticinco mil habitantes (art. 260.1 DLeg 1/2014).
- El Principado de Asturias incluye las construcciones o edificaciones catalogadas o protegidas, si lo exigen los concejos (art. 143.1 DLeg 1/2004), y de forma similar Castilla La Mancha (art. 138.1 DLeg 1/2023).
- Canarias incorpora además las edificaciones de uso colectivo distinto al residencial como oficinas, centros comerciales, docentes, hospitalarios y otros análogos (DA 3.ª Ley 4/2017).
- En Castilla y León se someten a inspección las construcciones situadas en los ámbitos geográficos que se determinen reglamentariamente (art. 315 bis Decreto 22/2004).
- Cataluña incluye los edificios residenciales tanto plurifamiliares como unifamiliares, aunque en este último supuesto excluye aquellos que estén separados 1,5 metros o más de la vía pública, de zonas de uso público y fincas adyacentes (arts. 3 y 4 Decreto 67/2015).

• Comunidad Valencia, incluye en su normativa toda edificación de uso residencial, tanto unifamiliar como plurifamiliar (art. 189.2 DLeg 1/2021).

• Galicia, añade junto a los edificios de uso residencial colectivo otros edificios, cuando así lo disponga la normativa municipal según su situación, antigüedad, tipología o uso predominante (art. 7.1 Ley 1/2019).

• Madrid, que incluye asimismo entre las construcciones y edificaciones sujetas a inspección, aquellas que pretendan acogerse a ayudas públicas para acometer obras de conservación, accesibilidad o eficiencia energética, y también cuando la normativa municipal establezca especialidades en función de su ubicación, antigüedad, protección, tipología y uso predominante, o cuando así lo determinen los Servicios Técnicos Municipales por haber detectado deficiencias en el estado de conservación de un edificio (art. 2 Decreto 103/2016).

• Y la Región de Murcia, que añade a las edificaciones de tipología residencial colectiva, otras asimiladas como hoteles, residencias etc. y también aquellas edificaciones que estén incluidas en un Plan Municipal de Evaluación de Edificios, por concurrir circunstancias especiales, o cuando soliciten ayudas para acometer obras de conservación, accesibilidad o eficiencia energética (art. 4.3 del Decreto 34/2015).

– Por último, en lo que se refiere al *límite legal del deber de conservación*, que tradicionalmente se ha asociado al concepto de ruina económica, se establece casi de manera generalizada en *la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original*, en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Este criterio, absolutamente generalizado, tiene pequeñas matizaciones:

• Así, por ejemplo, se establece en algunos casos que, cuando se supere dicho límite, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general correrán a cargo de la Administración que haya impuesto su realización (ej. artículo 167.2 Ley 11/2018 para Extremadura).

• Por su parte, tanto la Región de Murcia, como la Comunidad Foral de Navarra, excluyen específicamente de la mitad del coste de reposición del bien, el valor del suelo (art. 270.3 Ley 13/2015, para Región de Murcia, y artículo 85.3 del DFLeg 1/2017, para Navarra).

• Asimismo, en algunos casos, se dispone que el incumplimiento del deber legal de conservación, mejora, rehabilitación o regeneración, eleva el límite del coste de reposición de la construcción o edificación hasta el 75% (ej. artículo 41.4 Ley 3/2015 de Vivienda del País Vasco).

5. PERSONAL ENCARGADO DE LA REALIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN TÉCNICA DE LAS EDIFICACIONES (ITE) O DEL INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS (IEE), Y SUJETOS OBLIGADOS

A diferencia de otras inspecciones en nuestro Ordenamiento, como la Inspección de Educación, de Trabajo y Seguridad Social, o de Hacienda, que tienen sus propios cuerpos funcionariales, la inspección técnica de viviendas en nuestro país no se desarrolla por parte de funcionarios públicos que respondan a esta estructura corporativa.

Alguna semejanza relativa cabría encontrar en relación con la inspección urbanística[30] que, en efecto, puede ser encomendada a personal funcionarial o adscrito de los órganos de la Administración local o autonómica, dentro de sus competencias, si bien no siempre se constituye por ello como un cuerpo propio y específico[31].

No obstante, como bien advierte J. Tejedor Bielsa (2013: 117 ss.), la «normativa autonómica y municipal tienden a remitir al sector privado, en ocasiones con un relevante papel de determinados colegios profesionales, la realización de las inspecciones técnicas y certificaciones exigibles». Y esto es así porque, como afirma el citado autor, «[…] es en este nuevo contexto en el que irrumpen con fuerza entidades privadas, en un entorno en el que el alcance y efectos de la potestad de inspección está insuficientemente desarrollado […]», llegando incluso a sustituir a la Administración, en algunos casos, en su labor inspectora.

Cuestión bien distinta, sin embargo, es la del personal encargado de la realización de la ITE, o del IEE que la ha sucedido en el tiempo[32].

De manera muy genérica la legislación atribuye la capacidad profesional para la realización de las ITE o IEE a un «técnico facultativo» o «técnico competente»[33], pero los reglamentos suelen especificar o concretar

(30) Sobre la inspección urbanística véase Tejedor Bielsa, J. (2013: 117 ss.).

(31) En este sentido encontramos fórmulas diferenciadas en los distintos regímenes autonómicos. Así por ejemplo, en el caso de Andalucía, el artículo 150 de su Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía dispone que «el desempeño de las funciones inspectoras y de disciplina territorial y urbanística que sean competencia de la Junta de Andalucía corresponde al personal funcionario de los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda […]». Sin embargo, por otra parte, el artículo 224.2 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, establece que «corresponde a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo el ejercicio de las más altas funciones inspectoras en la materia. A tal fin, designará a los funcionarios que tendrán encomendado el ejercicio de estas funciones, extendiendo la correspondiente acreditación oficial».

(32) En relación con la colaboración público-privada en el ejercicio de labores inspectoras en general véase Galicia Mangas, F. J. (2022: 128 ss.).

(33) *Vid*. artículo 269.2 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias; artículo 138.1 del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se

de forma más detallada las habilitaciones para dicha labor. Así se expresa, por ejemplo, en el artículo 325 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía:

> «Artículo 325. Técnicos competentes y normativa aplicable[34].
>
> 1. La inspección técnica de construcciones y edificaciones debe ser realizada por técnicos que sean competentes para proyectar o dirigir las obras de cada tipo de edificio, o para dirigir la ejecución de dichas obras, conforme a la legislación sobre ordenación de la edificación. No obstante, la certificación energética y la evaluación de las condiciones de accesibilidad podrán ser realizadas por un técnico diferente del que suscriba el Informe de Inspección Técnica y competente a tales efectos».

Ahora bien, la cuestión no es pacífica, y buena muestra de ello es que la redacción de alguna de estas normas ha sido declarada nula por sentencia judicial[35], y bien puede decirse que la controversia derivó, en buena medida, de los hechos y circunstancias expuestos en la STSJ de Madrid, 660/2020, de 10 de diciembre (RJCA 2021\103, FJ 2.º).

Incluso puede observarse que la competencia profesional se amplía en algunos casos a entidades de inspección registradas, mientras que, por otra parte, la norma reserva la ejecución de dichas actividades o la prestación de los servicios a unos profesionales con una titulación determinada.

Es el caso del artículo 8.1 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del

---

aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; o el artículo 260.3 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio TRLUA, entre otros. Algo más detallada es la redacción del artículo 125.1 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares, en el que se especifica que «a estos efectos se considera técnico facultativo competente, conforme a lo que establece la legislación estatal, el que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras conforme al uso de la edificación objeto de evaluación». Igualmente, puede verse el artículo 9.1 de la Ley 1/2019, de 22 de abril, de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas de Galicia.

(34) En términos prácticamente idénticos se expresa el artículo 317 bis del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León. Puede verse asimismo, el artículo 10 del Decreto 117/2018, de 24 de julio, por el que se regula la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(35) Así por ej. el artículo 8.2 del Decreto 25/2019, de 2 de abril por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla La-Mancha ha sido declarado nulo por SAN de 10 de marzo de 2021 (RJCA 2021\683, FJ 6.º). Idéntica suerte ha corrido, y por los mismos motivos, el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio de Cataluña, que ha sido declarado nulo por SAN de 28 noviembre 2018, confirmada a su vez por STS de 23 junio 2020.

edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunitat Valenciana:

«El IEEV. CV podrá ser suscrito tanto por personal técnico facultativo competente como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dicho personal. A tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación con uso residencial, según lo establecido en la LOE, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación»[(36)].

En similares términos se expresa el artículo 6 del Decreto 103/2016, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios en la Comunidad de Madrid y se crea el Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid, si bien en este caso, además, se establece la competencia para suscribir informes en relación con edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas.

Por último ya, cabe advertir que, en relación con los sujetos pasivos obligados a realizar la ITE o el IEE, la normativa es también uniforme, pues dicha obligación recae con carácter general sobre los propietarios, sean personas físicas o jurídicas, así como sobre las comunidades de propietarios o agrupaciones de comunidades de propietarios, estando además dichos propietarios obligados a facilitar el acceso al técnico competente, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre propiedad horizontal[(37)]. Incluso, en algunos casos, se especifica asimismo de manera detallada que «los sujetos obligados deberán asumir los costes para la realización de la inspección, incluido el encargo de la realización del Informe de Inspección Técnica de construcciones y edificaciones a técnico competente, y de las actuaciones que de la misma se deriven»[(38)].

(36) La SAN de 21 de octubre de 2020 declaró nulo el precepto transcrito, nulidad que fue revocada y dejada sin efecto por sentencia casacional del TS 317/2022, de 14 marzo (RJ 2022\1398). Así pues, en este caso, la Sentencia del TS admite que la norma reserve la ejecución de dichas actividades o la prestación de los servicios a profesionales con una titulación determinada (FJ 3.º).

(37) Véase a título de ejemplo el artículo 324.1 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía; el artículo 125.1 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Islas Baleares; el artículo 138.1 del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; o el artículo 315 ter del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

(38) Véase artículo 324.2 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del

BIBLIOGRAFÍA

Arana García, E. (2018), «La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 10. 2018, pp. 6-21. https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10545.

Bassols Coma, M. (1983), «Consideraciones sobre del derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85. 1983, pp. 13-42.

Bermejo Vera, J. (1998), «La Administración inspectora», *Revista de Administración Pública* núm. 147. 1998, pp. 39 .ss. Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17420.

Cantos Martín, R. (2014), *La intervención administrativa en el turismo y el impacto de sus normativas en las políticas turísticas: una visión conjunta de los ordenamientos español e italiano* (tesis doctoral). Universidad de Granada. 2014. Recuperado a partir de https://digibug.ugr.es/handle/10481/40098.

Casares Marcos, A. (2016), «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, mayo 2016, pp. 1-68. Recuperado a partir de https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284557151109/Redaccion.

Fernández Ramos, S. (2002), *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Ed. Comares, Granada. 2002.

Galicia Mangas, F. J. (2022), «Colaboración público-privada en el ejercicio de labores inspectoras: algunos problemas jurídicos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 58, 2022, pp. 128-153. Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8514000.

García Saura, P. J. (2022), «Actividad inspectora automatizada en el entorno digital. Especial referencia al ámbito de las viviendas de uso turístico». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, 2022, pp. 122-162. Recuperado a partir de https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3721402.

territorio de Andalucía. Igualmente puede verse el artículo 3 del Decreto 1/2014, de 9 de enero, por el que se regulan las condiciones y se crea el Registro de los Informes de Evaluación del Edificio en la Comunidad de Cantabria, en el que se establece lo siguiente:

«Artículo 3. Personas y entidades sujetas al deber de obtener el Informe de Evaluación del Edificio.

1. El deber de obtener el Informe de Evaluación del Edificio corresponde a sus propietarios, sean personas físicas o jurídicas, así como a las comunidades de propietarios y agrupaciones de comunidades de propietarios, que deberán asumir los costes de los informes y de la reparación de los daños detectados. El encargo de la realización del Informe de Evaluación del Edificio lo ha de realizar la comunidad o agrupación de comunidades o propietarios únicos del edificio.

2. Los propietarios del inmueble y los ocupantes de los mismos, tienen la obligación de colaborar con la inspección. A tal fin quedan obligados a facilitar a los técnicos que realicen la inspección toda la documentación necesaria, así como el acceso a las viviendas y dependencias del inmueble para posibilitar el examen».

García-Álvarez García, G. (2007), «La regulación de la inspección técnica de edificios mediante normas municipales. En particular, la Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora del deber de conservación de edificación e inspección técnica de edificios» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30. 2007, pp. 321-350.

— (2013a). «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extraordinario 15 (ejemplar dedicado a rehabilitación y regeneración urbana en España). 2013, pp. 73-108. Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5518544.

— (2013b). «El nuevo deber de conservación de los edificios», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 7. 2013, pp. 145-183. Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4721572.

Menéndez Rexach, Á. (2014), «El informe de evaluación de los edificios en la Ley 8/2013», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales,* vol. XLVI, núm. 179. 2014, pp. 63-74. Recuperado a partir de https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76289.

Rebollo Puig, M. (2013), «La actividad inspectora». Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA). Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pp. 55-116.

Rodríguez Andión, R. J. (2004), «La inspección periódica de edificios como mecanismo de aseguramiento del deber de conservación: insuficiencia de la regulación actual», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales,* vol. XXXVI, núm. 139. 2004, pp. 173-203. Recuperado a partir de https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/75451.

Santiago Rodríguez, E. de, y Jiménez Renedo, M. C. (2018). «Estudio comparado de la regulación del Informe de Evaluación de Edificios (IEE) en la normativa autonómica vigente», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales,* vol. L, núm. 196. 2018, pp. 335-356. Recuperado a partir de https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76666.

Serrano Lanzarote, B., y Sanchis Cuesta, A. (2015), «La Inspección Técnica de Edificios como herramienta de la mejora energética de la edificación existente», *Informes de la Construcción*, núm. 67 (extra1): nt003. 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.3989/ic.14.052.

Sibina Tomàs, D. (2004), «Las políticas y técnicas para facilitar la transformación sostenible del suelo urbano consolidado: examen general y su concreción en las ordenanzas municipales de inspección técnica de las edificaciones», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 6. (2004), pp. 164-190. DOI https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.6.164.

Tejedor Bielsa, J. (2013), «La función inspectora en el ámbito urbanístico». Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA). Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pp. 117-170.

B. Los regímenes sancionadores en materia de vivienda*

Juan M.ª Pemán Gavín
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
jpemang@unizar.es

Resumen: *El trabajo ofrece una panorámica general de los regímenes sancionadores aplicables en el ámbito de la vivienda, que han experimentado en las últimas décadas una notoria expansión vinculada a la copiosa legislación producida en la materia, de la que son protagonistas las CC. AA. En particular, se aborda el régimen sancionador relativo a las viviendas de protección pública, ámbito tradicional y de implantación generalizada en el ejercicio de la potestad sancionadora. Y se hace referencia también a regulaciones sancionadoras que inciden sobre otros aspectos: entre ellos, la calidad de las viviendas y su utilización y la protección de las personas vulnerables.*

Palabras clave: *Potestad sancionadora de la Administración. Regímenes sancionadores en materia de vivienda. Viviendas de Protección Oficial. Viviendas protegidas.*

* El trabajo se enmarca dentro de las actividades realizadas por el autor dentro del Grupo ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio) reconocido por el Gobierno de Aragón (proyecto S22_23R).

Abstract: *The work offers a general overview of the sanctioning regimes applicable to housing, which have experienced a notable expansion in recent decades linked to the copious legislation produced on the matter, of which the CC. AA. are protagonists. In particular, the sanctioning regime relating to publicly protected housing is addressed, a traditional area and widespread implementation in the exercise of sanctioning power. And reference is also made to sanctioning regulations that affect other aspects: among them, the quality of housing and its use and the protection of vulnerable people.*

Keywords: *Sanctioning power of the Administration. Penalty regimes in housing matters. Official Protection Housing. Protected housing.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Regímenes sancionadores que inciden sobre las viviendas sujetas a protección pública. 2.1 Preliminar. 2.2 Sobre el régimen sancionador en materia de viviendas de protección oficial establecido por la normativa estatal preconstitucional. 2.3 El régimen sancionador en materia de vivienda protegida en algunas CC. AA. 2.3.1 Madrid. 2.3.2 Aragón. 2.3.3 Cataluña. 3. Otras regulaciones sancionadoras en el ámbito de la vivienda. 3.1 Calidad de las viviendas y protección de los adquirentes y arrendatarios. 3.2 Desocupación de las viviendas y otras anomalías en su utilización. 3.3 Protección de las personas vulnerables o en riesgo de exclusión residencial. 4. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La potestad sancionadora de la Administración se configura con perfiles propios en función de las características del sector sobre el que se proyecta, lo cual se plasma en múltiples regulaciones sobre infracciones y sanciones que tienen un contenido diferenciado en cada ámbito material sobre el que inciden.

Lo que podemos denominar «parte especial» del Derecho Administrativo Sancionador predomina en realidad –de manera apabullante– en la legislación sobre infracciones y sanciones, frente a una «parte general» muy reducida, conformada por los pocos preceptos que la LRJSP dedica a la materia y por la regulación del procedimiento sancionador que contiene la LPAC. Desde esta segunda perspectiva, la LPAC contiene ciertamente reglas de mayor fuste que las escasas pautas procedimentales que

en su momento contenía la LRJAP (1992) en su regulación de la potestad sancionadora, pero no excluye ni mucho menos las numerosas particularidades que incorpora la legislación sectorial también en materia de procedimiento sancionador.

A la legislación sectorial le corresponde no solo tipificar las infracciones propias de cada materia, sin lo cual obviamente la potestad sancionadora no puede operar, sino también diseñar *ex novo* las medidas sancionadoras que pueden aplicarse en cada caso, sobre las cuales guardan un silencio casi absoluto la LRJSP y la LPAC –en las que ni siquiera hay una relación nominal de sanciones administrativas; tan solo alguna previsión aislada sobre las multas–; todo lo cual frecuentemente aparece aderezado con diversas disposiciones sobre sujetos responsables y sobre el procedimiento a seguir. Y es difícil que las cosas sean de otra manera, dada la extrema variedad de las materias sobre las que se proyecta en nuestros días la potestad sancionadora y la diversidad también de las tareas que se encomiendan a la Administración en cada sector. Pero no es menos cierto que en el actual estadio de madurez del Derecho Sancionador español resulta factible y deseable un mayor contenido en la regulación sustantiva de la potestad sancionadora que incorpora la LRJSP, como ha venido sosteniendo la doctrina.

Este predominio de lo sectorial se refleja también en el ámbito de la vivienda, cuya legislación incorpora numerosas disposiciones sobre infracciones y sanciones como respaldo al cumplimiento de las también numerosas normas que imponen cargas y deberes a los sujetos obligados y como complemento de las funciones de ordenación y vigilancia que se atribuyen a las Administraciones competentes en la materia. Siendo de notar el marcado protagonismo que corresponde a las CC. AA. en la conformación del Derecho sancionador que incide sobre la vivienda, dado que, como reiteradamente ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional, la potestad sancionadora va ligada a la competencia sustantiva sobre la materia de que se trata, pudiendo las CC. AA. adoptar normas sancionadoras cuando ostentan competencias legislativas al respecto[(1)].

En consecuencia, hoy debemos hablar en plural de «regímenes sancionadores» sobre vivienda, en la medida en que cada CA ha desarrollado una legislación sancionadora propia y no existe ya un marco común estatal, una vez arrinconada la legislación estatal preconstitucional sobre VPO. Pero la pluralidad de los regímenes sancionadores en materia de

(1) Es muy relevante en este punto la circunstancia de que el Estado carezca de un título competencial para dictar las bases o la legislación básica de la materia vivienda, lo que le permitiría establecer un esquema sancionador común, como sucede en la Sanidad, la Enseñanza, el medio ambiente o la función pública. Véase al respecto lo que se indica más adelante en la nota 49.

vivienda opera también en un segundo nivel, dado que las CC. AA. han tendido a dotarse de disposiciones sancionadoras que operan sobre bloques temáticos o «submaterias» concretas dentro del amplio abanico de cuestiones que hoy aborda la legislación de vivienda.

En este sentido, debe subrayarse que, junto a ámbitos tradicionales o consolidados en las regulaciones sancionadoras que se proyectan sobre la vivienda –como son, entre otros, los relativos a las viviendas sujetas a protección pública o a la calidad de las viviendas–, han aparecido más recientemente previsiones sancionadoras que son fruto de la marcada tendencia a la hiper-regulación y al intervencionismo creciente sobre la vivienda que ha aflorado en varias CC. AA. y que el legislador estatal ha venido a refrendar través de la LDV[(2)]. Una sobre-actuación legislativa que, sorprendentemente, ha estado unida a una infra-actuación en algunos ámbitos concretos[(3)] y cuyos resultados en términos de acceso efectivo de toda la población a una vivienda «digna y adecuada» no han sido precisamente halagüeños[(4)].

En el presente texto abordaremos en primer lugar el ámbito más tradicional y consolidado que ofrece la materia –los regímenes sancionadores relativos a las viviendas protegidas, a los que dedicaremos el apartado 2– para considerar a continuación otras regulaciones sancionadoras en materias de vivienda (apartado 3). Dejaremos en cambio fuera de nuestra indagación, tanto por razones de limitación del espacio disponible como de preservación de la unidad temática del texto, otros bloques normativos que inciden sobre la vivienda pero que tienen un radio de acción de mayor amplitud, como sucede con la legislación y el planeamiento urbanístico o con la normativa sobre barreras arquitectónicas, protección de los consumidores, o salud pública.

---

(2) Esta hiper-regulación ha sido objeto de fundadas críticas por un sector de la doctrina, del que es exponente destacado S. Nasarre Aznar, quien ha venido subrayando tanto las debilidades conceptuales y las objeciones constitucionales que plantea el exacerbado intervencionismo público aludido como, sobre todo, su ineficacia o para resolver o mitigar los graves problemas en el acceso a la vivienda que se vienen planteando en nuestro país. Véase Nasarre Aznar, S. (2024), trabajo en el que resume y completa aportaciones anteriores.

(3) Me refiero obviamente a la problemática planteada en torno a la ocupación ilegal de viviendas, en la que la sorprendente pasividad del legislador (en este caso, es el Estado el que debería haber asumido el protagonismo al respecto) ha actuado como incentivo implícito a la consolidación y extensión del fenómeno, lo cual ha sido también objeto de certeras críticas doctrinales. Entre otros muchos, cabe citar el trabajo de Cuena Casas, M. (2024) y su aproximación al tema que se contiene en el presente Tratado.

(4) Lamentablemente (capítulo XI.A), no parece que los legisladores de la vivienda hayan hecho evaluaciones serias sobre los enormes costes que conlleva la notoria inseguridad jurídica que ellos mismos han venido propiciando, por acción y por omisión; costes que no solo inciden sobre los propietarios, sino que, de una u otra manera, terminan repercutiendo también sobre los arrendatarios/inquilinos y el acceso efectivo a las viviendas (elevación del precio de los alquileres, reducción de la oferta, mayores requisitos de solvencia exigidos, etc.).

2. REGÍMENES SANCIONADORES QUE INCIDEN SOBRE LAS VIVIENDAS SUJETAS A PROTECCIÓN PÚBLICA

2.1 **Preliminar**

Dentro de las regulaciones sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la vivienda presentan una inequívoca relevancia y especificidad las que se integran dentro de la reglamentación de las viviendas de protección pública que ha venido existiendo, tradicionalmente en la legislación estatal y ahora en la autonómica.

A este respecto resulta clave sin duda la distinción entre vivienda libre y vivienda protegida, que está muy arraigada en legislación y en las políticas públicas de vivienda en España. En efecto, nuestra legislación de vivienda ha venido diferenciando nítidamente ambos tipos de vivienda sobre la base del diseño de un marco de intervención administrativa muy intenso en relación con las viviendas protegidas, tradicionalmente denominadas «viviendas de protección oficial» (VPO), cuyo objetivo es facilitar a todos el acceso al bien esencial de la vivienda a un precio asequible y con un nivel mínimo de calidad suficiente.

Con este objetivo, la legislación y los planes gubernamentales de vivienda han establecido un detallado marco regulador de la acción administrativa de fomento de la vivienda protegida a través de diversas medidas incentivadoras como son, entre otras, los préstamos bancarios en condiciones ventajosas, el otorgamiento de subvenciones, y desgravaciones fiscales, o las facilidades para la disponibilidad de suelo. Acción de fomento que ha estado unida a un régimen de intervención y control administrativo muy intenso sobre la promoción, construcción, uso y enajenación de tales viviendas: exigencia de aprobación o visto bueno de las nuevas promociones de viviendas acogidas a los sistemas de protección (calificación provisional y definitiva), limitación estricta de sus precios y dimensiones, regulación de los requisitos exigidos para el acceso a su propiedad o a su utilización mediante un contrato de arrendamiento, limitaciones en la capacidad de disposición de las viviendas por sus adquirentes, etc.[(5)]. Y como no podía ser de otra manera este sistema de intervención administrativa ha tenido como complemento la herramienta disuasoria ofrecida por las disposiciones sobre

(5) Además de la opción por el fomento de las viviendas protegidas de promoción privada, a través de promotores privados con o sin ánimo de lucro, ha existido también la promoción pública directa de viviendas de protección oficial. Véase sobre ello, dentro de una copiosa bibliografía, las exposiciones de Beltrán de Felipe, M. (2000, 79 ss.), Iglesias González, F. (2010, 349 ss.), Tejedor Bielsa, J. (2010, 309 ss.; 2012, 161 ss.) y Terol Gómez, R. (2012, *in totum*).

infracciones y sanciones que establecen un marco represor de los fraudes e irregularidades en la materia. Esto es, se ha puesto en juego la potestad sancionadora de la Administración para evitar y reprimir el incumplimiento de los numerosos requisitos y condiciones exigidos para obtener los beneficios de diversa índole establecidos en la legislación de vivienda protegida.

Durante las últimas décadas del siglo xx este régimen sancionador *ad hoc* estuvo protagonizado por las disposiciones contenidas en los artículos 153 a 170 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 1968 (RVPO)[6] completado en 1978, en plena Transición Política pero poco antes de promulgarse la Constitución, por lo establecido en el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial (art. 8) y en el RD 1348/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolló el citado Decreto-ley (arts. 56 a 59 y disp. transitoria undécima). No obstante, estas disposiciones preconstitucionales fueron desplazadas paulatinamente –a partir de la segunda mitad de los años noventa, pero sobre todo durante las primeras décadas del presente siglo– por la legislación autonómica en materia de vivienda, que fue incorporando disposiciones sancionadoras a medida que se consolidaban también los regímenes autonómicos propios de vivienda protegida[7].

Dedicaremos en primer lugar alguna atención a las disposiciones estatales citadas, cuya consideración sigue ofreciendo interés no solo por su prolongada vigencia y aplicación, sino también por constituir un tronco común que ha influenciado la legislación autonómica en vigor, de modo que su conocimiento ayuda a captar la evolución y problemática de la materia. Y posteriormente nos referimos a algunos de los regímenes sancionadores autonómicos sobre vivienda protegida, que pueden constituir una muestra suficiente a los efectos aquí pretendidos.

---

(6) Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial. Las disposiciones citadas de este Reglamento desarrollaron lo establecido en los artículos 35 a 37 del Texto Refundido de la Ley de Viviendas de protección oficial de 1963 (Decreto 2131/1963, de 24 de julio), artículos que serían incorporados con el mismo contenido y numeración al nuevo texto refundido de la Ley aprobado en 1976 (Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre; en adelante, LVPO).

(7) No plantea dudas la inserción de la política pública relativa a la vivienda protegida dentro de la materia «vivienda», que es de exclusiva competencia autonómica conforme a la Constitución y los Estatutos, sin perjuicio de la problemática incidencia de los títulos transversales del Estado que derivan de las reglas 1.ª y 13.ª del artículo 149.1 CE. De hecho, sin legislar sobre las viviendas de protección pública, el Estado ha venido desarrollando un papel relevante en la materia durante muchos años a través de los planes de vivienda con fondos estatales para su financiación. La LDV incorporó un marco legal sobre viviendas de protección pública con vocación de aplicación supletoria, pero ni siquiera ello resulta admisible, pues dicho marco legal ha sido declarado inconstitucional por el TC (STC 79/2024, de 21 de mayo, cuyo FJ 7 anula el artículo 16 y la Disp. Transitoria Primera de la LDV).

2.2 **Sobre el régimen sancionador en materia de viviendas de protección oficial establecido por la normativa estatal preconstitucional**

Como acaba de apuntarse, la normativa estatal sobre VPO estableció un marco sancionador durante los años sesenta (Ley de Viviendas de Protección Oficial de 1963 y su Reglamento de 1968) que fue modificado poco antes de promulgarse la CE (octubre y noviembre de 1978) con unas disposiciones no bien articuladas con las del Reglamento de 1968 –a las que vino a complementar sin sustituirlas globalmente– entre las que destaca una significativa elevación de las multas que podían imponerse (8).

La relevancia de este marco sancionador deriva no solo de su vigencia durante la etapa álgida en la producción estatal de VPO (años sesenta y setenta) sino de que fuera aplicado también posteriormente por las CC. AA. como legislación supletoria en el marco de los planes estatales para la construcción de vivienda protegida de los años ochenta y noventa; planes cuya ejecución correspondió a las mencionadas CC. AA. Lo cual explica una no escasa aplicación efectiva de este marco sancionador y la generación de un amplio corpus de jurisprudencia y de doctrina sobre el mismo.

La interpretación y aplicación de estas normas dio lugar a numerosas cuestiones problemáticas que ocuparon en su momento ampliamente a la jurisprudencia y la doctrina: algunas derivadas de la propia oscuridad o silencio de las disposiciones contenidas en el Reglamento de 1968 (9); otras, del deficiente ensamblaje entre la normativa promulgada en 1978 con las disposiciones anteriores (10), y otras en fin estaban relacionadas con la dudosa compatibilidad con la CE de algunos aspectos de este marco normativo sancionador preconstitucional de las VPO (11).

---

(8) El artículo 8 del Real Decreto-ley 31/1978 modificó drásticamente el importe de las multas establecidas anteriormente al elevar significativamente sus límites máximos y establecer unas cuantías mínimas aplicables respectivamente a las infracciones leves, graves y muy graves.

(9) Al respecto cabe aludir a la ausencia de un plazo de prescripción de las infracciones que planteó no pocas dificultades, en éste y otros ámbitos sancionadores, hasta que en 1992 la Ley de Procedimiento Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) estableció reglas generales al respecto. También cabe apuntar el difícil encaje de las normas sobre responsabilidad del promotor por vicios o defectos de la construcción que estableció el artículo 111 RVPO con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 155 del mismo Reglamento de que la Administración imponga a los sujetos infractores, además de las sanciones pertinentes, la realización y obras de reparación y conservación necesarias.

(10) Sobre ello, véase Beltrán de Felipe. M. (2000, pp. 96-101), quien subrayó las dificultades que generaba en particular la dualidad de regulaciones sobre tipificación de infracciones y sanciones que se superponían: la contenida en el RVPO y la que incorpora el RD 3148/1978. Véase también Terol Gómez, R. (2012, pp. 185 ss.).

(11) La opción deslegalizadora de la tipificación de infracciones y sanciones que asumieron tanto el Texto refundido de 1976 como el Decreto-ley de 1978 no planteó mayores problemas, dado el carácter preconstitucional de ambas disposiciones, pero sí que los planteaban en cambio otros

Pero más que el detalle de estas dificultades interpretativas planteadas en su momento, interesa ahora reparar en las características generales a las que responde dicha reglamentación, que de alguna manera han sobrevivido a través de la normativa autonómica en vigor. Entre ellas se encuentran sin dudas las siguientes:

a) La amplitud en la *tipificación de las infracciones administrativas* en la materia que deriva de la agregación de los tipos infractores contenidos en el RVPO (art. 153) y en el RD 3148/1978 (art. 56); tipos que se completan con la cláusula general incorporada al artículo 154 RVPO declarando sancionable cualquier incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en la materia[12].

b) La amplitud del elenco de *sujetos responsables* de las infracciones, que se corresponde con el de los sujetos vinculados por las exigencias de la normativa sobre VPO: no solo los promotores, constructores y técnicos responsables de las obras, como destinatarios primarios de las exigencias establecidas en la materia, sino también los adquirentes y usuarios de las viviendas y las empresas obligadas a construir viviendas para su personal.

c) Las *sanciones* previstas tenían carácter pecuniario, dentro de unos límites máximos y mínimos, pero a las multas podían agregarse sanciones complementarias de privación de derechos en las infracciones graves y muy graves. Sanciones estas últimas cuyo efecto disuasorio podía ser en realidad mayor que las multas: inhabilitación temporal para intervenir en VPO como promotores, constructores o técnicos, pérdida de las condiciones especiales de los préstamos, pérdida o suspensión temporal de la condición de promotor en caso de cooperativas o entidades benéficas, o descalificación de las viviendas[13].

---

preceptos como es el caso de la genérica cláusula de tipificación contenida en el artículo 154 RVPO («el incumplimiento por acción u omisión de las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de "Viviendas de Protección Oficial" se considerará como infracción, aunque no esté comprendida en el artículo anterior. Su calificación como leve, grave o muy grave se hará por el órgano que resuelva el expediente, teniendo en cuenta la trascendencia de los hechos y el grado de malicia del infractor»). También resultaban problemáticas la exigencia de previa consignación en la Caja de Depósitos del importe de las multas y otras cantidades fijadas en la resolución sancionadora como requisito para su impugnación (art. 37 LVPO) y la previsión de una responsabilidad solidaria de los infractores establecida en el artículo 155 *in fine* RVPO de acuerdo con el artículo 36 del Texto refundido. Sobre este último aspecto véase Dagnino Guerra, A. (1997).

(12) Esta calificación como infracción de los incumplimientos de las diversas obligaciones contenidas en la legislación de VPO se completaba con otras infracciones vinculadas al procedimiento sancionador: la temeridad en la formulación de denuncias, la incomparecencia no justificada para declarar en un expediente como denunciante, infractor, perito o testigo, y el incumplimiento de los requerimientos formulados al infractor por las resoluciones sancionadoras (arts. 35 LVPO,153 RVPO y 56 RD 3148/1978).

(13) Véanse especialmente los artículos 36 LVPO y 155 RVPO.

d) El régimen sancionador de las VPO habilitaba además a la Administración a imponer al infractor *medidas compensatorias en favor de terceros*; en particular, el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas de adquirentes o beneficiarios de VPO, y la realización de obras de conservación y reparación en las viviendas defectuosamente construidas así como las necesarias para acomodar la edificación al proyecto y las normas constructivas aplicables (art. 155 RVPO)[14], de modo que se encomendaba a la Administración una función tuitiva de adquirentes y usuarios de las VPO. Y se incluían también por último disposiciones detalladas sobre *ejecución forzosa* de las obligaciones dimanantes de las resoluciones sancionadoras[15].

2.3 **El régimen sancionador en materia de vivienda protegida en algunas CC. AA.**

Como se ha apuntado, a lo largo de las últimas décadas se ha producido la aprobación por las CC. AA. de una legislación sobre infracciones y sanciones en materia de vivienda protegida que ha ido desplazando a las disposiciones estatales que hemos considerado. Careciendo el Estado de competencias en materia de vivienda, no tenía sentido que actualizara su legislación sobre la materia y caía por su propio peso que debían ser las CC. AA. las que lo hicieran de acuerdo con sus propias opciones regulatorias.

Obviamente, esta legislación autonómica –que se ha promulgado en su gran mayoría ya en el siglo XXI– opera en un contexto jurídico general mucho más consolidado del Derecho Administrativo sancionador español, tras la importante jurisprudencia constitucional producida durante los años ochenta y noventa del pasado siglo y tras la consolidación de algunas pautas legales que configuran con carácter general la potestad sancionadora de la Administración; pautas legales plasmadas en su momento en la LRJAP (1992) y que actualmente están incorporadas a la LRJSP y la LPAC (2015).

---

(14) Esta previsión de que se impongan al infractor obras para subsanar defectos constructivos está vinculada a la calificación como infracción muy grave de «la negligencia de promotores, constructores o facultativos durante la ejecución de las obras que diese lugar a vicios o defectos que afecten a la edificación, que se manifiesten dentro de los cinco años siguientes a la calificación definitiva de las "Viviendas de Protección Oficial"» (153. C.6 RVPO). Véase sobre ello CUBERO MARCOS, J. I. (2009, pp. 66-68) y TEROL GÓMEZ, R. (2012, pp. 202-207).

(15) Los artículos 163 a 170 RVPO contemplaban detalladamente la ejecución de las resoluciones sancionadoras, considerando separadamente las multas, la obligación de reintegro de cantidades indebidamente percibidas, el cese de las situaciones de hecho constitutivas de infracción, la descalificación de viviendas y la inhabilitación para intervenir en la construcción de VPO. Tales disposiciones serían complementadas en 1978 con la expresa previsión de multas coercitivas como medida de ejecución forzosa en la materia (párrafos 7.º y 8.º del artículo 8 del RD-ley 31/1978 y artículo 58 RD 3148/1978).

Consideramos a continuación, como ejemplificación de la tendencia diversificadora en la materia, tres regulaciones autonómicas que corresponden a tres opciones diferentes desde un punto de vista de su contextualización legislativa: una Ley específica sobre infracciones y sanciones en materia de vivienda protegida (Madrid), una regulación de la materia que se incluye una Ley que contiene el régimen de las viviendas protegidas en la Comunidad (Aragón) y, finalmente, una regulación de la potestad sancionadora en la materia insertada en una Ley autonómica que aborda sistemáticamente los diversos aspectos del régimen de las viviendas, tanto las protegidas como las libres (Cataluña).

2.3.1 *Madrid*

En la Comunidad madrileña se promulgó la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas, con el objetivo –según se indica en la Exposición de Motivos de la Ley– de dotar a la Comunidad de una regulación completa de las infracciones y sanciones en la materia que corrigiera «los defectos que el paso del tiempo y la evolución del ordenamiento jurídico han puesto de manifiesto en la normativa hasta ahora aplicable», que era obviamente la legislación estatal a la que nos hemos referido.

El esquema sancionador establecido por esta Ley es en lo fundamental continuista con la legislación aludida si bien incorpora numerosos matices diferenciales en relación con la misma. Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

a) Por lo que se refiere en primer lugar a *las infracciones*, cabe mencionar que los tipos infractores por defectos constructivos en las viviendas protegidas se coordinan con las reglas establecidas en la LOE (1999) sobre responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Por un lado, la ley madrileña califica como infracción grave (art. 7.f) que los promotores o constructores no procedan a reparar los defectos de terminación o las deficiencias de escasa entidad que se detecten en el plazo de un año desde la calificación definitiva de las viviendas. Y por otro lado califica como infracción muy grave (art. 8.h) las actuaciones de los agentes que den lugar a los defectos constructivos contemplados en el artículo 17.1 de la LOE, esto es, a daños en los elementos estructurales de los edificios (durante 10 años) y a daños que afecten a su habitabilidad (durante 3 años) [16]. Al margen de ello, prescinde de algunas

(16) En esta regulación se aprecia con claridad cómo en las viviendas protegidas se «administrativizan» las responsabilidades por vicios constructivos. Lo que en la LOE concibe como

infracciones que establecía la legislación estatal preconstitucional como las denuncias temerarias y la no declaración en procedimientos sancionadores por parte de infractores o denunciantes (17).

b) En cuanto a la configuración de *las sanciones*, se produce una elevación sustancial de las multas respecto a las fijadas en 1978 por la normativa estatal (18), y se consagra la afectación de los ingresos correspondientes a financiar actuaciones sobre vivienda protegida (art. 9.5 de la Ley 9/2003). Y en relación con las sanciones complementarias (19), se detallan las infracciones en las que procede la aplicación de cada una de ellas –lo que redunda indudablemente en una mejora en el cumplimiento del principio de tipicidad de las sanciones respecto a lo que resultaba de la normativa estatal desplazada– y se identifican con más precisión las consecuencias que conllevan estas medidas complementarias (20).

c) Asimismo, se fijan los plazos de prescripción de las infracciones y de las sanciones (art. 14) y el plazo máximo de duración de los procedimientos sancionadores (art. 16.2), y se prevé la condonación de hasta un 25 % de las multas como incentivo económico para el pago de las mismas durante el plazo concedido para ello (art. 18).

d) Por último, la Ley madrileña incorpora también previsiones sobre las *multas coercitivas* como medio de ejecución forzosa de las obligaciones

---

una responsabilidad *civil* de los agentes que intervienen en la edificación da lugar en la Ley madrileña 9/2003 a una *infracción administrativa sancionable* por la Administración, en su caso previa denuncia, con multas y otras medidas sancionadoras (privación de derechos) que pueden imponerse a dichos agentes. Y al margen de ello, la Administración queda habilitada para exigirles la realización de las obras de reparación y conservación que resulten necesarias (art. 11.b de la Ley madrileña 9/2003), esto es, a imponerles obligaciones de hacer, a cuyo efecto dispone del mecanismo de las multas coercitivas (art. 19.2). Con independencia de que hayan quedado atrás conceptos en otro tiempo utilizados para caracterizar la relación entre la Administración y los promotores y constructores de VPO (relación especial de sujeción, ordenamiento sectorial), es obvio que el régimen de intervención administrativa es muy intenso.

(17) Cabe subrayar asimismo que la Ley madrileña, al igual que sucedía con anterioridad en la Ley asturiana 3/1995, de 15 de marzo, de sanciones en materia de vivienda y, posteriormente con la Ley aragonesa 24/2003 a la que nos referimos a continuación, carece de una cláusula general de tipificación de cualquier incumplimiento de la normativa como infracción administrativa, a diferencia de lo que sucedía con el marco sancionador estatal preconstitucional (art. 154 RVPO).

(18) El límite máximo de las multas por infracciones muy graves se sitúa en los 60.000 euros (art. 57 de la Ley 9/2003), multiplicándose por diez respecto al que se había fijado en 1978 (1 millón de pesetas).

(19) El artículo 10 de la Ley incluye como tales sanciones complementarias las siguientes: descalificación de la vivienda, pérdida de las ayudas económicas percibidas, pérdida del derecho a obtener subvenciones de la Comunidad de Madrid, e inhabilitación del promotor para acometer nuevas promociones de viviendas protegidas durante un plazo de tres a cinco años.

(20) Así, en relación con la descalificación de viviendas (art. 10.a) se mitigan sustancialmente sus efectos: conlleva la pérdida de los beneficios económicos percibidos, pero durante un lapso temporal amplio los usuarios legítimos de las viviendas mantienen los derechos derivados del régimen de protección y los propietarios de las viviendas siguen vinculados al régimen limitativo de precios aplicables a la venta o arrendamiento de las viviendas.

impuestas en las resoluciones sancionadoras; concretamente contempla su aplicación cuando tales resoluciones impongan al infractor obligaciones de hacer (obras de reparación en las viviendas) o la obligación de reintegrar a adquirentes o arrendatarios cantidades indebidamente percibidas (art. 19.2).

2.3.2 *Aragón*

En el mismo año 2003 la Comunidad de Aragón aprobó su Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida; Ley que contiene también una regulación completa de la potestad sancionadora de la Administración en materia de viviendas protegidas (arts. 41 a 61).

De nuevo se aprecian claros elementos de continuidad con la legislación aplicable anteriormente, pero las novedades son también numerosas e incluso observamos que se incrementan respecto a la Ley madrileña citada. De hecho, la ley aragonesa contiene una nueva regulación sustantiva de las viviendas protegidas en la Comunidad –con el objetivo explícito de darles un nuevo impulso en un momento en que los precios en el mercado de la vivienda libre se habían disparado–, lo que se proyecta también, como no podía ser de otra manera, sobre el régimen sancionador que contiene.

Esta incorporación de elementos novedosos sobre el régimen sustantivo de las viviendas protegidas se aprecia así claramente en la tipificación de las infracciones, que incluye conductas infractoras no existentes con anterioridad. Así, algunas referidas a las viviendas de promoción pública –opción que es objeto de regulación por la Ley junto a la promoción privada[21]–, al reconocimiento de derechos de opción de compra, tanteo y retracto a las Administraciones públicas en relación con las viviendas protegidas de promoción privada[22] o al régimen de acceso, uso y transmisión de las viviendas protegidas que establece la Ley[23]. O también, el incumplimiento de las disposiciones sobre reservas de suelo para viviendas

(21) Constituye infracción administrativa la transmisión a terceros de viviendas de promoción pública en los supuestos a los que se refieren los artículos 42.c, 43.j y 44.e.

(22) Sobre el régimen sustantivo de estos derechos reconocidos a la Administración de la CA de Aragón y a la entidad local en que radiquen las viviendas, véanse los artículos 28 a 30 de la Ley. Sobre la consideración como infracción administrativa de la omisión de las comunicaciones exigidas para facilitar el ejercicio de estos derechos por la Administración, véanse los artículos 42.d, 43.k y 44.f.

(23) Así, en relación con el uso véase lo dispuesto en el art 43.f (utilizar más de una vivienda protegida sin autorización administrativa), 43 g (no desocupar las viviendas de promoción pública cuando proceda habiendo sido requerido para ello) y 43.o (destinar las viviendas a usos distintos del domicilio habitual y permanente). Sobre el régimen de acceso, uso y transmisión de las viviendas protegidas en Aragón, véase Solana Caballero, L. J. (2010).

protegidas que incorpora la Ley[24]. Y al margen de ello, aparece también tipificado por la Ley aragonesa el incumplimiento de la normativa técnica sobre de la edificación (art. 44.h), que en la actualidad hay que entender referida al Código Técnico de la Edificación aprobado por RD 3134/2006, de 17 de marzo, que vino a sustituir a las disposiciones estatales sobre la materia vigentes con anterioridad. Código Técnico aplicable con carácter general y por tanto, también a las viviendas protegidas.

Respecto a las sanciones, se aprecia una severidad creciente en la cuantía de los límites máximos de las multas,[25] y se asume la opción incorporada a la Ley madrileña de destinar el importe de las multas a financiar actuaciones en la materia, concretamente a «las políticas públicas de suelo y vivienda» (art. 56). Influjo que se advierte también en la disposición que incentiva el pago de las multas dentro del plazo concedido para ello mediante la condonación parcial de las mismas (hasta el 50 % de la multa, según lo dispuesto en el art. 63.1)[26].

En otro orden de cosas, resultan remarcables la inclusión de numerosos elementos de graduación de la responsabilidad que se configuran como agravantes, atenuantes o circunstancias mixtas (arts. 47 a 49 y 52)[27] así como la fijación de unos plazos de prescripción de las infracciones de considerable amplitud[28].

Por último, es necesario dejar constancia de que, al margen de los procedimientos sancionadores, la Ley aragonesa contempla (art. 36 a 40)

---

(24) El artículo 44 califica como infracción muy grave vender terrenos destinados por el planeamiento a la promoción de viviendas protegidas a un precio superior al fijado conforme a la Ley (letra l) así como destinar tales terrenos a cualquier otro uso diferente del indicado (letra n). Estas infracciones deben ponerse en relación con lo establecido en el extenso artículo 5 de la propia Ley sobre reservas de terrenos para la construcción de viviendas protegidas. En relación con el marco legal de dichas reservas en la legislación estatal y en la autonómica, véase García-Álvarez, G. (2010).

(25) El artículo 51.3 de la Ley establece, para las infracciones muy graves, el límite máximo de 300.000 euros, muy por encima de Madrid (60.000) y, por supuesto, de la legislación estatal preconstitucional (6.000). Además, prevé su actualización por el Gobierno de Aragón conforme a la evolución del IPC.

(26) La Ley aragonesa habilita también a la Administración a imponer, además de las multas que correspondan, otras medidas entre las que se incluyen (art. 54) la pérdida de los beneficios de que disfrutara el infractor y la prohibición de obtenerlos de nuevo por un plazo máximo de seis años (infracciones graves) o doce años (infracciones muy graves). Asimismo, se contemplan, sin mayores especificaciones, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, el desahucio y la pérdida del derecho al uso de la vivienda.

(27) Tales elementos de graduación de la responsabilidad sancionadora ofrecen una guía para la determinación de las sanciones procedentes en cada caso sin duda más matizada que la establecida con carácter general en su momento por la LRJAP (art. 131.3) y ahora por la LRJSP (art. 29.3).

(28) Los plazos que fija el artículo 45.1 son de un año (infracciones leves), tres años (graves) y seis años (muy graves). Además, se dispone que interrumpe el plazo de prescripción la entrega del acta levantada en el curso de una actividad inspectora a las personas presentes en el lugar en el que se realice tal actividad, o la negativa de tales personas a recibirla, siempre que concurran las circunstancias exigidas por el apartado 4 del artículo 45; entre ellas, que se inicie formalmente el procedimiento sancionador en el plazo máximo de tres meses.

la adopción de *medidas de protección de la legalidad y de restauración del orden jurídico perturbado*, entre las cuales se incluyen la suspensión de actos administrativos, la paralización de obras, el precinto o retirada de materiales o maquinaria y la suspensión de suministros de energía, agua y telefonía, tanto en relación con las actuaciones en curso de ejecución como con las ya concluidas.

2.3.3 *Cataluña*

Por lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones sobre vivienda protegida en la Comunidad catalana, lo más destacable resulta sin duda su inserción dentro de la ambiciosa regulación de los diversos aspectos jurídicos de la vivienda –no solo la protegida, sino en términos generales– que llevó a cabo la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en sustitución de la que contenía la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda. La Ley 18/2007 es exponente claro no solo de la importancia que ha adquirido la problemática de la vivienda en nuestros días –sin duda se ha convertido en una de las competencias autonómicas de mayor relevancia–, sino también del progresivo intervencionismo regulatorio al que se ha sometido.

Dentro de esta ley general sobre la materia en Cataluña, objeto de numerosas modificaciones posteriores[29], interesa resaltar a nuestros efectos que existe una regulación unitaria del régimen sancionador acomodada al contenido sustantivo de la Ley[30].

Esta regulación unitaria del régimen sancionador en materia de vivienda se manifiesta así en la extensísima enumeración de conductas infractoras que contienen los artículos 123 a 125 de la Ley, que se agrupan en tres bloques, tanto para las infracciones muy graves, como en las graves y leves: 1) infracciones en materia de calidad del parque inmobiliario, 2) infracciones en materia de protección de los consumidores y usuarios de viviendas, y 3) infracciones en materia de viviendas de protección oficial (se mantiene por tanto en este punto en Cataluña la terminología tradicional). De este modo, se consigue codificar las infracciones en una única lista, pero con una separación temática en los tres grandes bloques aludidos que

(29) Un estudio pormenorizado de este texto legal en su redacción inicial se contiene en el libro colectivo dirigido por Ponce Solé, J., y Sibina Tomás, D. (2008). La versión consolidada de la Ley 18/2007 que publica el *BOE* permite fechar las 34 disposiciones y decisiones que han incidido sobre su texto hasta el momento presente (agosto de 2024), incluyendo sentencias anulatorias del TC, lo que arroja un promedio de dos modificaciones al año. Ello es sin duda indicativo de una indeseable inestabilidad regulatoria en la materia y en ocasiones también de una ostensible precipitación a la hora de abordarla.

(30) Artículos 108 a 131 integrantes del Título VI de la Ley («Del régimen de control y del régimen sancionador»).

resulta clarificadora sistemáticamente –se corresponde con la propia estructura de la Ley en sus Títulos III, IV y V– y facilita la aproximación a unas listas de infracciones de extensión abrumadora[31].

En segundo lugar, la regulación unitaria de la potestad sancionadora sobre vivienda en Cataluña se plasma en una regulación conjunta de las sanciones que se prevén (arts. 115 a 121), regulación que pivota una vez más en torno a unas multas de elevada cuantía[32] cuyo importe se destina a financiar las políticas públicas en materia de vivienda, completadas en su caso con la inhabilitación del infractor como sanción accesoria. Asimismo, hay reglas sobre prescripción de infracciones y sanciones, sobre caducidad del procedimiento sancionador, y sobre Administraciones y órganos competentes; todas ellas aplicables a los diversos supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora en materia de vivienda en cualquier de sus ámbitos.

Por último, es destacable la opción de regular, igualmente con proyección general, la adopción de lo que la Ley denomina «medidas provisionales» –al margen de las «medidas sancionadoras»–, incluyendo entre tales medidas provisionales actuaciones administrativas de muy diversa índole[33]. Algunas de ellas tienen efectivamente ese carácter provisional (la suspensión de obras y otras «medidas de cautela» contempladas en el artículo 110, o la clausura de inmuebles a la que se refiere el artículo 111)[34], pero otras en modo alguno son calificables como provisionales, como es el caso de las obras de reparación que pueden imponerse a los promotores (art. 112) –un supuesto claro de orden administrativa

(31) La Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas, introdujo un cuarto bloque de infracciones en los artículos 124 y 125 de la Ley 18/2007 (infracciones graves y leves «en materia de contención de rentas»), pero dichas infracciones fueron declaradas inconstitucionales por la STC 37/2022, de 10 de marzo, que anuló buena parte de la citada Ley 11/2020.

(32) Las multas se sitúan en unos niveles ostensiblemente elevados oscilando entre 90.001 y 900.000 euros en infracciones muy graves (art. 118.1), y pueden incrementarse además hasta absorber todo el beneficio que resulte de la comisión de una infracción (art. 118.5). Pero es remarcable el incentivo reparador que incorpora la Ley (apartado 7 del artículo 118) al prever que las multas sean objeto de condonación hasta un 80 % de su importe si los infractores han reparado la infracción objeto de resolución sancionadora. No es por tanto un descuento por «pronto pago», como en Madrid o Aragón, sino un poderoso incentivo a la conducta reparadora del infractor.

(33) El artículo 109 distingue entre las medidas provisionales propiamente dichas –suspensión de obras y clausura de inmuebles– y las que denomina «medidas de reconducción», entre las que incluye la exigencia de obras a los promotores, las «multas coercitivas no sancionadoras» (innecesaria la aclaración de su carácter no sancionador pues las multas coercitivas se conciben como un medio de ejecución forzosa y no como medidas sancionadoras) y la devolución del importe del sobreprecio cobrado. Pero a renglón seguido la sección 2.ª del Capítulo I del Título VI de la Ley (arts. 110 a 114) las incluye a todas entre las medidas provisionales.

(34) Con razón subraya Aguado i Cudolà, V. (2008, p. 759) que hubiera sido más apropiado calificar tales «medidas provisionales» como *medidas de policí*a administrativa o de restablecimiento de la legalidad, dado que su finalidad no es la de asegurar la eficacia de la resolución final de un procedimiento sancionador sino la de restablecer el cumplimiento de la legalidad y garantizar la observancia de la normativa aplicable.

de ejecución–, las multas coercitivas (art. 113) –medida instrumental para la ejecución forzosa de actos administrativos que imponen una obligación de hacer– y la devolución de las cantidades percibidas por encima de las que corresponden legalmente en la venta o cesión de VPO (art. 114). En este último caso, la exigencia de devolver dichas cantidades percibidas de los adquirentes o usuarios de las viviendas es una obligación dimanante de las resoluciones sancionadoras en caso de infracción consistente en la percepción de sobreprecio, siguiendo la tradición de la legislación estatal sobre VPO, de modo que está vinculada a un procedimiento sancionador[35].

3. OTRAS REGULACIONES SANCIONADORAS EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA

La tendencia expansiva de la legislación autonómica sobre vivienda que se ha vivido durante el presente siglo y el intervencionismo administrativo creciente vinculado a dicha tendencia han tenido como consecuencia la aparición de disposiciones sobre infracciones y sanciones que respaldan las nuevas regulaciones y poderes de intervención.

Apuntamos a continuación algunos bloques materiales en los que se han consolidado estas regulaciones sancionadoras *ad hoc* relativas a ámbitos específicos, dentro del amplísimo campo cubierto en la actualidad por la legislación de vivienda.

3.1 **Calidad de las viviendas y protección de los adquirentes y arrendatarios**

Cabe apuntar en primer lugar que, sin perjuicio de la aplicación de la densa ordenación urbanística y de la normativa estatal sobre calidad de la edificación[36], no son pocas las CC. AA. que han aprobado disposiciones

(35) Aguado, V., puso de relieve en su momento (2008, p. 762) que la Ley 18/2007 no contenía, en su versión inicial, la tipificación de la percepción de sobreprecios como infracción administrativa sancionable, lo que desvirtuaba la efectividad de la medida administrativa de devolución de tales sobreprecios –calificada por el artículo 114 como obligación de Derecho público a favor de acreedores privados por interés social– y subrayaba la necesidad de corregir esta omisión. Corrección que efectivamente se llevaría a cabo mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, que añadió un apartado *f bis* al artículo 123.3 de la Ley 18/2007, tipificando como infracción muy grave «la percepción de cualquier sobreprecio en el alquiler o venta de la vivienda protegida».

(36) En cuanto a la ordenación urbanística, la misma se contiene no solo en la Ley estatal de suelo y en la legislación autonómica sobre urbanismo, sino también en el planeamiento urbanístico aplicable en cada Municipio. La legislación estatal sobre edificación se contiene en la Ley 38/1999,

específicas sobre *calidad de las viviendas y protección de los adquirentes y arrendatarios de las mismas*, con una proyección general sobre el conjunto del parque de viviendas de la respectiva Comunidad.

Al respecto puede aludirse como ejemplo al caso de Castilla y León, cuya Ley del derecho a la vivienda (Ley 9/2010, de 30 de agosto) incorpora algunas disposiciones sustantivas sobre calidad de las viviendas (eficiencia energética, Libro del Edifico, inspección técnica de las viviendas) y sobre protección de adquirentes y arrendatarios (publicidad e información que se debe suministrar a adquirentes y arrendatarios, reservas y cantidades entregadas anticipadamente en la compra de viviendas, obligatoriedad de fianzas en contratos de arrendamiento y depósito de las mismas, etc.) que están respaldadas por las correspondientes disposiciones sancionadoras. En este sentido, se incluyen en la enumeración de infracciones algunas relativas al incumplimiento de las disposiciones sustantivas aludidas (art. 102, apartados *l, m, n, p* y *q*, artículo 103, apartados *h, i, m, n, o, p, q, r, s* y *t*, y artículo 104, *e*) las cuales se cierran con una cláusula general que califica como infracción leve «el incumplimiento de cualquier obligación impuesta por la presente Ley y que no tengan la calificación de muy grave o grave» (art. 104.g) [37] [38].

3.2 **Desocupación de las viviendas y otras anomalías en su utilización**

Otro espacio consolidado en el Derecho sancionador aplicable a las viviendas tiene que ver con la utilización de las mismas y, especialmente, con su falta de ocupación o uso efectivo.

A este respecto cabe indicar que son diversas las CC. AA. que han afrontado la problemática de las v*iviendas desocupadas* a través de un conjunto de medidas de diversa índole dirigidas a promover su ocupación efectiva, entre las que se encuentran las de carácter sancionador.

---

de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y normativa complementaria, entre la que destaca el Código Técnico (RD 314/2006, de 17 de marzo).

(37) Un esquema similar está en la base de las exigencias sobre calidad de las viviendas y derechos de compradores y arrendatarios de las mismas que contiene la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana (Títulos II y III) y en algunas de las infracciones que se tipifican en sus artículos 67, 68 y 69. Sobre las disposiciones relativas a la calidad de la vivienda en Cataluña, véase Sibina Tomás, D., «La calidad del parque inmobiliario» (2008a, pp. 347 ss.).

(38) Por lo que se refiere en particular a las fianzas en contratos de arrendamiento, hay algunas CC. AA. que tienen una Ley específica al respecto, como es el caso de Aragón (Ley 10/1992, de 4 de noviembre) o Madrid (Ley 12/1997, de 4 de junio); Leyes que cuentan con preceptos sobre infracciones y sanciones relativos a esta materia tan concreta.

En este sentido, la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía ofrece un buen ejemplo al respecto, dado que focaliza su atención en esta cuestión, dedicándole un extenso tratamiento. Dicha Ley parte de un concepto legal de vivienda deshabitada (art. 25), detalla el procedimiento contradictorio para la declaración de una vivienda como deshabitada (arts. 27 a 40) y crea el Registro de Viviendas Deshabitadas (art. 41). Y sobre esta base, contempla diversas medidas de fomento de la ocupación de las viviendas, entre ellas la intermediación en el mercado de alquiler y la cesión temporal de las viviendas a la Administración para su gestión en dicho mercado (arts. 42 a 47 bis) así como también el ejercicio de poderes de inspección[39] y de sanción en relación con las viviendas deshabitadas.

En relación con este último aspecto –ejercicio de la potestad sancionadora– resulta remarcable que se califique como infracción administrativa muy grave el hecho de «no dar efectiva habitación a la vivienda», siempre que su titular sea una persona jurídica (art. 25, apartados 5 y 6 y artículo 53.1.*a*) –lo que deja fuera objetivamente a las personas físicas e introduce un discutible elemento de desigualdad jurídica[40]–, considerándose agravante tener tres o más viviendas deshabitadas (art. 60.*h*), en cuyo caso debe imponerse la sanción en su grado máximo por cada una de las viviendas. Por otro lado, se califican como infracción grave diversas conductas relativas a la obstrucción de las funciones de información e inspección que se atribuyen a la Administración en la materia (art. 53.2.*c)*[41].

Menos habitual es que la legislación de vivienda establezca medidas sancionadoras respecto de otras situaciones vinculadas a la ocupación de las viviendas consideradas anómalas como es el caso de la *sobreocu-*

(39) El artículo 48.1 de la Ley enfatiza el objetivo de evitar las viviendas deshabitadas como función propia de la inspección en la materia.

(40) Basta por tanto con una vivienda deshabitada de la que sea titular una persona jurídica para que se cometa la infracción muy grave; en cambio una persona física no la puede cometer cualquiera que sea el número de viviendas deshabitadas que tenga. Si la fundamentación de la obligación de dar uso efectivo a las viviendas está en la función social de la propiedad, no se entiende que esta función social solo exista en el caso de las personas jurídicas. Véase en este sentido Moreu Carbonel, E.(2018, p. 65).

(41) Otras CC. AA. han establecido, como es bien sabido, desincentivos de otra índole a la existencia de viviendas desocupadas. Entre ellos se encuentran la fiscalidad específica sobre viviendas vacías y la expropiación o arrendamiento forzoso de las mismas. Sobre estas medidas, que se introdujeron en su momento con notoria precipitación y pensando más en su impacto mediático a corto plazo que en su efectividad, véase Pemán Gavín, J. M. (2020, pp. 131-136) y la bibliografía que allí se cita, de tono marcadamente crítico. También los trabajos de Argelich Comelles, C. y Urbano Sánchez, L.. incluidos en esta misma obra colectiva relativos, respectivamente, a la movilización de las viviendas vacías y a su fiscalidad específica. En relación con este último aspecto, el legislador estatal ha incidido últimamente sobre el mismo a través de la Disp. Final tercera de la LDV, en la que se habilita a los Ayuntamientos a exigir recargos en el IBI de viviendas desocupadas y se fijan pautas legales al efecto.

*pacio*n de las mismas, o de las denominadas *infraviviendas*, pero hay alguna Comunidad que sí lo hace, como sucede en Cataluña (42) o la Comunidad Valenciana (43).

Por último, procede dejar constancia de que la profusa legislación autonómica sobre viviendas de uso turístico incorpora también previsiones de carácter sancionador. Esta normativa tiene que ver obviamente con la utilización de las viviendas, pero su entronque principal se sitúa en la materia competencial «turismo» y en la legislación correspondiente (44).

3.3 **Protección de las personas vulnerables o en riesgo de exclusión residencial**

Como no podía ser de otra manera, la preocupación por el acceso a la vivienda de los colectivos vulnerables o en riesgo de exclusión recorre también la legislación estatal y autonómica en materia de vivienda: especialmente desde la crisis inmobiliaria y financiera iniciada en 2009. El énfasis legislativo está puesto aquí obviamente en medidas de otra índole (parques públicos de viviendas, viviendas protegidas, servicios sociales,

(42) La Ley 18/2007 de Cataluña define el concepto de *sobreocupaci*ón con referencia a los estándares de superficie por persona fijados como condiciones de habitabilidad (art. 3.e, si bien admitiendo una cierta flexibilidad para unidades de convivencia con vínculos de parentesco) y califica dicha situación como una modalidad de «utilización anómala» de la vivienda (art. 41) contemplando diversas medidas correctoras al respecto (art. 43). Adicionalmente, establece que comete infracción grave quien promueve la sobreocupación (art. 124.1 h) y muy grave quien sea promotor y responsable de una sobreocupación que ponga en riesgo la seguridad de las personas (art. 123.1.i). Véase al respecto Sibina Tomás, D.(2008b).

Por lo que se refiere al concepto de *infravivienda* (art. 3.f: el inmueble que «careciendo de cédula de habitabilidad y no cumpliendo las condiciones para su obtención, se destina a vivienda»), también se considera una situación anómala (art. 41) que es objeto de medidas correctoras (art. 44) y de previsiones sancionadoras. En este último aspecto, se tipifica como infracción muy grave la conducta consistente en «explotar económicamente» las infraviviendas (art. 123.1.j).

Respecto a la *ocupación* de una vivienda *sin título* habilitante para ello, lo sorprendente es que solo se califique como «utilización anómala» en aquellos casos que «alteren la convivencia o el orden público o que pongan en peligro la seguridad o la integridad del inmueble» (art. 41.1c), lo que implica que el legislador catalán asuma como normales las ocupaciones ilegales en cualquier otra hipótesis. Pero ni siquiera la situación aludida –ocupaciones ilegales que alteran el orden público o ponen en riesgo la seguridad del inmueble– constituye infracción administrativa sancionable, pues no se incluye en la larga lista de infracciones de los artículos 123 a 125.

(43) En esta Comunidad, incide sobre la cuestión el Decreto-Ley 3/2023, de 17 de febrero; en particular, los artículos 2 (apartados 9 y 10) y 32.2.*k* y *m* de esta disposición.

(44) Véase sobre este punto Monotoya Martín, E., y Fernández Scagliusi, M. A. (2018, pp. 99 ss.), quienes ponen de relieve que la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico contiene por lo general escasas disposiciones de carácter sancionador remitiéndose al efecto a la legislación sobre turismo de la correspondiente Comunidad. No obstante, son varias las CC. AA. que contemplan expresamente como infracción grave la oferta ilegal o la prestación clandestina de servicios turísticos, entendiendo por tales aquellos que se prestan por su titular sin haber presentado declaración responsable ni comunicación previa.

subvenciones y ayudas púbicas, etc.), pero se hace uso también de la imposición de cargas y obligaciones a determinadas empresas y propietarios de viviendas cuyo cumplimiento está respaldado por preceptos legales que habilitan a la Administración a ejercer la potestad sancionadora.

Cabe citar así las disposiciones dictadas por el Estado para proteger a los deudores hipotecarios sin recursos o vulnerables que se imponen a las entidades de crédito que hayan asumido los denominados «Códigos de Buenas Prácticas» que se aprobaron en 2012 y en 2022 (45), las previsiones sobre pobreza energética que obligan a suministradores de agua potable, gas y electricidad a las viviendas (46), las medidas para evitar desahucios mediante propuestas de alquiler social que deben ofrecer los propietarios en ciertos casos (47), o la prohibición de que los arrendadores de vivienda establezcan condiciones de pago o de garantía insólitos o poco habituales que provoquen la imposibilidad de acceder a la vivienda para colectivos particularmente vulnerables (48). Medidas que están respaldadas en todos los casos, como se ha indicado, por preceptos legales de carácter sancionador.

4. CONSIDERACIONES FINALES

De cuanto queda dicho se infiere claramente en primer lugar el protagonismo casi absoluto que corresponde actualmente a los legisladores au-

(45) Véase el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado en diversas ocasiones, que incluye como anexo el «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual». Más recientemente, el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, estableció un nuevo Código de Buenas Prácticas, esta vez «para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual». La adhesión a estos Código y sus modificaciones ha venido siendo formalmente voluntaria para las entidades de crédito, pero resultan de cumplimiento obligatorio para los Bancos y Cajas adheridas, quedando tales entidades sujetas a supervisión por el Banco de España también en esta materia y a las sanciones que deriven del incumplimiento de los mencionados Códigos. Sobre esta modalidad de protección de los deudores con hipoteca sobre su vivienda habitual, véase el estudio de Alonso Pérez, M. T. (2024).

(46) En el caso de Aragón, véase la Ley 9/2016, de 3 de noviembre, de reducción de la pobreza energética, cuyo artículo 14 tipifica como infracciones sancionables el incumplimiento por los suministradores de ciertos deberes que se les imponen. Y en la Comunidad Valenciana, cabe citar la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda, cuyo artículo 33 tipifica como infracción muy grave determinados incumplimientos por las empresas suministradoras en materia de pobreza energética (apartados *e* y *f*).

(47) Véase artículo 5 de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, así como las infracciones graves que se contienen en los apartados i y l del artículo 124.2 de la Ley 18/2007.

(48) En la Comunidad Valenciana esta conducta constituye una infracción grave (art. 32.2.*l* del Decreto-Ley 3/2023, de 17 de febrero). En el caso de que sea un gran tenedor de viviendas el que la realice, la infracción se califica como muy grave (art. 32.3, apartado *i* de la misma disposición).

tonómicos en el Derecho sancionador que gira en torno a la vivienda como objeto de numerosos derechos y de obligaciones no menos numerosas. Una vez desplazada la legislación estatal sobre viviendas de protección oficial por la correspondiente legislación autonómica, apenas se pueden citar hoy disposiciones sancionadoras estatales que incidan sobre la vivienda. De hecho, la LDV carece de disposiciones sancionadoras en la versión que finalmente se aprobó, de la que eliminó un artículo del Proyecto de Ley (el 38) que incorporaba muy limitadas previsiones sobre infracciones y sanciones.

Como efecto inevitablemente unido a este protagonismo autonómico en la materia, se detectan divergencias crecientes entre lo que es susceptible de sanción en unos y otros lugares, sin perjuicio de que se mantengan ciertas inercias en algunos aspectos y de que existan los habituales mecanismos de influjo entre Comunidades. La inexistencia de una competencia estatal para dictar las bases o la legislación básica en materia de vivienda aboca necesariamente a este resultado, al determinar la ausencia de parámetros de referencia comunes en la legislación estatal que permitirían fijar límites a las opciones sancionadoras autonómicas[49].

El mayor o menor despliegue del recurso al Derecho sancionador que llevan a cabo las CC. AA. en su legislación de vivienda está unido, por supuesto, al grado de intervencionismo que la impregna y al mayor o menor ímpetu reglamentador que han asumido en cada caso en los últimos años. Lo que evidencia el carácter instrumental que tiene tal Derecho sancionador como mecanismo coercitivo que no siempre reprime conductas dotadas de un desvalor ético-social importante y ampliamente compartido, sino que opera en muchos casos como herramienta complementaria y de cierre al servicio de la efectividad de las políticas públicas en muy diversos frentes. Ello permite explicar la considerable distancia de lo que es sancionable, por ejemplo, en Cataluña o la Comunidad Valenciana –exponentes

(49) La jurisprudencia constitucional se ha referido en diversas ocasiones a la existencia de límites constitucionales a la legislación sancionadora autonómica. En concreto, ha venido afirmando (desde la ya lejana STC 87/1985, de 16 de julio) que dicha legislación no puede introducir «divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» y que las CC. AA. no pueden «introducir tipos ni imponer sanciones que difieran sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio», apoyando tales afirmaciones en el título competencial del Estado de carácter trasversal contenido en el 149.1.1.ª CE (igualdad en las condiciones básicas de los derechos constitucionales). Pero en la práctica estos límites solo han resultado operativos y efectivos cuando existe una competencia estatal para la regulación básica de la materia que permite establecer un esquema sancionador común, como sucede en la sanidad, el medio ambiente o la función pública, pero no es el caso de la vivienda. Así lo pone de manifiesto el reciente estudio de Casino Rubio, M. (2023) sobre los límites competenciales de las normas sancionadoras autonómicas; estudio en el que se expone minuciosamente la no escasa jurisprudencia constitucional producida al respecto. Por lo que se refiere al procedimiento sancionador, sigue siendo de interés la exposición de Oliván del Cacho, J. (1996).

claros de una tendencia hiper-regulatoria en la materia–[50] y en Comunidades como Madrid o Castilla y León, cuya legislación hace un uso más modesto de las regulaciones sancionadoras. Contraste que permite identificar también situaciones intermedias como es el caso de Aragón.

Por lo demás es también observable en el conjunto de la legislación considerada que la potestad sancionadora tiende a concebirse como uno más entre otros mecanismos coercitivos que respaldan las normas que imponen obligaciones o prohibiciones a los sujetos obligados a cumplir la frondosa normativa sobre vivienda en vigor. En efecto, la potestad sancionadora que incide sobre las viviendas viene a concebirse muy frecuentemente en conjunción con otras potestades que se atribuyen a las Administraciones competentes, que están también muy extendidas, como es el caso de las órdenes de ejecución con requerimientos de actuación a los sujetos obligados a cumplir, las multas coercitivas, los impuestos con fines extra-fiscales, o la amenaza de expropiación o arrendamiento forzoso de las viviendas.

Obviamente, se incluyen también en la legislación estudiada una panoplia de previsiones sobre medidas de fomento de diversa índole o de servicio público –«servicios de interés general», en la terminología que se ha consolidado con la LDV–, como corresponde a una materia que conlleva inequívocos aspectos sociales y prestacionales, lo cual queda cumplidamente reflejado en el propio índice de este Tratado.

BIBLIOGRAFÍA

Aguado i Culolà, V. (2008), en J. Ponce Solé y D. Sibina Tomás (dirs.), *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e intern*acional, Marcial Pons, pp. 753 ss.

Alonso Pérez, M. T (2024), «El Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-Ley 19/2022, como mecanismo de protección dispensada ante la subida de los tipos de interés a los deudores de préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual», en el vol. col, dirigido por L. C. Mate Satué y otras, *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre*, Ed. Aranzadi, pp. 101 ss.

Beltrán de Felipe, M. (2000), *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

(50) El uso en no pocos casos del Decreto-ley en estas Comunidades, aunque no solo en ellas, para la tipificación de nuevas infracciones es síntoma elocuente de la precipitación y búsqueda de impactos políticos a corto plazo con la que se ha actuado frecuentemente; algo nada deseable con carácter general, pero especialmente en materia sancionadora.

Casino Rubio, M. (2023), «Los límites competenciales de las normas sancionadoras autonómicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, 63 (2023).

Cubero Marcos, J. I. (2009), «Cuestiones jurídicas controvertidas en torno a las viviendas protegidas, es especial las deficiencias de construcción», RVAP, 84, pp. 53 ss.

Cuena Casas, M. (2024), «¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda?», en el vol. col, dirigido por L. C. Mate Satué y otras, *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre*, Ed. Aranzadi, pp. 225 ss.

Dagnino Guerra, A. (1997), «Consideraciones sobre la solidaridad en el Derecho Administrativo sancionador: en especial, el régimen sancionador en materia de viviendas de protección oficial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 158, pp. 65 ss.

García Álvarez, G. (2010), «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en F. López Ramón (dir.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Ed. Marcial Pons, pp. 383 ss.

Iglesias González, F. (2010), «La planificación de la vivienda protegida», en F. López Ramón (dir.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid», en pp. 349 ss.

Lopez Ramón, F. (dir.) (2010), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Ed. Marcial Pons.

Montoya Melgar, E., y Fernández Scagliusi, M. A. (2018), «El régimen administrativo de las viviendas de uso turístico: la inspección y el régimen sancionador», en el vol. col. dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Editorial Reus, Madrid.

Moreu Carbonell, E. (2018), «Viviendas vacías» en M. T. Alonso Pérez (dir.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Ed. Aranzadi, pp. 27 ss.

Nasarre Aznar, S. (2024), «Los retos de la vivienda tras quince años de crisis y la Ley 12/2023», en el vol. col, dirigido por L. C. Mate Satué y otras, *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre*, Ed. Aranzadi, pp. 33 ss.

Oliván del Cacho, J. (1996), *Procedimiento Sancionador y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona.

Pemán Gavín, J. M. (2020), *Banca, Derecho y sociedad en tiempos convulsos. Sobre la necesidad de recuperar la ecuanimidad en el tratamiento del sector financiero,* Marcial Pons.

Ponce Solé, J., y Sibina Tomás, D. (dirs.) (2008), *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e inter*nacional, Marcial Pons.

Sibina Tomás, D. (2008a), «La calidad del parque inmobiliario», en el vol. col. dirigido por Ponce Solé, J. y Sibina Tomás, D., *El derecho de la vivienda en el siglo xxi,* cit., pp. 347 ss.

– (2008b), «La utilización anómala de las viviendas: la desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda», en el vol. col. dirigido por J. Ponce Solé, J. y Sibina Tomás, D., *El derecho de la vivienda en el siglo xxi,* cit. pp. 463 ss.

Solana Caballero, L. J. (2010), «Régimen del acceso, uso y transmisión de las viviendas protegidas en Aragón», en F. Lopez Ramón, (dir.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Ed. Marcial Pons. pp. 411 ss.

Tejedor Bielsa, J. (2010), «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en F. López Ramón (dir.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, pp. 309 ss.

– (2012), *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid.

Terol Gómez, T. (2012), *Régimen básico de las viviendas protegidas*, Aranzadi, Cizur Menor.

XXII

FISCALIDAD DE LA VIVIENDA

A. Adquisición y tenencia en propiedad de la vivienda

José María Salcedo Benavente
Abogado especialista en Procedimiento Tributario
Socio Director de «Salcedo Tax Litigation»

Resumen: *Este trabajo analiza los impuestos que gravan la adquisición de una vivienda habitual, en función del negocio jurídico utilizado para adquirir su propiedad. Además, se analizan los impuestos que gravan la simple propiedad del inmueble, siempre y cuando el inmueble no sea enajenado.*

Palabras clave: *Vivienda habitual, adquisición, compra de la vivienda, IRPF, ITP, IVA, ISyD, IIVTNU, tenencia en propiedad, Impuesto sobre el Patrimonio, IBI.*

Abstract: *This work analyzes the taxes levied on the acquisition of a habitual residence, depending on the legal transaction used to acquire your property. In addition, the taxes levied on the simple ownership of the property are analyzed, as long as the property is not transferred.*

Keywords: *Habitual residence, acquisition, home purchase, personal income tax, ITP, VAT, ISyD, IIVTNU, ownership, Wealth Tax, IBI.*

Sumario: 1 Adquisición de la vivienda habitual. 1.1 El IRPF en la adquisición de la vivienda habitual:: la deducción por inversión en vivienda. 1.2 El ITPAJD en la compra de vivienda habitual. Introducción: supuestos de sujeción al ITPAJD, e incompatibilidad con el IVA. 1.2.1 Tipo impositivo y beneficios fiscales en la modalidad de TPO y AJD por la compra de vivienda. 1.2.2 La ventajosa fiscalidad de las operaciones de extinción de comunidad sobre una vivienda. 1.2.3 La base imponible del ITPAJD, antes y después de la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude. 1.2.4 La aplicación del valor de referencia de Catastro y sus posibilidades de impugnación. 1.2.5 Comprobación del valor declarado por el contribuyente. Principales métodos utilizados y vías de impugnación. 1.3 El IVA en la compra de la vivienda habitual. Sujeto pasivo y tipo impositivo. 1.3.1 Supuestos de exención. 1.4 El ISyD en la compra de la vivienda habitual. Aplicación del valor de referencia. 1.5 El IIVTNU en la adquisición de la vivienda habitual por herencia o donación. 2. Tenencia en propiedad de la vivienda habitual. 2.1 Imputación de rentas en el IRPF, supuestos de aplicación. 2.2 La vivienda habitual en el Impuesto de Patrimonio y en el Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas. 2.3 El Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI).

1. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL.

Se entiende por adquisición de vivienda habitual aquélla que, realizada por compraventa, permuta, herencia, legado, donación, o como consecuencia de ciertos actos y contratos mediante la tradición (art. 609 del Código Civil), permite adquirir la plena propiedad o dominio sobre la misma, aunque sea de forma compartida. Queda fuera, por tanto, del concepto de adquisición de vivienda a efectos tributarios, la adquisición de la nuda propiedad o de otros derechos reales de goce y disfrute sobre la misma como puede ser el usufructo.

Además, la normativa del IRPF, que es la que en defecto de una regulación general define el concepto fiscal de vivienda habitual, asimila a la adquisición de la vivienda habitual otras figuras como son la de la construcción o ampliación de la vivienda o su rehabilitación. Y también a las obras de adecuación de la misma.

En definitiva, como para adquirir la vivienda habitual es necesario algún negocio jurídico traslativo del dominio, los impuestos que afectan a la adquisición de la vivienda son los que gravan precisamente la transmisión por la que se adquiere la propiedad. Éstos son el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), y el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Además, si la adquisición se realiza a título gratuito también se producirá un gravamen en sede del adquirente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD) y en el Impuesto

sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (II-VTNU), por la parte correspondiente al terreno.

No obstante, algunos tributos como el IRPF, aunque no gravan propiamente la adquisición de la vivienda, sí contienen importantes beneficios fiscales asociados a dicha adquisición, como es la deducción por inversión en vivienda habitual. Por ello, conviene detenerse un momento a hablar de este beneficio fiscal.

1.1 El IRPF en la adquisición de la vivienda habitual: la deducción por inversión en vivienda

Hablar de la deducción por inversión en vivienda supone hablar de un beneficio fiscal que en la actualidad ya no existe, porque fue suprimido por Ley 16/2012, de 27 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero de 2013. Sin embargo, esa misma norma estableció un régimen transitorio que permite a los contribuyentes que adquirieron vivienda antes de dicha fecha, seguir disfrutando de la deducción hasta que finalice la inversión.

Dicho régimen transitorio está previsto en la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 35/2006 del IRPF (LIRPF), y supone la aplicación de la regulación contenida en los artículos 67.1, 68.1, 70.1, 77.1, y 78 de dicha norma, en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2012. Del mismo modo, la Disposición Transitoria Duodécima del Reglamento del IRPF (Real Decreto 439/2007, RIRPF) prevé la aplicación de lo dispuesto en su capítulo I del Título IV[(1)], en la redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. Ello, para los contribuyentes que tengan derecho al régimen transitorio de la deducción por inversión en vivienda habitual.

En concreto, y en relación con la adquisición de la vivienda habitual, es necesario que antes del 1 de enero de 2013 se hubiera producido la adquisición jurídica del pleno dominio de la vivienda conforme a la teoría del título y el modo, verificada con la tradición o entrega del inmueble[(2)]. Por ello, la firma del contrato privado de compraventa con anterioridad

(1) Artículos 54 a 57, que fueron suprimidos, con efectos desde el 1 de enero de 2013, por el Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, y regulan el concepto de vivienda habitual y el de adquisición, asimilando a la misma los supuestos de construcción y rehabilitación.

(2) No obstante, en caso de adquirir después del 1 de enero de 2013 mediante extinción de condominio, el 50 % de una vivienda de la que ya se era propietario con anterioridad, es doctrina del TEAC (resolución de 1 de octubre de 2020, 00/00561/2020) que «*A efectos de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en caso de extinción de un condominio sobre la vivienda habitual a partir del 1 de enero de 2013, si una de las partes obtiene el 100 % de la vivienda, tendrá derecho a aplicarse el 100 % de la deducción por adquisición de vivienda habitual siempre que se hubiera aplicado en un ejercicio anterior a 2013 dicha deducción en el porcentaje correspondiente a su participación en el condominio*».

al 1 de enero de 2013 sin verificarse la entrega de la vivienda, no permitiría la aplicación del régimen transitorio. Ello, aunque en el momento de celebrarse el contrato se hubieran entregado arras o algún tipo de señal.

Además, resulta también necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción por inversión en vivienda habitual en relación con las cantidades satisfechas para la adquisición de dicha vivienda en un período impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2013. Ello, salvo que hubiera resultado de aplicación lo dispuesto en el artículo 68.1.2.ª de la LIRPF, redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. Es decir, que el contribuyente no pudiese aplicar la deducción por haber adquirido una vivienda habitual disfrutando ya de la deducción por la adquisición de otras viviendas habituales anteriores, no habiendo superado la inversión actual las cantidades ya invertidas en las anteriores, y que fueron objeto de deducción[3].

Además, por aplicación del artículo del artículo 68.1.1.º de la LIRPF (redacción vigente a 31 de enero de 2012), en los supuestos de nulidad matrimonial, divorcio o separación judicial, el contribuyente podrá seguir practicando esta deducción por las cantidades satisfechas en el período impositivo para la adquisición de la que fue durante la vigencia del matrimonio su vivienda habitual. Ello, siempre que continúe teniendo esta condición para los hijos comunes y el progenitor en cuya compañía queden. Por este motivo es posible que un contribuyente divorciado siga aplicando la deducción por la adquisición de la que fue su vivienda habitual constante el matrimonio, aunque ya no la habite[4].

El régimen transitorio también permite la aplicación de la deducción en situaciones asimiladas a la adquisición de vivienda, como son la rehabilitación de la vivienda habitual, o su construcción o ampliación. Y también, por la realización de obras e instalaciones de adecuación de vivienda habitual por razón de minusvalía[5].

---

(3) En relación con esta cuestión, la STS 4 de diciembre de 2023, recurso 6555/2022, ha fijado como doctrina de interés casacional que *«para poder aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual a partir del año 2013 se exige que el contribuyente haya adquirido su vivienda habitual antes del 31 de diciembre de 2012 y que se haya deducido, de forma efectiva, cantidades por ese concepto con anterioridad a dicho ejercicio. No obstante, cabrá aplicar dicha deducción en el supuesto de que la falta de aplicación derive de sobrepasar la inversión realizada en otra vivienda habitual, correspondiendo a la Sala de instancia valorar la interpretación del contribuyente sobre el cálculo de la inversión efectuada en la anterior vivienda habitual y su incidencia en la excepción al requisito del ejercicio efectivo del derecho a la deducción en los ejercicios anteriores a 2013, a fin de determinar si la interpretación realizada resulta razonable atendiendo a las circunstancias concurrentes»*.

(4) Conviene tener en cuenta que el TSJ de Asturias, en sentencia de 14-2-2025 (recurso 319/2024) ha considerado que la previsión contenida en el artículo 68.1.1º de la LIRPF es aplicable igualmente al caso de ruptura de la pareja de hecho, en relación con el contribuyente que deja de habitar la vivienda, siempre que en ella quede el otro progenitor en compañía de los hijos comunes.

(5) El régimen transitorio vigente en la actualidad no permite la deducción de las cantidades depositadas en cuentas vivienda a partir del 1 de enero de 2013, aunque éstas se hubieran abierto

No obstante, para la aplicación de la deducción en estos supuestos es necesario que las respectivas obras se hubieran iniciado antes del 1 de enero de 2013, entregando pagos a cuenta de las mismas antes de dicha fecha. Y que, además las obras hubieran finalizado como máximo el 1 de enero de 2017.

Indicar por último que la base máxima de esta deducción será de 9.040 euros anuales y estará constituida por las cantidades satisfechas para la adquisición, rehabilitación, construcción o ampliación de la vivienda durante el período impositivo. Y, en el caso de financiación ajena, la amortización, los intereses, el coste de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios, y demás gastos derivados de la misma. La cuantía de la deducción es del 15% sobre las cantidades indicadas.

En el caso de las obras de adecuación de la vivienda, la base máxima de la deducción será de 12.080 euros. La cuantía de la deducción es del 10% sobre las cantidades indicadas, teniendo en cuenta las bases máximas referidas.

1.2 El ITPAJD en la compra de vivienda habitual. Introducción: supuestos de sujeción al ITPAJD, e incompatibilidad con el IVA

Pues bien, aclarado lo anterior, pasamos al principal tributo que grava la adquisición de la vivienda habitual, que es el ITPAJD. Este tributo se compone de tres modalidades, que son la de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), la de Actos Jurídicos Documentados (AJD), y la de Operaciones Societarias (OS), esta última irrelevante para el tema que nos ocupa que es el de la adquisición de la vivienda habitual.

Pues bien, dispone el artículo 1 de la LITP que regula este impuesto que *«El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará: 1.º Las transmisiones patrimoniales onerosas.»* Además, el artículo 7 de dicha norma, que se refiere ya a la modalidad de TPO, prevé que *«Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos "inter vivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el*

antes de dicha fecha. Además, la vivienda adquirida a partir del 1 de enero de 2013 tampoco puede beneficiarse de la deducción, a pesar de que se adquiriera utilizando los fondos depositados en la cuenta vivienda abierta antes de la fecha mencionada.

patrimonio de las personas físicas o jurídicas.» [6] El sujeto pasivo de esta modalidad de TPO será el adquirente de los bienes (art. 8.a, LITP).

Se trata de un tributo cuyo rendimiento, en el caso de la transmisión de una vivienda, está cedido a las Comunidades Autónomas. Ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.1.1.º de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. En concreto, se entenderá producido en el territorio de cada Comunidad Autónoma el rendimiento obtenido por la transmisión de inmuebles que se encuentren en dicho territorio (art. 33.2. C.1.º, Ley 22/2009).

Además, ex artículo 49 de la norma citada, y en lo que se refiere a la transmisión de inmuebles, la Comunidad Autónoma tiene competencias normativas para regular el tipo de gravamen, deducciones y bonificaciones en cuota [7]. También pueden regular aspectos de la gestión y liquidación del impuesto. Por último, corresponde a las Comunidades Autónomas el inicio de procedimientos de comprobación de gestión e inspección (y en particular, la comprobación de valores), así como la recaudación de la deuda tributaria tanto en vía voluntaria como ejecutiva, y la resolución de los procedimientos de revisión (normalmente recurso de reposición) [8].

Aclarado lo anterior, vemos por tanto como el requisito sine qua non para que la adquisición de una vivienda habitual quede gravada por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) es que ésta se realice a título oneroso. Y es que si dicha adquisición se produjera a título gratuito quedaría no sujeta a este impuesto, y sujeta al ISyD.

Además, es necesario que quien transmite la vivienda no sea empresario o profesional, supuesto en el que la transmisión quedaría sujeta al IVA, y no a

---

(6) En cuanto al elemento internacional, es importante resaltar que, según el artículo 6 de la LITP, el impuesto se exigirá (modalidad TPO) *«Por las transmisiones patrimoniales onerosas de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español o en territorio extranjero, cuando, en este último supuesto, el obligado al pago del impuesto tenga su residencia en España. No se exigirá el impuesto por las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos de naturaleza inmobiliaria, sitos en territorio extranjero, ni por las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza que, efectuadas en territorio extranjero, hubieren de surtir efectos fuera del territorio español».*

(7) Por este motivo podemos encontrarnos con grandes diferencias entre el tipo de gravamen general de TPO por la adquisición de inmuebles, oscilando éste entre el tipo del 6% vigente en Madrid, o el del 11% previsto en Cataluña para inmuebles con un valor superior a 1.000.000 de euros. Además, cada Comunidad Autónoma puede regular tipos de gravamen reducidos aplicables en supuestos concretos, como puede ser la adquisición de vivienda por jóvenes, o la adquisición de vivienda para una familia numerosa. En caso de que la Comunidad no asuma sus competencias normativas se aplicará el tipo mínimo estatal que es del 6% para Transmisiones Onerosas de inmuebles (art. 11.1.a, Real Decreto Legislativo 1/1993).

(8) Artículos 55, 56, 58 y 59 de la Ley 22/2009.

la modalidad de TPO que venimos comentando. Es lo que se conoce como el deslinde entre el IVA y el ITPAJD por la incompatibilidad de ambos tributos.

En efecto, dispone el artículo 4. Cuatro de la LIVA que *«Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.»* Por tanto, cuando una operación esté sujeta al IVA porque el sujeto pasivo del impuesto (quien entrega la vivienda) sea un empresario o profesional, la transmisión de la vivienda habitual quedará sujeta al este impuesto[9], y no a la modalidad de TPO.

No obstante, puede ocurrir que se trate de una segunda o posterior entrega de edificación, porque el que transmite, aunque sea empresario, no es el promotor que construyó la vivienda. En ese caso la operación quedará sujeta y exenta de IVA, y por tanto tributará en TPO.

Por si fuera poco, la LIVA, que prevé la incompatibilidad de este impuesto con la modalidad de TPO, según se ha indicado, no hace lo mismo con la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD), con la que sí puede coincidir. Por ello, es posible que una transmisión sujeta y no exenta al IVA quede gravada también por AJD. Sin embargo, esta tributación en AJD por el documento notarial (cuota variable) sí que es incompatible con la modalidad de TPO. En consecuencia, las operaciones que queden sujetas a TPO y se formalicen en documento notarial quedarán sujetas únicamente a la cuota fija de AJD, pero no a la cuota variable[10].

Pues bien, el aparente embrollo puede solucionarse con las siguientes reglas de coordinación:

– Si estamos ante la transmisión de una edificación en construcción realizada por un empresario, la operación quedaría sujeta al IVA, y a la modalidad de AJD, cuota variable.

– Si estamos ante una edificación terminada, habrá que diferenciar si se trata de la primera transmisión (realizada por el promotor), o si se trata de una segunda o ulterior transmisión (realizada por un empresario distinto del promotor). En el primer caso, la operación quedará sujeta al IVA y a la cuota variable de AJD. En el segundo caso, la operación queda-

(9) El tipo impositivo será del 10% por la transmisión de vivienda habitual (art. 91. Uno.1.7.° Ley 37/1992), y del 4% cuando se trate de una vivienda de protección oficial (art. 91. Dos.1.6.° Ley 37/1992).

(10) La «cuota fija» es la que se paga por las matrices y copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, que se extienden en papel timbrado a razón de 0,30 euros por pliego o de 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Por su parte, la cuota variable es la que se paga por las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y la Oficina Española de Patentes y Marcas, y no estén sujetos al ISyD o a los conceptos TPO y OS del ITPAJD. Estos documentos notariales tributan al tipo de gravamen aprobado por la Comunidad Autónoma, de acuerdo con sus competencias normativas, y en su defecto al 0,50%.

rá sujeta pero exenta al IVA[11], y por tanto tributará por la modalidad de TPO, y por la cuota fija de AJD, por el papel timbrado.

1.2.1 *Tipo impositivo y beneficios fiscales en la modalidad de TPO y AJD por la compra de vivienda*

En cuanto al tipo de gravamen cada Comunidad Autónoma puede aprobar su propio tipo general en las modalidades de TPO y de AJD por la transmisión de inmuebles, existiendo considerables diferencias entre los tipos aprobados por cada Comunidad[12]. Además, es habitual que cada Comunidad Autónoma tenga previstos sus propios tipos reducidos por la compra de vivienda habitual, con el fin de fomentar el acceso a la vivienda de colectivos que cuenten a priori con más dificultades para ello[13].

Todo ello se debe a que, como ya se ha indicado, el artículo 49 de la Ley 22/2009 prevé que las competencias normativas en lo que se refiere al ITPAJD por la transmisión de inmuebles se atribuyen a la Comunidad Autónoma, y se concretan en la posibilidad de regular el tipo de gravamen y las deducciones y bonificaciones en cuota. En la práctica, sin embargo, los beneficios fiscales se circunscriben a la aplicación de tipos reducidos, más que al reconocimiento de deducciones o bonificaciones en la cuota del impuesto.

Estamos además ante tipos reducidos que cuentan con una regulación y unos requisitos de acceso distintos para cada Comunidad Autónoma. Por ello, lo aconsejable es que antes de adquirir la vivienda, los contribuyentes se informen sobre los concretos beneficios fiscales existentes en la Comunidad Autónoma en la que se encuentra la vivienda, y cuáles son los requisitos para acceder a cada uno de ellos.

1.2.2 *La ventajosa fiscalidad de las operaciones de extinción de comunidad sobre una vivienda*

Cuestión aparte son las operaciones de extinción de condominio, mediante las que los copropietarios de la vivienda deciden disolver la situa-

(11) La LIVA permite renunciar a las exenciones inmobiliarias (art. 20. Dos), como es el caso de la prevista para la segunda y ulterior transmisión de edificaciones. Por ello, en caso de que se renuncie a la exención, la operación quedará sujeta al IVA y a la cuota variable de AJD, no existiendo tributación por TPO.

(12) Vide nota 6 anterior.

(13) En efecto, y sin ánimo alguno de ser exhaustivo, existen tipos reducidos en la modalidad de TPO por la compra de primera vivienda por jóvenes, o por la adquisición de vivienda habitual por discapacitados, familias numerosas (Comunidad Valenciana, Madrid, La Rioja, Cantabria…) o familias monoparentales, o por víctimas de violencia de género (Galicia), o por contribuyentes con ingresos reducidos (Extremadura, Galicia…). Las propias normativas autonómicas también prevén la aplicación de tipos reducidos en la modalidad de AJD (cuota variable).

ción de comunidad y adjudicar la vivienda a solo uno de ellos, a cambio de una compensación en metálico. Dicha decisión es consecuencia directa de la previsión contenida en el artículo 400 del Código Civil, cuando dispone que *«Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.»*

Pues bien, en el ámbito fiscal estamos ante una operación que puede ser muy ventajosa, tributando únicamente en la modalidad de AJD, cuota variable, y no quedando gravada ni en la modalidad de TPO, ni por el IVA. Ello se debe a que en la extinción de comunidad sobre bienes inmuebles no hay verdaderamente una transmisión, porque no se vende la cuota que se tenía en la comunidad, sino que lo único que existe es una especificación o concreción de los derechos que el comunero tenía en la comunidad. Al no poderse llevarse «físicamente» su parte en la comunidad, por ser un bien indivisible, recibe una compensación económica[(14)].

Para ello es necesario, no obstante, que a la hora de extinguir la situación de comunidad se haga un reparto que sea equivalente, sin que nadie reciba más de lo que tenía en la comunidad. Y es que si esto ocurriera se produciría un exceso de adjudicación, expresamente gravado en la modalidad de TPO, ex artículo 7.2. B de la LITP.

Naturalmente existen excepciones. Y es que a nadie se le escapa que no siempre será posible llevar a cabo un reparto de bienes plenamente equivalente, sin que ninguno de los condóminos reciba más de lo que tenía. Pensemos por ejemplo en el supuesto de que una vivienda sea propiedad de dos contribuyentes, no siendo posible adjudicársela a los dos, ni dividirla por mitad. Ello porque la mayoría de las veces dicha división puede ser imposible, o porque de llevarse a cabo supondría que la vivienda desmerecería mucho en su valor. También es posible que existan varios inmuebles, pero que el reparto equivalente tampoco sea posible por el distinto valor de unos y otros[(15)].

---

(14) Al respecto, conviene remitirse a la ya clásica STS 28 de junio de 1999 (recurso 8138/1998): *«La división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. […] la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero».*

(15) En relación con esta cuestión la resolución V2742-20 de la Dirección General de Tributos ha declarado que *«En el supuesto de una única comunidad sobre varios bienes habrá que atender al conjunto de todos ellos para determinar la indivisibilidad, ya que, aunque cada uno de los bienes individualmente considerados puedan ser considerados indivisibles, el conjunto de todos si puede ser susceptible de división, por lo que el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros deberá hacerse mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles, evitando los excesos de adjudicación. De ser posible una adjudicación distinta de los bienes*

Pues bien, en estos casos en los que se acredite que no es posible realizar un reparto más equitativo[16] la operación tributará en AJD, no estando sujeto a TPO el exceso de adjudicación por considerarse inevitable.

En el caso de que la disolución de la situación de comunidad se produzca en el ámbito matrimonial, habrá que tener en cuenta las siguientes especialidades. Así, cuando la extinción de condominio traiga causa de la separación o divorcio, o del cambio en el régimen económico matrimonial, el exceso de adjudicación que sea consecuencia de la atribución a uno de los dos de la vivienda habitual no tributará en TPO[17]. Ello, incluso en el supuesto en que dicho exceso no se compense[18].

Además, y de acuerdo con el artículo 45. I. B de la LITP *«Estarán exentas: […] 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.»* Por tanto, las operaciones de adjudicación de bienes que estén relacionadas con la sociedad conyugal estarán exentas del impuesto. En el caso de las adjudicaciones de bienes a los cónyuges con motivo de la disolución de gananciales, la exención sólo aplicará cuando no se reciba más de lo que corresponde según el haber de gananciales. Es decir, cuando no haya exceso de adjudicación.

Corresponde hablar por último del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU, también llamado plusvalía municipal), y del IRPF que gravan estas operaciones de extinción de condominio. Ello, teniendo en cuenta que, sobre el papel, y si se respeta la equivalencia en las adjudicaciones, no debiera haber gravamen en estos impuestos teniendo en cuenta que no se lleva a cabo ninguna transmisión, sino tan solo una mera especificación de derechos.

---

entre los comuneros, que evite el exceso o lo minore, existiría una transmisión de la propiedad de un comunero a otro, que determinaría la sujeción al impuesto».

(16) En la misma resolución V2742-20 indicada, se refiere Tributos a que *«este Centro Directivo no puede indicar a priori si un bien determinado constituye un bien indivisible o que desmerecería mucho por su división, pues esta circunstancia constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada en cada caso concreto para su calificación jurídica correcta, sí es cierto que los Tribunales Económico-Administrativos vienen considerando a los inmuebles como 'un bien que si no es esencialmente indivisible, si desmerecería mucho por su división».*

(17) Artículo 32.3 del Real Decreto 828/1995 (Reglamento del ITPAJD).

(18) Al respecto, declara la STS 12 de julio de 2022 (recurso 6557/2020) que *«Es aplicable a los excesos de adjudicación en casos de división de la cosa común el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado en Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre –TRLITPyAJD–, así como su reglamento, Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tal aplicabilidad descarta la caracterización del exceso de adjudicación como donación, así como su gravamen en tal concepto, al faltar, entre otros requisitos, el animus donandi».*

Pues bien, esto es lo que ocurre en el IIVTNU, tanto si la comunidad que se disuelve tiene un origen intervivos (por ejemplo, una compraventa de un inmueble en común), o *mortis causa*, como consecuencia de adjudicaciones hereditarias. Así lo declaró la Dirección General de Tributos en resolución V1702-16, de 19 de abril[19], seguida por muchas otras dictadas con posterioridad.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el IRPF. Y es que, según ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de octubre de 2022 (recurso 5110/2020), *«en el ITP, el hecho imponible es la transmisión, de forma que si ésta no existe, porque tan solo hay una especificación de derechos, no puede haber sujeción a este impuesto, y en cambio en el IRPF no se grava la transmisión, sino la existencia de una alteración patrimonial, por lo que cabe pensar que, en supuestos como el examinado, sí puede existir un gravamen en el IRPF.»*

En definitiva, al ser el IRPF un tributo que no grava únicamente la transmisión de inmuebles, sino también las alteraciones en el patrimonio del contribuyente, existe margen según el Tribunal Supremo para hacer tributar las operaciones de extinción de comunidad, en los casos en que éstas generen un incremento en el patrimonio del contribuyente.

A priori, parece que dicho gravamen no es posible, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LIRPF[20]. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que dicha alteración patrimonial se producirá cuando con motivo de la extinción de condominio se reciba más de lo que correspondía según la cuota en la comunidad, y se actualice el valor de los inmuebles. Es decir, que al inmueble que en su día se adquirió en común por el importe de 200.000 euros, se le atribuya en la extinción de condominio un valor de 300.000 euros.

---

(19) En esta resolución afirma Tributos que *«… en el caso de comunidades de bienes constituidas por actos "mortis causa", la adjudicación de los bienes llevada a cabo en la división de la herencia no produce el devengo del IIVTNU, y ello con independencia de que la división se lleve a cabo mediante adjudicación proporcional a cada uno de los herederos, o bien, en el caso de que tratándose de un bien indivisible, se adjudique a uno de los herederos mediante compensación económica al resto. De lo anterior se desprende que, la adjudicación de los dos bienes inmuebles cuya propiedad ha tenido como origen un acto "mortis causa" no va a producir el devengo del IIVTNU. En relación al segundo supuesto planteado, en el que se produce la extinción del condominio sobre un bien inmueble urbano adquirido al 50 % por un acto "inter vivos" al extinguir el condominio adjudicando el bien inmueble a uno de ellos, con la obligación de compensar económicamente a los otros, tampoco se produce la sujeción al IIVTNU, al recaer la comunidad sobre un bien de naturaleza indivisible».*

(20) Dispone dicho precepto que *«Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) En los supuestos de división de la cosa común. b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación. c) En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros.*

Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos».

Ello le ha llevado a fijar como doctrina de interés casacional, en la citada sentencia de 10 de octubre de 2022, que *«la compensación percibida por un comunero, a quien no se adjudica el bien cuando se disuelve el condominio, comportará para dicho comunero la existencia de una ganancia patrimonial sujeta al IRPF, cuando exista una actualización del valor de ese bien entre el momento de su adquisición y el de su adjudicación y esa diferencia de valor sea positiva».*

Hay que tener en cuenta además que dicha alteración patrimonial, al no tener origen en una transmisión sino en una mera especificación de derechos, tributará en la base imponible general del impuesto. Es decir, a escala.

1.2.3 *La base imponible del ITPAJD, antes y después de la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude*

En el ámbito del ITPAJD, modalidad de TPO, una de las cuestiones que más litigiosidad plantea es la referida a la base imponible. Ésta se prevé en el artículo 10 de la LITP, y se trata de un precepto que ha sido modificado por la Ley 11/2021 de medidas de prevención y lucha contra el fraude, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 11 de julio de 2021.

Así, hasta la entrada en vigor de dicha norma la base imponible de esta modalidad de TPO era *«el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.»* Además, el valor declarado por el contribuyente en su autoliquidación gozaba de presunción de certeza, ex artículo 108.4 de la LGT.

Por tanto, en el caso de que la Administración no estuviera de acuerdo con el valor declarado por el contribuyente en la adquisición de la vivienda tenía la posibilidad de iniciar el procedimiento de comprobación de valores previsto en los artículos 134 y 135 de la LGT, y 157 a 162 del Real Decreto 1065/2007. No obstante, la carga de la prueba de desvirtuar el valor declarado por el contribuyente y de determinar cuál era realmente el valor real del inmueble, correspondía a la Administración.

Pues bien, esta situación cambia radicalmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/2021. Y es que la Administración, harta de ver como la mayoría de las comprobaciones de valores eran anuladas en los Tribunales, y de las exigencias del Tribunal Supremo para considerar acreditado el valor real del inmueble, decidió cambiar las reglas del juego.

Así, con efectos desde el 11 de julio de 2021 la nueva base imponible de la modalidad de TPO, una vez modificado el artículo 10 de la LITP, es *«el valor del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.»* No obstante, se establece una regla especial para el caso de transmisión de

inmuebles, disponiendo el artículo 10.2 de la misma norma, en su nueva redacción, que *«En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto.*

No obstante, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada, o ambos son superiores a su valor de referencia, se tomará como base imponible la mayor de estas magnitudes.»

Pues bien, la principal novedad que supone la modificación legal es que a partir de la aprobación de los valores de referencia[21], la base imponible de la modalidad de TPO para el supuesto de transmisión de inmuebles que tengan asignado dicho valor será, como mínimo, su valor de referencia de Catastro. Ello, salvo que el valor declarado o el precio o contraprestación pactado sean superiores.

Dicha previsión también se extiende a la modalidad de AJD, cuota variable. Así dispone el artículo 30.1, último párrafo, de la LITP en su nueva redacción que *«Cuando la base imponible se determine en función del valor de bienes inmuebles, el valor de estos no podrá ser inferior al determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de este texto refundido.»*

Por tanto, una vez aprobados los valores de referencia, cualquier contribuyente que declare por debajo de los mismos estará incumpliendo lo previsto en el artículo 10 de la LITP, al tributar por una base imponible inferior a la legalmente prevista. Y en consecuencia, podrá ser sancionado[22].

Además, y ésta es la parte más perversa de la modificación legal, a partir de ahora será el contribuyente que discrepe del valor de referencia el que tendrá que probar su incorrección, aportando prueba en contrario. Ello se debe a que, como veremos a continuación, la modificación legal operada por Ley 11/2021 introduce una presunción legal «iuris tantum» de que el valor de referencia de un inmueble se corresponde con su valor de mercado. Por ello, el contribuyente que no esté de acuerdo con dicho valor deberá aportar prueba para desvirtuar tal presunción.

En definitiva, se obliga al contribuyente a tributar por un valor de referencia que puede ser muy superior a aquél por el que se formaliza la operación. Y por si esto no fuera suficiente, se le obliga a iniciar un proce-

(21) Los valores de referencia de los inmuebles urbanos se aprobaron con efectos desde el 1 de enero de 2022, y para transmisiones realizadas a partir de dicha fecha.

(22) En efecto, prevé el artículo 191.1 de la LGT que *«Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta ley».*

dimiento tributario si quiere combatir tal valor, debiendo ser él al que corresponde la carga de la prueba. Lo veremos a continuación.

1.2.4 *La aplicación del valor de referencia de Catastro y sus posibilidades de impugnación*

Como se ha indicado, el valor de referencia de Catastro se constituye como un valor mínimo por el que tributar por la adquisición de una vivienda, salvo que el valor declarado, o el precio o contraprestación pactada sea mayor. Pues bien, cuando se tribute así, el contribuyente al menos tendrá la tranquilidad de saber que no recibirá una comprobación, al haber declarado conforme a la base imponible prevista en la ley del impuesto.

El problema es, sin embargo, que en ocasiones el valor de referencia de Catastro es muy superior al precio o contraprestación por el que se prevé realizar la transmisión de la vivienda habitual. En esta tesitura, el contribuyente se encuentra con la disyuntiva de por qué valor declarar, si por el de referencia de Catastro, o por el que realmente se va a formalizar la transmisión.

Pues bien, esta duda debe solventarse en el sentido de tributar conforme al valor de referencia, que como se ha indicado es la base imponible del ITPAJD, modalidad de TPO, y por tanto el valor a declarar. Ello, salvo que se quiera correr el riesgo de que la Administración regularice la situación tributaria del contribuyente, exigiéndole la deuda no ingresada junto con los intereses de demora, y probablemente una sanción tributaria.

Por tanto, la mejor forma de discrepar del valor de referencia de Catastro es autoliquidando el impuesto conforme a dicho valor, y solicitando dentro del plazo de prescripción de cuatro años la rectificación de la autoliquidación presentada y la devolución de ingresos indebidos. La otra vía es la de recurrir la liquidación que la Administración notifique por no haber declarado conforme al valor de referencia[23]. Pero lo que está claro es que en ambos casos la carga de la prueba corresponderá al contribuyente, debiendo ser él quien mediante la aportación de cualquier medio de prueba admitido en Derecho acredite el error del valor de referencia de Catastro.

Por otro lado, el recurso de reposición contra la liquidación o la solicitud de rectificación se presentarán frente a la Administración Tributaria

(23) A ambas vías se refiere el artículo 10.3 de la LITP cuando dispone que *«El valor de referencia solo se podrá impugnar cuando se recurra la liquidación que en su caso realice la Administración Tributaria o con ocasión de la solicitud de rectificación de la autoliquidación, conforme a los procedimientos regulados en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Cuando los obligados tributarios consideren que la determinación del valor de referencia ha perjudicado sus intereses legítimos, podrán solicitar la rectificación de la autoliquidación impugnando dicho valor de referencia».*

que gestiona el tributo. Sin embargo, ésta resolverá teniendo en cuenta el informe preceptivo y vinculante de la Dirección General del Catastro. Por ello es importante que la crítica que se realice al valor de referencia hable el lenguaje de Catastro, y cuestione la forma en que se ha determinado el valor de referencia para el concreto inmueble de que se trate. Ello, en lugar de consistir en la simple aportación de una tasación del inmueble alternativa, de la que resulte un valor del inmueble inferior.

Evidentemente, la impugnación del valor de referencia de Catastro también podrá referirse a cuestiones jurídicas, como pueden ser la falta de motivación de dicho valor y la opacidad del procedimiento seguido para su determinación. Además, también se duda de la inconstitucionalidad[(24)] del valor de referencia de Catastro, cuestión que deberá en su caso alegarse ya en vía contencioso-administrativa, solicitando al órgano judicial el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad[(25)].

1.2.5 *Comprobación del valor declarado por el contribuyente. Principales métodos utilizados y vías de impugnación*

Puede ocurrir, no obstante, que por sus circunstancias particulares una vivienda no tenga asignado valor de referencia de Catastro. Pues bien, en estos casos prevé el artículo 10.2 de la LITP, último párrafo que, *«Cuando no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado por la Dirección General del Catastro, la base imponible, sin perjuicio de la comprobación administrativa, será la mayor de las siguientes magnitudes: el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o el valor de mercado.»*

Sin embargo, más allá del valor que prevalezca en este caso, lo relevante es que, no existiendo valor de referencia de Catastro, si la Administración no está de acuerdo con el valor declarado por el contribuyente ten-

(24) En concreto, dicha inconstitucionalidad se plantea por la imposición de un sistema objetivo de liquidación del impuesto, que prescinde del valor documentado en el título de adquisición, y que fue precisamente la principal crítica que el Tribunal Constitucional le hizo al IIVTNU en la STC 182/2021. Además, se plantea la indefensión que genera al contribuyente en cuanto a la falta de transparencia y motivación del proceso de elaboración del valor de referencia. Y también desde el punto de vista de la prueba, obligándose al contribuyente a acreditar un hecho negativo (la ausencia de fraude fiscal) y a aportar prueba para probar que una operación se ha realizado a precio de mercado, pese a haberse realizado entre partes independientes. Por si fuera poco, los costes de tener que soportar la carga de la prueba pueden hacer inviable el recurso. Ello, especialmente si la deuda exigida no es muy elevada.

(25) En relación con la posible inconstitucionalidad del valor de referencia, me remito al interesante estudio realizado por Varona Alabern, J. E., en su monografía *«El valor de referencia y el valor comprobado por la Administración Tributaria»* (Editorial Aranzadi, primera edición, pp. 69 ss.).

drá que iniciar un procedimiento de comprobación de valores, utilizando alguno de los métodos previstos en el artículo 57.1 de la LGT. Además, la carga de la prueba recaerá en la Administración, que será la que deba demostrar que el valor declarado por el contribuyente no se corresponde con el de mercado del inmueble.

En estos casos, será por tanto aplicable toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en los últimos años ha supuesto un auténtico azote para los intereses de la Administración, propiciando la anulación de miles de comprobaciones de valores por no haberse realizado en cada caso valoraciones individualizadas[26].

En definitiva, puede concluirse que a priori será más sencillo oponerse a una comprobación de valores notificada por la Administración en el caso de una vivienda que no cuente con valor de referencia, que impugnar el valor de referencia de Catastro. Ello, como se ha indicado, por la distinta distribución de la carga de la prueba en ambos casos, cayendo todo su peso sobre el contribuyente en el caso de que se oponga al valor de referencia de Catastro, y en la Administración en caso de inexistencia de dicho valor.

1.3 **El IVA en la compra de la vivienda habitual. Sujeto pasivo y tipo impositivo**

En cuanto al IVA por la compra de vivienda, ya hemos adelantado que, de acuerdo con la incompatibilidad entre este impuesto y el ITPAJD, modalidad de TPO, la adquisición de la vivienda solo estará sujeta al IVA en el caso de que nos encontremos ante la transmisión de una edificación en construcción, o ante una edificación terminada cuando se trate de la primera transmisión (realizada por el promotor).

El sujeto pasivo del impuesto es el que transmite la vivienda, es decir, la parte vendedora. Por tanto, será éste el que tendrá que presentar la autoliquidación del impuesto para ingresar la cuota de IVA resultante. Eso, habiéndola repercutido previamente al comprador, que por tanto cuando adquiera la vivienda lo hará pagando el precio pactado, más la cuota de IVA correspondiente.

---

(26) Así, podemos referirnos a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la exigencia de la visita del perito al inmueble comprobado (STS 21 de enero de 2021, recurso 5352/2019). Además, el mismo Tribunal, en sentencia de 23 de mayo de 2018 (recurso 4202/2017), declaró que *«el acto de determinación del valor real de los bienes inmuebles comprobados por la Administración –que, por ende, corrige o verifica los valores declarados por el interesado como precio o magnitud del negocio jurídico llevado a término– ha de ser: a) singularizado; b) motivado; y c) fruto de un examen del inmueble, normalmente mediante visita al lugar…».*

En cuanto al tipo impositivo por la compra de vivienda será del 10 %, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91. Uno.1.7.º de la LIVA. Ello, en caso de entrega de *«Los edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente.»* Por tanto, la adquisición de la vivienda habitual al promotor (primera transmisión), incluidas dos plazas de garaje, tributará en IVA al 10 % (27).

Por el contrario, en el caso de que lo que se entregue sean *«viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, cuando las entregas se efectúen por sus promotores, incluidos los garajes y anexos situados en el mismo edificio que se transmitan conjuntamente»*, el tipo de IVA aplicable será el del 4 % (28). Así se prevé en el artículo 91. Dos.1.7.º de la misma LIVA. No obstante, el número de plazas de garaje no podrá exceder de dos unidades.

1.3.1 *Supuestos de exención*

El artículo 20. Uno de la LIVA regula los supuestos de exención del impuesto. Hay que tener en cuenta que para que una transmisión esté exenta del IVA antes tiene que estar necesariamente sujeta a este impuesto. Por tanto, debe ser realizada por un empresario o profesional, y no por un particular.

Pues bien, en el caso de la venta de la vivienda habitual, la exención más habitual es la prevista en el artículo 20. Uno.22.ºA) LIVA, que se refiere a *«Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.»*

En este caso, es el propio artículo el que explica qué se considera «primera entrega». Ello disponiendo que *«se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada.»* Por tanto, en la medida en que el contribuyente no adquiera la vivienda habitual directamente del promotor,

(27) Conviene tener en cuenta que aunque este tipo del 10 % es superior al del ITP en muchas Comunidades Autónomas (por ejemplo, en la de Madrid, que es del 6 %), sí que es equivalente al existente en otras muchas, como puede ser en la Comunidad Valenciana o en Cataluña.

(28) Las distintas normativas autonómicas suelen prever tipos reducidos de ITPAJD (modalidad de TPO), para el caso de adquisición de vivienda de protección oficial. Sin embargo, dicho tipo reducido se queda en ocasiones muy lejos del tipo reducido del 4 % aplicable en el IVA. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Valenciana, con un tipo reducido del 8 %, o de Cataluña, con un tipo reducido del 7 %. Sin embargo, en otras Comunidades el tipo reducido en ITP por la adquisición de VPO sí es equivalente al aplicable en el IVA, como es el caso de Madrid o Castilla y León (4 %).

sino de otro empresario o profesional que a su vez la adquirió en un momento anterior, estaremos hablando de una segunda o ulterior transmisión, y por tanto se tratará de una operación sujeta pero exenta al IVA[29] [30].

Hay que tener en cuenta que, en lo que afecta a la vivienda habitual, esta exención no se aplicará en caso de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, ni en caso de entregas de edificaciones para su rehabilitación por el adquirente, siempre que se cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan. Ello, tal y como prevé el artículo 22. Uno.22.ºB).

Por último, conviene recordar que estamos ante una exención que puede ser objeto de renuncia. De este modo, si se lleva a cabo tal renuncia la operación quedará sujeta y no exenta al IVA, y por tanto no tributará en el ITPAJD, modalidad TPO. Dicha renuncia se prevé en el artículo 20. Dos de la LIVA, cuando dispone que *«Las exenciones relativas a los números 20.º y 22.º del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición o, cuando no cumpliéndose lo anterior, en función de su destino previsible, los bienes adquiridos vayan a ser utilizados, total o parcialmente, en la realización de operaciones, que originen el derecho a la deducción.»*

Sin embargo, hemos de descartar una posible sujeción al IVA en el caso de transmisión de una segunda o ulterior edificación que constituya la vivienda habitual, por renuncia a la exención prevista en el artículo 20. Uno.22 de la LIVA. Y es que para que dicha renuncia a la exención pueda realizarse el adquirente debe ser sujeto pasivo del IVA *«que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el*

(29) Hay que tener en cuenta, no obstante, los supuestos de utilización de la vivienda antes de su transmisión, a los que se refiere el propio artículo 20. Uno.22.ºA). Ello, declarando que *«No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones».*

(30) Conviene recordar que el hecho de que la transmisión esté sujeta al IVA, pero exenta, no supone que se quede sin tributar. Y es que, como antes se ha indicado, al no existir gravamen en el IVA, la transmisión quedará gravada en el ITPAJD (modalidad TPO), siendo sujeto pasivo el adquirente de la vivienda.

derecho a efectuar la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición» (art. 20. Dos, LIVA), lo cual no ocurrirá en el caso de que lo que se adquiera la propia vivienda habitual.

1.4 El ISyD en la compra de la vivienda habitual. Aplicación del valor de referencia

Es posible que la vivienda habitual no se adquiera por compraventa, sino de forma gratuita, por herencia o donación. Pues bien, en estos casos, e independientemente de la tributación del donante en su IRPF[31], el adquirente de los bienes por herencia o donación sí quedará sujeto al ISyD por el valor de la vivienda adquirida.

Estamos, no obstante, ante un impuesto cuya recaudación está cedida a las Comunidades Autónomas, que gozan además de competencias normativas para crear reducciones de la base imponible, y regular las reducciones estatales, manteniéndolas en condiciones análogas o mejorándolas[32]. Por ello, en el caso de la transmisión de inmuebles por herencia o donación, y para saber cuál es la Comunidad Autónoma competente y los concretos beneficios fiscales aprobados, habrá que atender al territorio donde el causante tuviera su residencia habitual a fecha de fallecimiento, o al territorio donde radique el inmueble (en caso de donaciones).

Por lo demás, se trata de un impuesto que se ha visto afectado de lleno por la introducción del valor de referencia de Catastro, constituyendo dicho valor la base imponible del impuesto en el caso de transmisión de inmuebles, tal y como se prevé en el artículo 9 de la LISD. Por ello, y en relación con el funcionamiento de dicho valor de referencia y su impugnación, así como sobre la impugnación de las comprobaciones de valores que pudieran notificarse a los contribuyentes, me remito a lo afirmado en el 1.2.4 y 1.2.5 anteriores.

1.5 El IIVTNU en la adquisición de la vivienda habitual por herencia o donación

El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU, también conocido como «plusvalía municipal»), es

(31) No tributa en el IRPF la ganancia patrimonial por transmisión de bienes *mortis causa*, al haberse eliminado la conocida como «plusvalía del muerto», con efectos desde el 1 de enero de 1992.

(32) Vide artículo 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

un impuesto que grava el incremento de valor obtenido como consecuencia de la transmisión de los terrenos urbanos, y cuyo sujeto pasivo, en el caso de transmisiones onerosas, es el transmitente. Sin embargo, en el caso de transmisiones realizadas a título gratuito, la condición de sujeto pasivo recae en el adquirente de los bienes. En este caso, en el adquirente de la vivienda habitual.

Pues bien, en relación con este impuesto hay que tener en cuenta las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad que ha sufrido en los últimos años. Y es que en efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado contraria a nuestra Carta Magna la normativa del impuesto en caso de gravamen de transmisiones de las que no resulta incremento de valor (STC 59/2017, de 11 de mayo), en caso de que la cuota a pagar sea confiscatoria en relación con el incremento de valor gravado (STC 126/2019, de 31 de octubre), y también por contemplar únicamente un sistema de cálculo de la base imponible objetivo, que es ajeno al incremento de valor realmente obtenido con motivo de la transmisión (STC 182/2021, de 26 de octubre).

En respuesta a las citadas declaraciones de inconstitucionalidad, la nueva normativa dictada tras la última de ellas (Real Decreto-Ley 26/2021) prevé expresamente la no sujeción al impuesto en el caso de que se acredite la inexistencia de incremento de valor del terreno con motivo de la transmisión. Y también un nuevo método de cálculo del impuesto, que grava el incremento de valor realmente obtenido en la transmisión.

En ambos casos se atenderá a la comparación de las escrituras de adquisición y transmisión del terreno, o a los valores comprobados, cuando sea el caso. Por tanto, en la medida en que no exista incremento de valor por comparación de escrituras[33], la transmisión de la vivienda habitual por herencia o donación quedará no sujeta al impuesto. Del mismo modo, el contribuyente podrá optar por el método de cálculo que le sea más beneficioso, eligiendo entre el método objetivo (coeficiente sobre el valor catastral del terreno), o el real (incremento de valor del terreno resultante de la comparación de escrituras)[34].

---

(33) Dicha comparación debe referirse a los valores de adquisición y transmisión del terreno, sin posibilidad de añadir gasto alguno o tributo de la adquisición o transmisión, ni de actualizar valores conforme al IPC.

(34) Hay que tener en cuenta que el IIVTNU grava el incremento de valor de los terrenos. Por ello, a la hora de comparar valores de escrituras habrá que individualizar la parte correspondiente al terreno. Para ello, la solución prevista en la normativa del impuesto será la de atender a la proporción resultante de comparar el valor catastral del terreno con el valor catastral del inmueble, en el ejercicio del devengo del impuesto. Así, dispone el artículo 104.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004 que *«Cuando se trate de la transmisión de un inmueble en el que haya suelo y construcción, se tomará como valor del suelo a estos efectos el que resulte de aplicar la proporción que represente en la fecha de devengo del impuesto el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total y esta proporción se aplicará tanto al valor de transmisión como, en su caso, al de adquisición».*

Indicar por último que, tal y como prevé el artículo 108.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, *«Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes.»* Por este motivo, la adquisición por herencia de la vivienda habitual podría estar bonificada en algunos Ayuntamientos.

2 TENENCIA EN PROPIEDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL

Ya hemos visto los impuestos que gravan la adquisición de la vivienda habitual dependiendo cuál sea el negocio jurídico que se haya realizado para llevar a cabo tal adquisición. Sabido es, además, que con motivo de la transmisión de dicha vivienda el contribuyente también tendrá que pagar impuestos como el IRPF o el IIVTNU.

Pero ¿qué ocurre durante el período de tenencia en propiedad de la vivienda habitual, y mientras ésta no se transmita? ¿Hay que seguir pagando impuestos?

2.1 **Imputación de rentas en el IRPF, supuestos de aplicación**

Pues bien, el primer impuesto que grava la tenencia de una vivienda en propiedad es el IRPF, mediante la imputación de rentas, por la que los contribuyentes tienen que incluir en su declaración de IRPF un rendimiento ficticio, por el solo hecho de ser propietarios de un inmueble.

Así, prevé el artículo 85 de la LIRPF que *«En el supuesto de los bienes inmuebles urbanos, calificados como tales en el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, así como en el caso de los inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por ciento al valor*

catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.»

Todo ello, se traduce en que procederá la imputación de rentas siempre que se den los siguientes requisitos en relación con los inmuebles por los que se imputarán rentas: El primero de ellos es que se trate de bienes inmuebles urbanos no afectos a actividades económicas. El segundo, que se trate de inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, forestales o ganaderas, y que además no estén afectos a actividades económicas. El tercero, que no generen rendimientos de capital como consecuencia del arrendamiento de bienes inmuebles, negocios o minas o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre bienes inmuebles. El cuarto y fundamental en relación con la materia que nos ocupa, es que no constituyan la vivienda habitual del contribuyente[35]. Por último, no procederá la imputación de rentas en caso de suelo no edificado, de inmuebles en construcción, ni de inmuebles que, por razones urbanísticas, no sean susceptibles de uso.

Pues bien, como se ha indicado la vivienda habitual del contribuyente es uno de los supuestos excluidos de imputación de rentas inmobiliarias. Por ello, en la medida en que el contribuyente cumpla los requisitos de residencia habitual y efectiva en su vivienda, no procederá la imputación de rentas en el IRPF durante todo el período de tenencia de la vivienda en propiedad.

2.2 **La vivienda habitual en el Impuesto de Patrimonio y en el Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas**

El Impuesto sobre el Patrimonio grava, según prevé el artículo 1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, *«el patrimonio neto de las personas físicas en los términos previstos en esta Ley»*, entendido éste como *«el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder.»*

En el caso que nos ocupa, referido a la tenencia de la vivienda habitual, serán sujetos pasivos, *«Por obligación personal, las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español, exigiéndose el impuesto por la totalidad de su patrimonio neto con*

(35) A estos efectos, se entiende que forman parte de la vivienda habitual del contribuyente las plazas de garaje adquiridas conjuntamente con el inmueble, hasta un máximo de dos.

independencia del lugar donde se encuentren situados los bienes o puedan ejercitarse los derechos[36]*.»*

En el caso de los bienes inmuebles, la base imponible será *«el mayor valor de los tres siguientes: El valor catastral, el determinado o comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición»*[37].

No estamos, en cualquier caso, ante un tributo cuya presentación sea obligatoria para la generalidad de los contribuyentes. Y es que el artículo 28 de la Ley 19/1991 prevé un mínimo exento en el importe que haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma, o de 700.000 euros, a falta de regulación autonómica. Por si fuera poco, solo estarán obligados a presentar la autoliquidación del impuesto, ex artículo 36 de la misma norma, *«los sujetos pasivos cuya cuota tributaria, determinada de acuerdo con las normas reguladoras del Impuesto y una vez aplicadas las deducciones o bonificaciones que procedieren, resulte a ingresar, o cuando, no dándose esta circunstancia, el valor de sus bienes o derechos, determinado de acuerdo con las normas reguladoras del impuesto, resulte superior a 2.000.000 euros»*[38].

Al final, el criterio a seguir para determinar en qué Comunidad queda sujeto el contribuyente por el Impuesto sobre el Patrimonio dependerá de su residencia habitual, remitiéndose para ello la Ley 19/1991 en su artículo 5. Dos, a la normativa del IRPF[39].

Por último, y en lo que se refiere a la vivienda habitual del contribuyente, su valor deberá incluirse en la autoliquidación como un bien integrante del patrimonio. No obstante, el artículo 4. Nueve de la citada norma prevé la exención de *«La vivienda habitual del contribuyente, según se define en el artículo 68.1.3.º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades,*

(36) Artículo 5 de la Ley 19/1991.

(37) Artículo 10 de la Ley 19/1991.

(38) En este punto, vuelve a haber enormes diferencias entre Comunidades Autónomas tanto en cuanto al mínimo exento, como en lo referente a la obligación de presentar la autoliquidación. Ello se debe a que, ex artículo 47 de la Ley 22/2009, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias normativas sobre el mínimo exento, tipo de gravamen y deducciones y bonificaciones de la cuota. No obstante, las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas deben ser en todo caso compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas.

(39) En relación con esta cuestión, dispone el artículo 71.1.1.º de la Ley del IRPF que *«A efectos de esta Ley, se considerará que los contribuyentes con residencia habitual en territorio español son residentes en el territorio de una Comunidad Autónoma: 1.º Cuando permanezcan en su territorio un mayor número de días del período impositivo. Para determinar el período de permanencia se computarán las ausencias temporales. Salvo prueba en contrario, se considerará que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual».*

sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, hasta un importe máximo de 300.000 euros.»

En consecuencia, la vivienda habitual, hasta el límite de los 300.000 euros indicados, no integrará el patrimonio a efectos del impuesto, ni del mínimo exento, ni de la obligación de autoliquidar, sino tan solo en la parte que supere dicho importe. Por ello, el gravamen en el Impuesto sobre el Patrimonio de la vivienda habitual del contribuyente solo procederá cuando el valor de dicha vivienda supere los 300.000 euros, y además el contribuyente esté obligado a presentar autoliquidación de acuerdo con la normativa de la Comunidad Autónoma en que radique su residencia habitual.

La tenencia de la vivienda habitual también podrá ser objeto de gravamen en el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas, introducido por el artículo 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero de 2023. Se trata de un impuesto complementario al Impuesto sobre el Patrimonio que grava el patrimonio neto de las personas físicas de cuantía superior a 3.000.000 de euros.

Por lo demás, la normativa de este impuesto se remite a la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio en lo que se refiere a los bienes y derechos exentos, sujeto pasivo, base imponible, y fija un mínimo exento de 700.000 euros, por lo que me remito a lo antes afirmado en relación con aquel impuesto. En este caso, por tanto, la vivienda habitual seguirá estando exenta hasta el límite de los 300.000 euros de valor, calculado de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 19/1991.

Conviene recordar, por último, que en este caso estamos ante un impuesto estatal, por lo que no hay incidencia de normativas autonómicas en lo que se refiere a la aplicación de un mínimo exento distinto al previsto en la Ley 38/2022, ni tampoco en cuanto a la introducción de bonificaciones o deducciones autonómicas.

2.3 **El Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)**

Por último, me referiré al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), cuya regulación se encuentra en los artículos 60 a 77 del Real Decreto Legislativo 2/2004 (Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales). Se trata de un tributo cuya gestión catastral corresponde al Estado, y su liquidación y recaudación a los Ayuntamientos.

El hecho imponible de este impuesto en el caso que nos afecta es la simple titularidad del derecho de propiedad, o de un derecho real de usufructo o superficie sobre un inmueble urbano. Y la base imponible está constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles. Se trata de un

impuesto que se devenga el 1 de enero de cada ejercicio y cuyo período impositivo coincide con el del año natural.

Por lo demás, no está prevista ninguna bonificación potestativa u obligatoria sobre la vivienda habitual, salvo en el caso de que ésta sea de protección oficial, por lo que se trata de un impuesto que tendrá que pagar cada año el propietario de la vivienda durante el período de tenencia de la misma, y mientras no se produzca su transmisión.

B. La transmisión de la vivienda familiar

Lucía María Molinos Rubio *
Profesora Permanente Laboral de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

Miguel Díez Simón
Investigador Predoctoral en Formación
Área de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

Resumen: *Se analiza en el trabajo el trato fiscal que se concede en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a las operaciones que tienen por objeto la transmisión de la vivienda en la que una familia ha fijado su residencia. La perspectiva que se adopta es única y exclusivamente la del contribuyente que va a quedar obligado por la realización del hecho imponible consistente en la transmisión de la vivienda.*

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

Palabras clave: *Vivienda, habitual, transmisión y familiar.*

Abstract: *The work analyzes the fiscal treatment that is granted in the Personal Income Tax and in the Tax on the Increase in the Value of Urban Land to the operations that have as their objective the transfer of housing in the that a family has established residence. The perspective adopted is solely and exclusively that of the taxpayer who will be obligated by the taxable event consisting of the transfer of the home.*

Keywords: *Housing, habitual, transmission and family.*

Sumario: 1. Introducción 2. Transmisión de la vivienda familiar/habitual en el impuesto sobre la renta de las personas físicas 2.1 Calificación de la renta obtenida por la transmisión de la vivienda y su cuantificación. 2.2 Concepto de vivienda habitual y plazo de ocupación 2.3 Exclusión de gravamen de la ganancia obtenida por reinversión. 2.3.1 Tipo de edificación de la reinversión. 2.3.2 Título de la vivienda que se transmite y que se adquiere. 2.3.3 Permanencia en la vivienda que se transmite. 2.3.4 Cuantificación del préstamo hipotecario en la exención por reinversión en vivienda habitual. 2.3.5 Plazo de reinversión. 2.4 Exención de la ganancia patrimonial por la dación en pago de la vivienda habitual. 2.5 Exención para mayores de 65 años de la ganancia obtenida por la transmisión de la vivienda. 2.6 Otras ganancias excluidas de gravamen para contribuyentes mayores de 65 años. 2.7 Hipoteca inversa sobre la vivienda familiar. 2.8 La transmisión de las viviendas adquiridas entre el 12 de mayo de 2012 y el 31 de diciembre de 2012. 2.9 La transmisión de la vivienda adquirida con anterioridad al 31 de diciembre de 1994. 3. La transmisión de la vivienda familiar/habitual en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. 3.1 Breve referencia a la realización del hecho imponible y cuantificación del impuesto 3.2 Exención por dación en pago de la vivienda familiar/habitual y por las ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

1. INTRODUCCIÓN

El título de este capítulo es la transmisión de la vivienda familiar, y antes de nada requiere que realicemos ciertas aclaraciones, observaciones, al respecto.

La primera de ellas en relación a cuál va a ser nuestro campo de trabajo. Nos vamos a ocupar de los efectos fiscales de la transmisión de la vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que no tenga su origen en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación, ni en la extinción

del régimen económico matrimonial de separación de bienes, de esta cuestión se ocupa otra parte de este tratado. En consecuencia podemos decir que el objeto de nuestro trabajo se concreta en la transmisión de la vivienda por cualquier otra disposición que se realice, mediante operación *inter vivos*, con causa onerosa o lucrativa. Y decimos *inter vivos* puesto que en las transmisiones *mortis causa* el sujeto pasivo será el adquirente, no el transmitente.

La segunda de las aclaraciones/observaciones es la calificación que se le ha concedido a la vivienda en la titulación del trabajo, concretamente como vivienda familiar. En este sentido, y como ya imaginará el lector, la calificación de familiar de la vivienda se la otorgamos nosotros, no es una categoría normativa del derecho tributario, no es un término propio de nuestra disciplina.

Por ello, podríamos comenzar preguntándonos qué es familia, y si la condición de familiar la podemos unir a la vivienda.

El TC se ha manifestado en varias ocasiones respecto a la protección constitucional de la familia, con origen matrimonial o no matrimonial, y también en relación a la pareja de hecho (1). Varios han sido sus pronunciamientos, originados por, entre otras cuestiones, pensiones de viudedad, arrendamientos urbanos y modalidades de tributación, conjunta o separada, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Son principalmente dos los preceptos utilizados para conocer el alcance de la protección que ha de concederse al modelo de convivencia familiar. El artículo 39, 1, de nuestra Carta Magna establece que *«Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»* y el artículo 32, dispone que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».* Lo cierto es que tras la aprobación de la modificación del CC, por la que vino a reconocerse el derecho a contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, puede ser que las argumentaciones en cuanto a no reconocer por igual a la pareja de hecho con el matrimonio, hayan adquirido cierta fortaleza en el ámbito tributario si expresamente no se establece.

Ello no supone que una pareja de hecho no constituya un modo de familia. El artículo 39 del Texto Constitucional no define a la familia, no establece si esa protección solo debe procurarse según sea el origen de la familia, según sea matrimonial o no. Esta falta de especificación ha provocado

(1) En este sentido Molinos Rubio, L. M. (2008), *Régimen fiscal de la extinción de la pareja de hecho*, La Ley, pp. 34-43.

que en ocasiones se haya considerado digna de protección a la familia sin tener en cuenta su origen, mientras que en otras, atendiendo al origen de la familia, en concreto la que trae su causa en un matrimonio, se le haya otorgado un reconocimiento especial por parte del ordenamiento.

En la STC 222/1992 se estableció que *el sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la construcción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales…»* (2).

En la actualidad nadie puede decir que el TC no reconoce a la familia no matrimonial como digna de protección; pero lo que sí que debemos dejar fijado es que nosotros debemos referirnos a la vivienda habitual, y no a la vivienda familiar, acudiremos al término concedido por nuestra normativa, vivienda habitual, en la que suponemos tiene su residencia la familia, sin entrar a distinguir por el modelo de familia, matrimonial o no matrimonial.

2. LA TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR/ HABITUAL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

2.1 **Calificación de la renta obtenida por la transmisión de la vivienda y su cuantificación**

Cuando el titular de un inmueble en el que ha establecido la residencia habitual de su familia se dispone a su transmisión, supondrá que deberá tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en concepto de ganancia patrimonial, o si el valor de transmisión del inmueble es inferior al valor de adquisición como pérdida patrimonial.

(2) Extracto del fundamento jurídico quinto de la sentencia 222/1992 del T. C.

La transmisión de la vivienda constituye una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente y con ocasión de esta alteración se pondrá de manifiesto una variación en el valor de este, que como ya hemos indicado podrá ser constitutivo de ganancia o pérdida patrimonial así se desprende del artículo 33 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales quedarán determinado por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión, y en el supuesto que se hubiesen efectuado inversiones y mejoras en la vivienda, su coste formará parte del valor de adquisición, distinguiéndose la parte del valor de enajenación que corresponda a ello, conforme al artículo 34 del precitado texto legal.

Esta cuestión, la de las mejoras, no resulta pacífica, pues como tal el concepto mejora no queda determinado por la normativa del Impuesto, y la Administración acude a la Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para intentar hacer ver que se entiende por mejora[3], y recuerda que el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, sí que hace referencia a los gastos de reparación y conservación, si bien esa referencia se hace en relación a los gastos deducibles en la determinación del rendimiento del capital inmobiliario, pero no para determinar el valor de adquisición de un inmueble[4].

La transmisión de la vivienda puede tener causa onerosa o lucrativa; y el negocio o título que origine la transmisión puede ser variado, por ejemplo una permuta, e incluso podría tener su causa en una expropiación forzosa, o en una subasta pública, pero nos centraremos principalmente en el negocio tradicional de la compraventa, salvando las especialidades que expresamente recoge la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si bien haremos alguna mínima referencia, y en la donación como negocio lucrativo *inter vivos*.

Si la causa es onerosa el valor de adquisición estará formado por la suma del importe real de la adquisición y el coste de inversiones efectuadas, y los gastos y tributos inherentes a la operación. El valor de

(3) Consulta V0699-23.

(4) En ocasiones se discute si los trabajos que han sido realizados para ajustar los valores tienen la consideración de mejoras o son gastos de conservación y reparación, en cuyo caso no se incluirán en el valor de adquisición. En este sentido la Resolución de 25 de septiembre de 2023 del TEAC considera que *en suma, se requiere un análisis de cada una de las intervenciones, obras, etc. facturadas que el contribuyente pretenda incorporar como mejora al valor de adquisición. Las afirmaciones globales de haberse llevado a cabo una «reforma», «reforma integral» u otras denominaciones no implican per se que estemos ante una ampliación o mejora. La conclusión ha de alcanzarse en un análisis pormenorizado, caso a caso, ponderando en qué medida dichas obras o intervenciones encajan en la conceptuación que se acaba de perfilar. Y, como hemos indicado, ello requiere un sustrato probatorio que acredite que tal inversión conlleva un aumento mensurable de la productividad del inmueble.*

transmisión se minorará en los gastos y tributos accesorios inherentes a la operación cuando hayan sido satisfecho por el transmitente. Los gastos inherentes a las operaciones de adquisición y transmisión son aquellos que correspondan a actuaciones directamente relacionadas con la compra y la venta del inmueble.

Como gastos inherentes a la transmisión se incluyen, entre otros, los gastos de Notaría, en su caso Registro, gestoría, comisiones de la inmobiliaria por la intermediación en la venta y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana. Al igual que los generados en la adquisición, deberán corresponder a cada uno de los propietarios en función de la cuota de titularidad que tengan sobre el citado inmueble. Los gastos deberán acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho ante los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria a quienes corresponde su valoración[5].

Como señala el artículo 36 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, si la transmisión tuviera causa lucrativa, las reglas serán las indicadas anteriormente, tomando como valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, si bien en este caso se determina que el valor no puede exceder del valor del mercado. El legislador está pensando en la ganancia o pérdida patrimonial que se ponga de manifiesto como consecuencia de una donación, nada nos impide imaginar que el titular, de la vivienda que haya constituido la vivienda habitual/familiar, done la propiedad de la misma, o bien done la nuda propiedad y se reserve el usufructo de la vivienda. La especialidad no significa más que sustituir el importe real obtenido en un negocio oneroso por el valor sobre el que se giraría el tributo que sujeta estas operaciones, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; en este impuesto se establece que los valores son siempre valores reales que podrán ser objeto de comprobación, con arreglo artículos 9 y 10 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre que viene a regularlo, aunque hemos de dejar indicado que el apartado 3 del artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece que en caso de inmuebles su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto, salvo que el valor declarado por los interesados fuera superior al valor de referencia; y nos preguntamos si este valor puede ser o no superior al valor del mercado. Esta cuestión podría ser observada con mayor detenimiento: el por qué de que el valor no exceda del real y como afecta la incursión del valor de

(5) Entre otras las consultas: V1110-23, V2584-16 o V0131-04. Sin embargo no son gastos deducibles los gastos financieros generados por el descuento de instrumentos de cobro aplazado –pagarés– *vid.* resolución de 22 de abril de 2021 de TEAC.

referencia en el valor de la adquisición o transmisión; valor de referencia determinado por la Dirección General del Catastro, resultado de un análisis de los precios de las compraventas de inmuebles que se realizan ante fedatario público, que no supera el valor de mercado.

En el caso de que se hubieran practicado amortizaciones el importe de las mismas minorará el valor de adquisición. Lo cierto es que tratándose de vivienda familiar, vivienda habitual, si el inmueble hubiera tenido esta consideración desde el inicio y de forma continuada con carácter general no cabría suponer que se hubieran practicado amortizaciones, ya que las mismas tendrían lugar cuando la vivienda quedara arrendada. Decimos con carácter general sin excluir la posibilidad de poder compatibilizar la condición de vivienda familiar, vivienda habitual, con la constitución de un derecho real de uso y habitación o una afectación parcial del inmueble a una actividad económica, cuestión de la que no nos vamos a ocupar.

En lo referente al valor de transmisión se tomará el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado, siempre que no resulte inferior al valor normal del mercado, deduciéndose los gastos(6) y tributos inherentes a la operación cuando se hubiesen satisfecho por el transmitente. Aquí debemos preguntarnos qué debemos entender por los gastos y tributos inherentes a la operación, todos los que se derivan de la misma, independientemente de quien deba asumirlos, o solo los propios que se generan para el transmitente; en este sentido podemos decir que el Importe del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana correspondiente al vendedor, se minora del valor de transmisión, siempre y cuando haya sido satisfecho por él. Si se pacta que sea el comprador quien lo satisfaga, constituye un mayor valor de adquisición del inmueble y, por lo tanto, no minora el valor de transmisión del vendedor(7).

---

(6) Así, entre otros gastos otros gastos que hayan sido satisfechos por el transmitente, caben citar la minuta del abogado, honorarios del notario, comisión del agente de la propiedad inmobiliaria, certificado de eficiencia energética, etc. (Consulta de la dirección General de Tributos núm. 1114/2001, de 7 de junio 2001; consulta V73-18, de 17 de enero de 2018; consulta V926-18, de 10 de abril de 2018). En caso de procedimiento judicial también minora el valor de transmisión los gastos de abogado y procurador (consulta V73-18, de 17 de enero de 2018). De igual manera, la indemnización pagada a la agencia inmobiliaria como consecuencia del incumplimiento de la cláusula de exclusividad (consulta V2413-18, de 10 de septiembre de 2018). Los gastos de expedición del certificado de eficiencia energética y del estado de deudas con la comunidad también se consideran gastos accesorios (consulta V926-18, de 10 de abril de 2018). No obstante, hay que tener en cuenta que en una compraventa donde se pacten pagos aplazados instrumentados mediante pagarés bancarios, los gastos financieros originados por su descuento no son gastos inherentes a la transmisión y no afectan al cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial (consulta V473-09, de 10 de marzo de 2009; Resolución TEAC 6370/2017, de 22 de abril de 2021).

(7) Puede ocurrir que el impuesto se satisfaga en un periodo impositivo distinto al de la enajenación del inmueble, y por ello el valor de transmisión se determine sin tomar en consideración dicho impuesto. Posteriormente se puede regularizar la situación tributaria minorando del valor de

Hasta ahora no hemos considerado que la vivienda pudiera estar gravada con una hipoteca, cuestión que no afecta en la determinación del valor de la transmisión pero sí tendrá relevancia la cuantificación del préstamo hipotecario y la exención por reinversión en vivienda habitual, tal y como comprobaremos más adelante.

Pasemos a continuación a ocuparnos del concepto de vivienda habitual, ante la inexistencia de concepto propio tributario de vivienda familiar. También en el siguiente apartado atenderemos a la exigencia que se establece de un plazo mínimo de ocupación para que se obtenga la consideración de vivienda habitual.

2.2 **Concepto de vivienda habitual y plazo de ocupación**

En la introducción a este trabajo hemos argumentado el motivo por el que vamos a acudir al concepto de vivienda habitual que se nos concede desde el derecho tributario.

Lo cierto es que lo que interesa ante una operación de transmisión de vivienda, en nuestro caso habitual/familiar, es el trato fiscal que se otorga, principalmente exención de todo o en parte de la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto, atendiendo a unas determinadas circunstancias, y en las que puede encontrarse el inmueble en el que una familia haya establecido su vivienda habitual.

El Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su artículo 41 bis, ofrece el concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones, y en concreto para la prevista en el artículo 38 de la Ley. Así, podemos decir que es vivienda habitual la edificación que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

La primera de las cuestiones que nos asalta es qué debemos entender por edificación. Lo cierto es que no podemos considerar como edificación cualquier tipo de habitáculo en el que el contribuyente resida habitualmente, pensemos en una auto caravana [8] o embarcación [9], que no se han

---

transmisión inicialmente declarado en el importe de la liquidación del impuesto (Consulta V2522-18, de 18 de septiembre de 2018).

(8) En la consulta V1262-04 se determina que la auto caravana homologada como vehículo-vivienda a la que se refiere el escrito de consulta no tiene el carácter de edificación, la misma no cumple los requisitos exigidos por el entonces vigente artículo 51 del Reglamento del Impuesto para ser considerada como vivienda habitual– a efectos de tener derecho a la exención por reinversión–.

(9) En este sentido, la consulta V0637/20 en la que se planteaba la exención por reinversión de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto por la transmisión de la vivienda habitual y destinar el importe obtenido a la adquisición de una embarcación y un amarre con la intención de establecer en ella su vivienda habitual. La Dirección General de Tributos recuerda que el concepto de vivienda habi-

considerado edificaciones; sin embargo sí que se ha admitido como edificación a una casa prefabricada, un local acondicionado para vivienda, e incluso un local de negocio.

El plazo mínimo exigido de ocupación, tres años, puede ser inferior si se produce el fallecimiento de contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio; las circunstancias que expresamente se contemplan en la norma, no siendo un numero clausus, son las que vienen admitiéndose sin discusión por la administración: celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, pudiendo admitirse otras análogas justificadas.

En los siguientes apartados observaremos las circunstancias que originan que la ganancia patrimonial puesta de manifiesto por la transmisión de la vivienda obtenga un trato fiscal específica.

2.3 **Exclusión de gravamen de la ganancia obtenida por reinversión**

Tal y como indica el artículo 38 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas pueden excluirse de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente siempre que el importe total obtenido se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda (familiar/habitual). En el caso en el que el importe de lo reinvertido sea inferior a lo percibido en la transmisión, se excluirá de tributación la parte proporcional que corresponda a la cantidad reinvertida.

Varias pueden ser las incidencias que se presenten en la aplicación de la exención por reinversión de la ganancia obtenida, de las que nos ocupamos en los siguientes apartados, pero ya debemos dejar indicado que no se exige entre las condiciones de reinversión que la ubicación de la nueva vivienda habitual deba estar en territorio español[(10)]

2.3.1 *Tipo de edificación de la reinversión*

La nueva vivienda habitual debe ser una edificación, que no tiene porque ser exclusivamente un habitáculo que identificaríamos como apropiado para ser destinado a vivienda (apartamento, piso, casa, chalet, etc.)

---

tual se entiende por tal la edificación, y en consecuencia, del concepto de edificación resulta excluido cualquier automóvil o embarcación, por lo que en el caso no resultará de aplicación la exención por reinversión a la ganancia patrimonial obtenida por la transmisión de la vivienda habitual.

(10) Consulta V1076-24, de 21 de mayo de 2024.

sino que también se ha procedido a reconocer[11] la aplicación de la exención de la ganancia obtenida si la misma se ha destinado a la adquisición de un local para transformarlo en vivienda, y a las obras de reforma del mismo con la intención de que se convierta en su vivienda habitual.

Así, según la consulta antes citada, V3105-23, se entiende que, en cuanto a la adquisición del local, *debe advertirse que dentro del concepto de vivienda habitual regulado en el IRPF se incluye todo tipo de edificación, aun cuando ésta no cumpla con la normativa urbanística propia de la misma o se ubique en un suelo que no disponga de la calificación requerida para edificar, con independencia de la calificación que pudiera tener en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, para que la edificación pueda ser considerada como vivienda habitual ha de estar acondicionada o susceptible de ser acondicionada como vivienda, y reunir los requisitos de titularidad, residencia efectiva y permanencia por parte del contribuyente requeridos por la normativa del Impuesto; una vez acondicionado como vivienda, podrá disfrutar de cuantos beneficios fiscales establezca el IRPF para las viviendas habituales con carácter general, con los mismos requisitos, condiciones y limitaciones. Las edificaciones consistentes genéricamente en locales, así son, según la normativa del sector, espacios destinados a actividad industrial o económica. No obstante, de acuerdo con lo aquí señalado, si el consultante destinara dicho local o espacio a residencia habitual, al estar o haberlo acondicionado como vivienda, podrá disfrutar de cuantos beneficios fiscales establece el IRPF para las viviendas habituales con carácter general, con los mismos requisitos, condiciones y limitaciones.*

2.3.2 *Título de la vivienda que se transmite y que se adquiere*

La Dirección General de Tributos viene manteniendo el criterio de exigir al contribuyente, para la aplicación de los beneficios relacionados con la residencia habitual, como la presente exención, la titularidad del pleno dominio, aunque sea compartido, tanto del inmueble que se trasmite como del que se adquiere, no bastando por tanto con la nuda propiedad sobre el inmueble[12]. Así, por ejemplo, la Dirección General de Tributos no admite la aplicación de la exención por adquisición del derecho de usufructo[13]. La exigencia de la nuda propiedad no se requiere solo sobre la construcción, sino también del terreno sobre el que se asienta[14].

(11) Consulta V3105-23, de 28 de noviembre de 2023.
(12) En este sentido, consulta V0059-22, de 14 de enero de 2022.
(13) Consulta 241/1995 Dirección General de Tributos de 11 julio 1995.
(14) Consulta V1837-20, de 9 de junio de 2020.

En el caso concreto de la exención de la ganancia patrimonial por reinversión en vivienda habitual, el TS mantiene este mismo criterio, así su sentencia de 12 de diciembre de 2022, STS 1627/2022.

En relación con la adquisición a título gratuito, la reinversión de la ganancia por transmisión de vivienda habitual no se admitirá por la administración tributaria si la nueva vivienda que reciba el carácter de habitual se adquiere por herencia[15].

2.3.3 *Permanencia en la vivienda que se transmite*

La exención por la ganancia de la vivienda que se trasmite solo será aplicable si dicha vivienda ha constituido vivienda habitual del contribuyente durante al menos un periodo de tres años, sin perjuicio de las salvedades previstas por la ley, como en caso de fallecimiento u otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tal y como hemos hecho referencia con anterioridad y conforme a lo dispuesto en el artículo 41bis, párrafo segundo, del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

2.3.4 *Cuantificación del préstamo hipotecario en la exención por reinversión en vivienda habitual*

Tal y como hemos indicado con antelación, la reinversión del importe obtenido en la transmisión de la vivienda para la adquisición de una nueva vivienda puede ser total o parcial. No es complicado realizar la operación, si se enajena la vivienda en 200.000,00 euros –descontados todos los gastos inherentes a la operación– y se adquiere una nueva por 150.000,00 euros –incluidos todos los gastos inherentes a la adquisición–, la proporción de lo reinvertido es del 75 por ciento, por lo que la ganancia que quede exenta no será la totalidad, si no solo el 75 por ciento de la misma, que en el caso sería el 75 por ciento de la ganancia patrimonial obtenida, 50.000,00 euros, por lo que quedarían exentos 37.500,00 euros.

La cuestión de la que ahora nos ocupamos surge cuando de los 200.000,00 euros que se han obtenido en la enajenación se debe destinar una parte de esa cantidad a cancelar la hipoteca, préstamo, que se solicitó en el momento de su adquisición. Acudiremos al artículo 41.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que deja

(15) Entre otras, consulta V0019-22, de 4 de enero de 2022.

establecido que cuando para adquirir la vivienda transmitida el contribuyente hubiera utilizado financiación ajena, se considerará, exclusivamente a estos efectos, como importe total obtenido el resultante de minorar el valor de transmisión en el principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortizar en el momento de la transmisión.

De ese modo, siguiendo con el supuesto anterior, si quedara de amortizar en el momento de la transmisión la cantidad de 30.000 euros, el importe de la transmisión para calcular el porcentaje de ganancia exenta se calcularía minorando los 30.000,00 euros a los 200.000,00 euros de la transmisión, por lo que la relación sería 170.000,00 sobre 150.000,00 euros, y quedaría exenta el 88,23 por ciento de la ganancia obtenida, ascendiendo la exención a 44.115,00 euros aprox.

2.3.5 *Plazo de reinversión*

Para poder declarar exenta la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda, el importe de la enajenación debe destinarse a la adquisición de una nueva vivienda en un plazo no superior a dos años, de una sola vez o sucesivamente, independientemente del plazo o modalidad de pago, pensamos en el pago a plazo o con precio aplazado.

La adquisición de la nueva vivienda puede ser anterior a la enajenación de la vivienda que se transmita, para ello la enajenación debe realizarse en los 2 años siguientes a la adquisición de la nueva vivienda, y siempre que la cantidad obtenida se destine a su pago, observando en todo momento la proporción de lo destinado, total o parcial.

Si las cantidades obtenidas se destinaran a la construcción de una futura vivienda sería preciso que la totalidad del importe recibido se destine a la construcción de la nueva vivienda, y en el plazo de dos años a partir de la venta, y que la nueva vivienda se construya en el plazo de cuatro años. Este último criterio es resultado de la interpretación que realiza el TS, de la normativa que vigente a 31 de diciembre de 2012 regulaba la deducción por vivienda habitual, así en su sentencia de 23 de febrero de 2022, se entiende cumplido el requisito temporal de dos años si el contribuyente reinvierte el importe obtenido en una vivienda en construcción, sin que sea preciso que adquiera el dominio mediante la entrega material de la misma, o de que su construcción haya concluido.

Como ya hemos advertido con anterioridad en otro apartado de esta obra colectiva es la relativa al plazo de reinversión se tratará del plazo de reinversión en el caso de divorcio para el cónyuge que deja la vivienda que hasta entonces había sido la familiar.

2.4 **Exención de la ganancia patrimonial por la dación en pago de la vivienda habitual**

En el apartado d) del núm. 4 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se establece que quedará exenta del Impuesto la ganancia que se ponga de manifiesto con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, al igual que la transmisión que se produzca en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales, siempre que concurran los mismos requisitos.

La configuración que realiza el legislador del Impuesto es coincidente hasta este punto con la que ha llevado a cabo en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, o plusvalía municipal, de lo que nos ocuparemos más adelante por lo que obviamos su análisis en este momento, si bien queremos detenernos en el criterio expresado por la Dirección General de Tributos que viene a entender que la dación que se realizara a un particular que no realiza de manera profesional actividades de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, debe ser objeto de la exención prevista, siempre que se cumplan el resto de requisitos, no apreciando impedimento en la previsión legal y siendo acorde con la finalidad de la norma, cuando el tercero ha sido autorizado e impuesto por la entidad acreedora, o se haya subrogado en el crédito; no se exige que la transmisión en que consiste la dación se haga a favor de la misma entidad de crédito, la cuestión reside en que la deuda haya sido contraída con entidad de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios[16]. Tan solo dejar anotado, y de ello se ha ocupado la doctrina, que no es imprescindible la cancelación total de la deuda originaria[17].

Sí que reparamos en lo que supone una diferencia ostensible en uno de los requisitos para que opere la exención en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se exige que el transmitente no disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda y evitar la enajenación de la vivienda[18], que por su cuantía

(16) Consulta V0223-23, de 13 de febrero de 2023.

(17) En este sentido Paladini Bracho, I (2020), «La tributación de la dación en pago en cuanto situación familiar problemática», en *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Cubero Truyo, A (dir) y Toribio Bernárdez, L (dir), Aranzadi, pp. 423-441.

(18) Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2020.

pudiera cubrir la totalidad de la deuda, no haciéndose extensible a cualquier otro miembro de su unidad familiar tal y como comprobaremos en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Por ello será totalmente independiente que cualquier miembro de la unidad familiar disponga de bienes o derechos que puedan hacer frente a la deuda que se extingue con la dación en pago, y se atenderá a la situación patrimonial del transmitente en el momento en el que se pueda evitar la enajenación de la vivienda, no impidiendo la aplicación de la exención al hecho de que con posterioridad se alcance mejor fortuna.

Otros aspectos a tener en cuenta en las consecuencias que se producen por la dación en pago de la vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es la cuantificación de la ganancia o pérdida patrimonial, si bien estando la ganancia exenta parecería que no es un elemento a tratar con detenimiento, sí que deberíamos determinar el importe exacto, más aún cuando si constituyera una pérdida patrimonial. Lo primero cómo cuantificar la pérdida o ganancia, la misma se determinaría por la diferencia entre el valor de adquisición, y la diferencia entre el valor del inmueble en el mercado o el valor de la deuda que se cancela. Esta cuestión que fue aclarada por la Dirección General de Tributos al dictaminar que la ganancia o pérdida patrimonial vendrá determinada por la diferencia entre el valor de adquisición de la vivienda y el mayor del importe de la deuda cancelado o el valor de mercado de la vivienda en el momento de la dación en pago[19].

Y la segunda de las cuestiones es cómo debería tratarse la renta generada por la ejecución de la garantía hipotecaria prestada por un tercero garante, independientemente de la renta generada por la dación en pago, que como ya hemos visto si se hubiera puesto de manifiesto una ganancia esta quedará exenta. El hecho es que el garante ha asumido la garantía de la deuda de un tercero, que al no hacer el deudor frente a ella se ha visto el garante obligado a hacer entrega en dación de pago de su vivienda habitual. Esta entrega supone para el garante una pérdida patrimonial, por ejecución de la garantía, que deberemos concretar cuando se genera y las condiciones que se establecen para su reconocimiento, y en qué tipo de renta se integra, si en la renta general o en la renta del ahorro. Para determinar el cuando se genera la pérdida patrimonial por la ejecución de la garantía, y consecuente entrega de su vivienda habitual en dación en pago, tenemos que considerar que el garante será desde ese momento titular de un derecho de crédito frente al sujeto al que prestó la garantía, por lo que hasta que ese derecho de crédito no sea materialmente incobrable no podrá suponer una pérdida patrimonial.

(19) Informe 1856/11, de 10 de mayo de 2012, de la Dirección General de Tributos.

Debido a la extensión de este trabajo, dejar tan solo referenciada la exención que regula la disposición adicional cuadragésima tercera de las rentas obtenidas en los procedimientos concursales[20], si bien se impide la exención si el origen de la deuda deriva del ejercicio de actividades económicas.

2.5 **Exención para mayores de 65 años de la ganancia obtenida por la transmisión de la vivienda**

La ganancia patrimonial que se genera con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual/familiar por personas mayores de 65 años, o en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se declara exenta en el artículo 33.4.b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[21].

A efectos de aplicación de esta exención, se entenderá conforme al artículo 41 bis apartado 3 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión[22]; se ha considerado que, si ha dejado de ser la vivienda habitual, por la causa que fuera, se dispone de un plazo de dos años para su venta sin pérdida del derecho a la correspondiente exención[23].

---

(20) Siendo del siguiente tenor: *Estarán exentas de este Impuesto las rentas obtenidas por los deudores que se pongan de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas, establecidas en un convenio aprobado judicialmente conforme al procedimiento fijado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologado a que se refiere el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta de dicha Ley, en un acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere el Título X o como consecuencia de exoneraciones del pasivo insatisfecho a que se refiere el artículo 178 bis de la misma Ley, siempre que las deudas no deriven del ejercicio de actividades económicas.*

(21) Es el artículo 26 de la Ley 39/2006 el que determina las situaciones de dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; y gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

(22) Consulta V0010-20, de 9 de enero de 2020.

(23) Consulta V0018-21, de 12 de enero de 2021. En esta consulta se plantea si el contribuyente que dejó de residir en la que había sido su vivienda habitual, cediéndola en alquiler, y no habiendo procedido a su venta en el plazo de dos años desde que dejó de ser su vivienda habitual, tendría derecho a la exención por ser mayor de 65 años si volviera a la que fue su vivienda habitual y procediera a su venta en un año; la respuesta es que para que resulte aplicable la exención prevista

En el momento de la transmisión se ha debido de cumplir los 65 años, y la transmisión debe tenerse en consideración que el Derecho español, que conforme dictamina el TS, y la opinión mayoritaria de la doctrina, recoge la teoría del título y el modo, de manera que la constancia de un contrato de compraventa en documento privado no transfiere por sí sola el dominio si no se acredita la tradición de la cosa vendida, si bien esta cuestión puede ser matizada como veremos más adelante. La tradición puede realizarse de múltiples formas, entre las que pueden citarse para los bienes inmuebles: la puesta en poder y posesión de la cosa vendida, la entrega de las llaves o de los títulos de pertenencia o el otorgamiento de escritura pública; dicho otorgamiento, conforme dispone el CC, equivale a la entrega siempre y cuando de ésta no resulte o se deduzca lo contrario[24].

La titularidad de la vivienda puede ser compartida y que no todos los contribuyentes que la transmitan hayan alcanzado los 65 años. En estos casos solo el contribuyente mayor de 65 podrá declarar exenta la ganancia patrimonial conforme al artículo 33. 4, b) de la Ley del Impuesto, mientras que el contribuyente que no haya alcanzado dicha edad podrá aplicar la exención por reinversión de la ganancia por su participación en la vivienda, siempre y cuando reinvierta dicha participación en la adquisición de una nueva vivienda habitual dentro del plazo de dos años desde dicha transmisión.

Puede ocurrir que la persona mayor de 65 años o dependiente se haya trasladado por motivos de salud a otra vivienda, retornando al cabo de un tiempo, y sin haber transcurrido el plazo determinado reglamentariamente para considerarse de nuevo vivienda habitual, 3 años, precise de nuevo trasladar su residencia. Esta necesidad de cambiar de residencia no constituiría una decisión voluntaria del contribuyente, operando la excepción a la obligación de permanencia en la vivienda durante los tres años requeridos para considerar a la vivienda como habitual[25]. Por tanto, si concurren todos los anteriores elementos, tratándose de la vivienda habitual del transmitente, por cumplir los requisitos reglamentarios para tener tal consideración, y ser mayor de 65 años, la ganancia patrimonial que pudiera derivarse de la transmisión de la propiedad de la vivienda estaría exenta de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

---

en el artículo 33.4 b) de la LIRPF sobre la ganancia patrimonial que se obtenga de la venta, el citado inmueble debe haber alcanzado, para el consultante, la consideración de vivienda habitual, lo cual no se cumpliría si se enajena antes del trascurso de tres años a computar desde la fecha en que volvió a residir de manera continuada en la misma.

(24) Consulta V0035-23, de 16 de enero de 2023. En el caso se consulta si se celebra un contrato de arras o un arrendamiento con opción de compra antes de cumplir los 65 años se entenderá que se ha realizado la transmisión. La respuesta es que a ganancia o pérdida patrimonial derivada de la venta de una vivienda se entenderá producida en el periodo impositivo en el que se otorgue la escritura pública, salvo que se acredite la entrega de la misma en un momento anterior.

(25) Consulta V0078-22, de 19 de enero de 2022.

2.6 **Otras ganancias excluidas de gravamen para contribuyentes mayores de 65 años**

En el número 3 del artículo 38 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se contempla la posibilidad de excluir de gravamen las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la trasmisión de elementos patrimoniales por contribuyentes de 65 años, por ello la transmisión de un inmueble destinado a vivienda familiar aunque no haya alcanzado la condición de habitual por no cumplir con los requisitos fijados por la normativa, constituiría el presupuesto de hecho de la exención.

El legislador condiciona que la cantidad obtenida se destine a la constitución de una renta vitalicia, y limita la cantidad máxima total reinvertida que no puede superar los 240.000 euros por contribuyente. Si el importe reinvertido fuera inferior al total de lo percibido la exención de la ganancia será proporcional a la cantidad reinvertida. También queda previsto que el contribuyente hubiera realizado reinversiones con anterioridad, en ese caso únicamente se considerará reinvertido el importe de la diferencia entre 240.000 euros y el importe de las reinversiones anteriores.

Puede ocurrir que la reinversión no se realice en el mismo año de la enajenación, en ese caso el contribuyente vendrá obligado a hacer constar en la declaración del Impuesto del ejercicio en el que se obtenga la ganancia de patrimonio su intención de reinvertir en las condiciones y plazos señalados.

A diferencia de la exención prevista en el artículo 38 de la Ley del Impuesto, que la aplica tanto a las personas mayores de 65 años como a personas en situación de dependencia cualificada, en este caso no se contempla para las personas dependientes de forma expresa, exclusión/omisión que no llegamos a comprender

Debido a la extensión del trabajo no hacemos referencia a las posibles disposiciones normativas autonómicas que se hayan fijado en el ejercicio de su competencia.

2.7 **Hipoteca inversa sobre la vivienda familiar**

Queríamos realizar, en este apartado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la referencia relativa a la denominada hipoteca inversa, si bien en puridad no es un modo de transmisión de la vivienda para el titular de la misma.

La figura se encuentra regulada en la Disposición adicional primera de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (26).

La hipoteca inversa es una operación extendida en los años posteriores a la crisis financiera y económica de 2008, aunque en los últimos años, a partir de 2020, se ha experimentado un aumento según datos del Consejo General del Notariado. Conforme al Banco de España (27) la hipoteca inversa se trata de un crédito o préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre la vivienda habitual, concedido normalmente a través de prestaciones periódicas, a una persona mayor de 65 años o con un grado de discapacidad (igual o superior al 33 %) o dependencia (dependencia severa o gran dependencia), no siendo exigible su devolución hasta el momento de su fallecimiento.

Al contrario que en una hipoteca normal, la deuda no va disminuyendo con el tiempo, sino aumentando conforme se realizan los pagos estipulados, hasta que un tercero (los herederos del deudor y propietario del inmueble) opte por asumirla como propia en caso de interesarle mantener la propiedad del inmueble. Con su contratación se suele buscar cubrir las necesidades económicas familiares de la vejez y de la dependencia.

Aunque no se trate como tal de una verdadera transmisión de la vivienda habitual, creemos conveniente dejar escritas una serie de notas sobre su régimen fiscal, que puede afectar a la vivienda familiar.

La Disposición adicional decimoquinta de la LIRPF establece que *no tendrán la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años, así como de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia… siempre que se lleven a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia…*, por lo que el importe del préstamo o crédito que se reciba derivado de la misma no generará rentas sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (28).

En relación con los herederos que debieron cancelar el crédito para mantener la propiedad sobre la vivienda recibida en herencia, cuando estos posteriormente se propongan trasmitir la misma vivienda existirá una

(26) Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

(27) Banco de España, *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, 2.ª Edición, Madrid, 2017 (disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Ficheros/GUIA.pdf).

(28) Por todas, consulta V3624-15, de 19 de noviembre de 2015.

posible ganancia o pérdida patrimonial. En ese caso, conforme al criterio de la Dirección General de Tributos [29], el pago del crédito pendiente para cancelar la hipoteca inversa se tendrá en cuenta en el cálculo del valor de adquisición, el cual estará formado por la suma del valor conforme a las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y los gastos y tributos inherentes, por lo que la carga de la hipoteca inversa que gravaba el inmueble heredado se habrá tenido en cuenta como deuda deducible a efectos de la determinación de la base imponible de dicho impuesto, reduciendo el valor de adquisición en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, el importe satisfecho para la amortización de la hipoteca inversa no disminuirá el valor de transmisión dado que no puede tener la consideración de gasto inherente en virtud de las normas de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [30].

2.8 La transmisión de las viviendas adquiridas entre el 12 de mayo de 2012 y el 31 de diciembre de 2012

La Disposición adicional trigésima séptima de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas viene a establecer que quedarán exentas en un 50 por ciento las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en la transmisión de inmuebles urbanos, a nuestros efectos de vivienda familiar, siempre que hayan sido adquiridos a título oneroso desde la entrada en vigor del Real Decreto 18/2012, 12 de mayo de 2012, y hasta el 31 de diciembre de 2012.

La exención no resultará aplicable si la vivienda se hubiera adquirido o transmitido a su cónyuge, a cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas anteriormente citadas, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del CCom, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Como podemos deducir de la interpretación literal de la norma nada impide que la adquisición o transmisión se realice entre los miembros de una pareja de hecho.

La disposición deja previsto que si el inmueble transmitido fuera la vivienda habitual del contribuyente, la ganancia patrimonial que no quedara exenta conforme a lo dispuesto en la misma, al restante 50 por ciento de ganancia patrimonial le resulta de aplicación lo dispuesto para la

(29) Consulta V1036-21, de 21 de abril de 2021.
(30) Consulta V1036-21.

exención que corresponda a la cantidad reinvertida en una nueva vivienda habitual, en los términos y condiciones previstos en el artículo 38, segundo párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en la parte proporcional que corresponda.

2.9 La transmisión de la vivienda adquirida con anterioridad al 31 de diciembre de 1994

No podemos finalizar el apartado dedicado a los efectos que se producen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la transmisión de la vivienda sin obviar que el régimen ordinario que acabamos de observar en sus reglas generales y específicas no se ha mantenido invariable en el tiempo.

Como se habrá advertido ninguna es la posibilidad de actualizar el valor de adquisición del inmueble, como sí que ocurrió tiempo atrás; pero el legislador trata de respetar las expectativas creadas por los contribuyente sobre un régimen fiscal anterior, que venía a corregir los efectos, más o menos perniciosos, de la inflación que siempre se supuso se iba a producir en los bienes inmuebles con generalidad, afirmación que épocas recientes nos han demostrado que no siempre tiene que ser así.

La disposición transitoria novena de la LIRPF establece un régimen transitorio aplicable a las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, fecha clave porque se entiende que los titulares de bienes y derechos adquiridos antes de la misma habían consolidados sus expectativas en el momento en el que se inició el cambio del trato fiscal[31].

La determinación de la ganancia o pérdida patrimonial[32], que en un inicio se debe valorar con arreglo a las reglas de cálculo generales o específicas vistas hasta el momento, si el resultado arrojase una diferencia positiva, es decir si se pusiera de manifiesto una ganancia patrimonial, procederá la corrección de la ganancia atendiendo al tiempo que la vivienda haya permanecido en el patrimonio del contribuyente desde que se adquirió hasta el 31 de diciembre de 1996; la ganancia que se entienda generada

(31) La STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2019 considera que queda probado que la adquisición fue anterior a 1994, pese a que la escritura publica de compra fuera de 1995, del conjunto de la circunstancias que rodean la adquisición se desprende que la compra fue efectivamente en fecha anterior a 1994, entre otras por la cantidad pagada a la fecha del contrato privado de compraventa, un 98,88%; porque en el momento de la elevación a escritura pública del contrato no se indicó que ello equivaliera a la tradición; y numerosos documentos que evidencian actos de dominio (comunidad de propietarios, correspondencia, facturas,…).

(32) Seguimos a Jiménez Compaired, I., *et al.* (2007), *El impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Ley* 35/2006, La Ley, pp. 175-180.

con posterioridad hasta la fecha en la que efectivamente se transmita no será corregida. Antes de continuar hemos de advertir que la aparente distorsión de fechas 1994 versus 1996, se debe a la condición que dispone el legislador en la literalidad de la norma: *se reducirá en el importe resultante de aplicar los siguientes porcentajes por cada año de permanencia de los señalados en la letra a) anterior que exceda de dos.*

De la ganancia patrimonial que resulte se distinguirá la parte que se haya generado con anterioridad a 20 de enero de 2006, calculando los días que hayan transcurrido entre la fecha de adquisición y el 19 de enero de 2006, ambos inclusive, respecto del número total de días que la vivienda haya permanecido en el patrimonio del contribuyente; la parte de la ganancia que se hubiera generado con anterioridad al 20 de enero de 2006 se reducirá en el porcentaje que corresponde de reducción a los bienes inmuebles, por cada año computable, en el caso de la vivienda corresponderá el 11,11 por ciento, el número de años se redondeará siempre por exceso.

No resulta tan inusual tener que acudir a este régimen transitorio para calcular la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la vivienda familiar, y pensemos en el caso que la vivienda familiar adquirida conjuntamente para una sociedad de gananciales antes de 1994, uno de los miembros del matrimonio fallece antes de 1994, y se instituye el usufructo sobre el 50 por ciento de la otra mitad del pleno dominio del inmueble; para los herederos la fecha de adquisición de la vivienda será la del respectivo fallecimiento, pues la extinción del usufructo por el fallecimiento del usufructuario no comporta, en el IRPF, una nueva adquisición por quien detenta la nuda propiedad[33].

---

(33) Dejamos indicadas a continuación las consultas vinculantes relacionadas que, entre otras, consideramos muy ejemplificativas de la mayor parte de lo tratado,

– V0159-23 El consultante señala que actualmente se encuentra viviendo en Córdoba en régimen de arrendamiento, como consecuencia de que allí se encuentra su actual centro de trabajo. Indica que en mayo de 2023 se va a jubilar y se trasladará, junto a su mujer con la que se encuentra casada en régimen de gananciales desde 1988, a Chiclana de la Frontera, lugar en el que ambos tienen una vivienda en pro indiviso adquirida en 1991. Indica que dicha vivienda ha constituido su residencia habitual durante varios periodos, en concreto entre 1991 y 2006 y desde 2013 a 2017. Debido a que sus hijas se han independizado y la vivienda, según indica, es muy grande para satisfacer sus necesidades, van a proceder a la venta de su vivienda y adquirir otra en la misma localidad. *Si la vivienda de Chiclana de la Frontera, en el momento de trasladarse a ella tras la jubilación, tiene la consideración de vivienda habitual. En caso afirmativo, si resultaría aplicable la exención por reinversión en vivienda habitual.*

– V0312-17 El consultante y sus cuatro hermanos adquirieron una vivienda en dos momentos distintos: el 50 por 100 de la nuda propiedad al fallecimiento de su padre en el año 1989, siendo usufructuaria la madre, sin haber efectuado la liquidación de la sociedad de gananciales, ni la declaración de herederos ni la aceptación de la herencia, y el pleno dominio del 50 por ciento restante al fallecimiento de la madre en el año 2011, consolidando el pleno dominio del 50 por ciento anterior. En ese momento fue cuando se liquidó la sociedad de gananciales y se aceptaron ambas herencias. La vivienda ha sido vendida en el año 2016. *Valor de adquisición a efectos del cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial.*

No hemos advertido hasta el momento que para la aplicación de este régimen transitorio el inmueble no debía estar afecto a actividades económicas, lo que en nada atañe a lo que estamos tratando, excepto que en la vivienda también se ejercitara una actividad económica, lo que denominamos como afectación parcial.

Para finalizar debemos dejar indicado que solo se beneficiarán de reducción las transmisiones con un valor global de 400.000 euros, por lo que todo lo que exceda de dicho importe no se tomará en consideración para aplicar los coeficientes reductores.

3. LA TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR/HABITUAL EN EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aún siendo un impuesto que las entidades locales no están obligadas a exigir no podemos obviar que en la actualidad es el tercer ingreso para las arcas municipales, tal y como se comprueba con los datos que se ofrecen en la publicación que tiene por objeto ofrecer las cifras que caracterizan y definen las Haciendas Locales[34], y como tal somos conscientes que la mayoría de las operaciones de transmisión de vivienda serán gravadas por este impuesto.

No entraremos a relatar las vicisitudes que ha recorrido esta figura en los últimos 10 años, ni como ha quedado la determinación de la base imponible tras la reforma articulada tras la STC 182/2021, de 26 de octubre, por el RDL 26/2021 de 8 de noviembre, nosotros acudiremos a los espacios en los que la transmisión de la vivienda familiar/habitual del contribuyente sea un elemento diferenciador en la aplicación del impuesto. Por ello, avanzamos que traeremos las siguientes cuestiones: la entrega de la

– V0160-11 El consultante está casado en régimen de separación de bienes. El matrimonio posee dos viviendas: de la vivienda habitual la esposa tiene el 50 por 100 de la propiedad desde el año 1983 y el usufructo vitalicio de la otra mitad por sentencia judicial de 1991, el consultante tiene la nuda propiedad del otro 50 por 100 de la vivienda desde 1993 (adquirida al ex marido de su esposa). De la segunda vivienda cada cónyuge es propietario al 50 por 100. Se pretende la extinción del condominio adjudicando a la esposa el 50 por 100 de la nuda propiedad de la vivienda habitual que posee el consultante al cual se le compensaría bien con una cantidad en metálico, bien adjudicándole el 100 por 100 de la propiedad de la segunda vivienda complementándose si fuera necesario, con otra cantidad en metálico. *Tributación de la operación.*

(34) https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionEELLs/HaciendasLocalesencifras.aspx.

vivienda por dación en pago y la consideración de la vivienda como habitual del causante a los efectos de la aplicación de la bonificación en cuota, aun siendo más una cuestión de adquisición que de enajenación. Recordamos que no nos ocupamos de la transmisión que pueda tener su origen en procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

3.1 **Breve referencia a la realización del hecho imponible y cuantificación del impuesto**

Cuando se transmite un inmueble de naturaleza urbana, la vivienda habitual familiar, o constituya un derecho real limitativo del dominio, el IIVYNU grava el incremento de valor que experimenta el terreno, no la construcción, puesto de manifiesto por el paso del tiempo, desde que se adquirió hasta que se transmite.

Tradicionalmente la cuantificación del impuesto se ha venido realizando por un método objetivo: al valor catastral del suelo en el momento de la transmisión, o constitución del derecho, se le aplica un coeficiente determinado por el periodo de generación del incremento.

Ya hemos advertido que el Impuesto se ha sometido a una importante revisión, y de hecho actualmente el método objetivo no es el único que queda previsto para cuantificar el incremento de valor del terreno. Tras la reforma de 2021, el contribuyente podrá determinar que el incremento es menor, o que no existe, comparando los valores de adquisición y transmisión en el periodo de generación.

3.2 **Exención por dación en pago de la vivienda familiar/ habitual y por las ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales**

El artículo 105, 1, c) del Texto Refundido del la Ley Reguladora de las Haciendas Locales dispone que las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, cuando tengan por objeto la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, hipoteca contraída con cualquier entidad que profesionalmente se dedique a actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, equiparando a la dación en pago las ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales[35].

(35) Esta exención fue introducida en 2014, y tal y como relata GARCÍA FRÍAS, M. A. (2020) en «Beneficios fiscales vinculados a la familia aplicable en el Impuesto sobre el Incremento de Valor

No nos detenemos en la naturaleza jurídica y voluntad negocial en la dación en pago, solo queremos dejar indicado, tal y como recoge la STS 509/2020, de 19 de mayo, que *una definición de la dación en pago –si bien referida al supuesto de la vivienda habitual– se encuentra en el «Anexo» Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual*, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (RCL 2012, 315), *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos («BOE» núm. 60, de 10 de marzo de 2012) en cuya virtud la dación en pago de la vivienda habitual es una de las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria y «supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.»;* y puede sostenerse que la dación en pago no queda desnaturalizada ni muta de naturaleza por el hecho de que se haga a favor de un tercero, distinto del acreedor hipotecario, siempre que sea este el que imponga tal condición para acceder a la dación y la acepte como extintiva de la obligación del deudor hipotecario, puesto que la redacción literal de la exención no limita taxativamente a favor de quién ha de hacerse la dación[36]

Reparemos en quién ha de ser el transmitente, puesto que este puede no ser el deudor hipotecario si no un garante que haya prestado su vivienda para garantizar la deuda de un tercero. Sobra decir que el transmitente ha de ser siempre una persona física, no cabe que la vivienda transmitida en dación de pago sea una sociedad, aunque en esa sociedad sea de un único socio, y en ella este tenga fijada su vivienda habitual.

Se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años. Expresamente se establece que el transmitente haya estado empadronado en la vivienda objeto de transmisión al menos los dos años anteriores al ese momento, pudiendo siendo inferior el plazo si no hubieran transcurrido dos años desde su adquisición. Lo cierto es que pese a criterios administrativos interpretativos restrictivos podemos decir, y según ya hemos podido indicar con anterioridad, que el hecho de no estar empadronado no supone que la vivienda

---

de los Terrenos de Naturaleza Urbana» en *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Cubero Truyo, A (dir.) y Toribio Bernárdez, L (dir.), Aranzadi, pp. 981-997, con anterioridad estuvo precedida por un precepto que eximía del pago del impuesto al transmitente por interposición de la figura del sustituto del contribuyente que recaía en el adquirente de la vivienda.

(36) Véase la Consulta V0342-19, de 15 de febrero de 2019.

no haya sido la habitual del transmitente, pudiendo destruirse por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho esta presunción[37].

Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria, cuestión que hemos observado con anterioridad.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, si bien en este caso y a estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita, hecho que no deja de sorprender al ser la única disposición legal en el sistema impositivo estatal que equipara a la pareja de hecho con el matrimonio. La cuestión que queremos preguntarnos en estos momentos, y dejamos sin responder, es si la pareja de hecho tendrá la consideración de unidad familiar a los efectos de comprobar si conjuntamente se dispone de bienes o derechos con los que se puedan hacer frente a la deuda que origina la dación en pago, parece ser que sí, puesto que la ley dispone que se equipara a la pareja de hecho con el matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

García Frías, M. A. (2020), en «Beneficios fiscales vinculados a la familia aplicable en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana» en *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Cubero Truyo, A (dir) y Toribio Bernárdez, L (dir), Aranzadi, pp. 981-997.

Jiménez Compaired, I. *et al.* (2007), *El impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Ley 35/2006*, La Ley, pp. 175-180.

Molinos Rubio, L. M. (2008), *Régimen fiscal de la extinción de la pareja de hecho*, La Ley, pp. 34-43.

Paladini Bracho, I. (2020), «La tributación de la dación en pago en cuanto situación familiar problemática», en *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Cubero Truyo, A (dir) y Toribio Bernárdez, L (dir), Aranzadi, pp. 423-441.

(37) Criterios interpretativos restrictivos como los que encontramos en la Consulta V1410-19, de 12 de junio de 2019, que declara no aplicable la exención del artículo 105, 1, c) del TRLRHL al cónyuge que tras la ruptura matrimonial no ha estado empadronado en la vivienda que se transmite en dación en pago, y puestos en relación con los criterios establecidos en la STS de 5 de mayo de 2023.

C. Fiscalidad del arrendamiento de vivienda habitual */**

Sofía Borgia Sorrosal
Profesora Contratada Doctora
Universidad Francisco de Vitoria
s.borgia.prof@ufv.es

Resumen: *Al hablar de la fiscalidad del arrendamiento de vivienda habitual en España debemos atender a dos perspectivas, la fiscalidad del arrendador propietario de vivienda en alquiler y la fiscalidad del arrendatario, sean éstos personas físicas o jurídicas. En este capítulo se revisarán las principales obligaciones y ventajas fiscales previstas en la legislación para ambas partes. Estructuraremos el capítulo entorno a estas dos cuestiones: la fiscalidad para el arrendador y la fiscalidad para el arrendatario, atendiendo a la normativa vigente en 2024. Asimismo, se analizarán aspectos controvertidos derivados de la legislación actual, para todos los sujetos implicados.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-100), IP: Matilde Cuena Casas, del que soy miembro del equipo investigador.

** Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación: «Retos Jurídicos para un uso eficiente y sostenible de las viviendas vacías», financiado por la Universidad Francisco de Vitoria, en la convocatoria competitiva 2023, con una duración de dos años desde enero 2023 hasta diciembre 2024, dirigido por Maria Goñi Rodriguez de Almeida, y con una financiación de 7000 euros.

Palabras clave: *Vivienda habitual, fiscalidad del arrendador, fiscalidad del arrendatario, deducciones por arrendamiento, reducción rendimiento capital inmobiliario.*

Abstract: *When talking about the taxation of renting a habitual residence in Spain, we must consider two perspectives, the taxation of the landlord who owns the rental property and the taxation of the tenant, whether they are natural or legal persons. This chapter will review the main tax obligations and advantages provided for in the legislation for both parties. We will structure the chapter around these two issues: taxation for the lessor and taxation for the tenant, taking into account the regulations in force in 2024. Likewise, controversial aspects derived from current legislation will be analyzed, for all the subjects involved.*

Keywords: *Primary residence, landlord taxation, tenant taxation, rental deductions, real estate capital return reduction.*

Sumario: 1. Fiscalidad del arrendador de vivienda habitual persona física. 1.1 Obligaciones fiscales. 1.2 Deducciones y ventajas fiscales. 2. Fiscalidad del arrendador de vivienda habitual persona jurídica. 2.1 Obligaciones fiscales. 2.2 Deducciones y ventajas fiscales. 3. Cuestiones controvertidas en la aplicación de la reducción de los rendimientos netos del capital inmobiliario. 3.1 Derivadas de la Ley 11/2021 de 9 de julio. 3.2 Entrada en vigor de la Ley de Vivienda y aplicación de los nuevos tipos de reducción. 3.3 ¿Qué ocurre con la reducción del rendimiento neto cuando el arrendatario es una persona jurídica?. 3.4 Cuando el arrendatario utiliza parte de la vivienda para desarrollar una actividad económica. 3.5 Cuando el inmueble está situado en el extranjero. 4. Fiscalidad del arrendatario de vivienda. 4.1 Obligaciones fiscales. 4.2 Deducciones y ventajas fiscales. 4.3 Tributación de las ayudas directas previstas para los arrendatarios. 5. Recapitulación. Bibliografía.

1. FISCALIDAD DEL ARRENDADOR DE VIVIENDA HABITUAL PERSONA FÍSICA

1.1 **Obligaciones fiscales**

Además de hacer frente al pago del IBI de forma anual, los propietarios de un inmueble arrendado como vivienda habitual, deben tributar por los rendimientos derivados de dicho inmueble en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dentro del apartado de rendimientos del capital inmobiliario, que tributa al tipo de la Base Imponible General del Impuesto.

Para el cálculo del Rendimiento Neto debe tener en cuenta todos los ingresos obtenidos por parte del arrendatario y una serie de gastos deducibles:

– Intereses y gastos de financiación: incluyen todos los intereses pagados por los préstamos contratados, tanto para la adquisición como para las obras de mejora del inmueble.
– Tributos y tasas locales: IBI, tasas de basura y otros tributos locales.
– Seguros: Las primas de seguros relacionados con el inmueble (como seguro del hogar).
– Amortización: El propietario puede incluir como gasto deducible la amortización del del inmueble, que está valorada en el 3% del mayor de estos dos valores: el de adquisición o el valor catastral, excluyendo el valor del suelo.

1.2 **Deducciones y ventajas fiscales**

a) *Reducción del rendimiento neto*

La principal ventaja fiscal con la que cuenta el arrendador de vivienda habitual, con carácter general, es la reducción prevista en los rendimientos netos obtenidos por dicha actividad.

Sin embargo, con la entrada en vigor en enero de 2024 de las nuevas reducciones previstas por la Ley de Vivienda 12/2023, la reducción del rendimiento neto por arrendamiento de vivienda habitual pasa del 60% al 50% con carácter general.

La Ley de vivienda en su Disposición Final Segunda modifica el artículo 23 de la Ley 35/2006 del IRPF, y establece los siguientes porcentajes de reducción del rendimiento neto:

> *«a) En un 90 por ciento cuando se hubiera formalizado por el mismo arrendador un nuevo contrato de arrendamiento sobre una vivienda situada en una zona de mercado residencial tensionado, en el que la renta inicial se hubiera rebajado en más de un 5 por ciento en relación con la última renta del anterior contrato de arrendamiento de la misma vivienda, una vez aplicada, en su caso, la cláusula de actualización anual del contrato anterior.*
>
> *b) En un 70 por ciento cuando no cumpliéndose los requisitos señalados en la letra a) anterior, se produzca alguna de las circunstancias siguientes:*
>
> *1.º Que el contribuyente hubiera alquilado por primera vez la vivienda, siempre que ésta se encuentre situada en una zona de mercado residencial tensionado y el arrendatario tenga una edad comprendida*

entre 18 y 35 años. Cuando existan varios arrendatarios de una misma vivienda, esta reducción se aplicará sobre la parte del rendimiento neto que proporcionalmente corresponda a los arrendatarios que cumplan los requisitos previstos en esta letra.

2.º Cuando el arrendatario sea una Administración Pública o entidad sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen especial regulado en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que destine la vivienda al alquiler social con una renta mensual inferior a la establecida en el programa de ayudas al alquiler del plan estatal de vivienda, o al alojamiento de personas en situación de vulnerabilidad económica a que se refiere la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, o cuando la vivienda esté acogida a algún programa público de vivienda o calificación en virtud del cual la Administración competente establezca una limitación en la renta del alquiler.

c) En un 60 por ciento cuando, no cumpliéndose los requisitos de las letras anteriores, la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento.

d) En un 50 por ciento, en cualquier otro caso».

Como vemos, la Ley 12/2023 introduce muchos supuestos nuevos que dan derecho a porcentajes incrementados de reducción de los ingresos por arrendamiento, pero se trata de supuestos que no dejan de ser excepcionales o puntuales y sin embargo, introduce una disminución de la reducción que, hasta ahora era del 60% y que aplicaba a todos los arrendadores de vivienda habitual, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional.

En definitiva, estamos ante una disminución de la reducción del 60% que ha pasado a ser del 50%, a partir del 1 de enero de 2024 y que se aplicará en la declaración de la renta de 2024. Con esta disminución del incentivo previsto para los propietarios de vivienda, que es la reducción del rendimiento neto obtenido, no parece que se pueda hacer frente a la escasez de oferta de vivienda de la que habla la propia Ley en su exposición de motivos.

En el ámbito autonómico, tan solo dos CC. AA. han introducido incentivos para los arrendadores de vivienda:

Aragón, contempla una reducción para el arrendador del 30% de los rendimientos por arrendamiento de vivienda habitual, que se aplicará sobre la cuota íntegra autonóica de la base imponible general (una vez practicada la reducción prevista en el artículo 23.2 del la Ley del IRPF.

Parar poder practicarse esta reducción autonómica el propietario de la vivienda ha tenido que poner la misma a disposición del Gobierno de Aragón o de alguna de las entidades que tengan a tribuida la gestión del Plan de Vivienda Social de dicha comunidad[1].

En este mismo sentido, la Comunidad Valenciana cuenta con una reducción, para el arrendador, del 5 % sobre los rendimientos por arrendamiento de vivienda habitual con una base máxima deducción de 3.300 €, siempre que el precio del arrendamiento no supere los precios de referencia fijados por la Comunidad Autónoma para los alquileres privados.

b) *Deducciones previstas por la realización de obras para la mejora de la eficiencia energética de las viviendas arrendadas*

El del Real Decreto-ley 19/2023, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la rehabilitación edificatoria aprobó una serie de deducciones en la Ley del IRPF cuando e propietario realice, antes del 31 de diciembre de 2024, obras destinadas a mejorar la eficiencia energética de la vivienda y la vivienda sea alquilada antes del 31 de diciembre e 2025.

A continuación vamos a enumerar los tipos de deducción en función de la mejora realizada:

– Deducción prevista para obras cuya finalidad sea reducir la demanda de calefacción y refrigeración.

– En este caso el porcentaje de deducción previsto por la norma es del 20 % del coste, con una base máxima de deducción de 5000 €[2].

– Deducción prevista par obras destinadas a disminuir el consumo de energía primaria no renovable.

---

(1) Esta reducción está recogida en el artículo 110-13 TR aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, introducido por artículo 1.10 Ley 10/2012. (redacción actual dada por artículo 1.8 Ley 14/2014).

(2) De acuerdo con la disposición adicional quicuagésima de la Ley del IRPF 35/20026: «A estos efectos, únicamente se entenderá que se ha reducido la demanda de calefacción y refrigeración de la vivienda cuando se reduzca en al menos un 7 por ciento la suma de los indicadores de demanda de calefacción y refrigeración del certificado de eficiencia energética de la vivienda expedido por el técnico competente después de la realización de las obras, respecto del expedido antes del inicio de las mismas. La deducción se practicará en el período impositivo en el que se expida el certificado de eficiencia energética emitido después de la realización de las obras. Cuando el certificado se expida en un período impositivo posterior a aquél en el que se abonaron cantidades por tales obras, la deducción se practicará en este último tomando en consideración las cantidades satisfechas desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, hasta el 31 de diciembre de dicho período impositivo. En todo caso, dicho certificado deberá ser expedido antes de 1 de enero de 2025».

En este caso el porcentaje de deducción previsto por la norma es del 40 % del coste de la obra, con una base máxima de deducción de 7.500 €[3].

– Deducción prevista para obras de rehabilitación energética.

En este caso el porcentaje de deducción previsto por la norma es del 60 % del coste de la obra con una base máxima de deducción de 5000 € en cada periodo impositivo. Las cantidades invertidas que excedan de 5000 € podrán ser objeto de deducción en los cuatro años posteriores con el límite máximo acumulado de 15.000 €[4].

Si las reformas son efectuadas por una comunidad de propietarios, se hará un prorrateo de las cuantías invertidas entre los propietarios y ese será el importe que cada uno llevará a su IRPF como base de la deducción.

Algunas CC. AA. han introducido ventajas similares en la cuota íntegra autonómica, pero siempre que se hagan en la vivienda habitual del contribuyente. Únicamente la comunidad de Murcia ha previsto una deducción

(3) De acuerdo con la disposición adicional quicuagésima de la Ley del IRPF 35/2006: «A estos efectos, únicamente se entenderá que se ha mejorado el consumo de energía primaria no renovable en la vivienda en la que se hubieran realizado tales obras cuando se reduzca en al menos un 30 por ciento el indicador de consumo de energía primaria no renovable, o bien, se consiga una mejora de la calificación energética de la vivienda para obtener una clase energética "A" o "B", en la misma escala de calificación, acreditado mediante certificado de eficiencia energética expedido por el técnico competente después de la realización de aquéllas, respecto del expedido antes del inicio de las mismas. La deducción se practicará en el período impositivo en el que se expida el certificado de eficiencia energética emitido después de la realización de las obras. Cuando el certificado se expida en un período impositivo posterior a aquél en el que se abonaron cantidades por tales obras, la deducción se practicará en este último tomando en consideración las cantidades satisfechas desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, hasta el 31 de diciembre de dicho período impositivo. En todo caso, dicho certificado deberá ser expedido antes de 1 de enero de 2025».

(4) De acuerdo con la disposición adicional quicuagésima de la Ley del IRPF 35/2006: «A estos efectos, tendrán la consideración de obras de rehabilitación energética del edificio aquéllas en las que se obtenga una mejora de la eficiencia energética del edificio en el que se ubica la vivienda, debiendo acreditarse con el certificado de eficiencia energética del edificio expedido por el técnico competente después de la realización de aquéllas una reducción del consumo de energía primaria no renovable, referida a la certificación energética, de un treinta por ciento como mínimo, o bien, la mejora de la calificación energética del edificio para obtener una clase energética «A» o «B», en la misma escala de calificación, respecto del expedido antes del inicio de las mismas. La deducción se practicará en los períodos impositivos 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025 en relación con las cantidades satisfechas en cada uno de ellos, siempre que se hubiera expedido, antes de la finalización del período impositivo en el que se vaya a practicar la deducción, el citado certificado de eficiencia energética. Cuando el certificado se expida en un período impositivo posterior a aquél en el que se abonaron cantidades por tales obras, la deducción se practicará en este último tomando en consideración las cantidades satisfechas desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, hasta el 31 de diciembre de dicho período impositivo. En todo caso, dicho certificado deberá ser expedido antes de 1 de enero de 2026.

de hasta el 50 % de las cantidades invertidas en instalaciones de recursos energéticos procedentes de fuentes de energía renovables, en viviendas destinadas al arrendamiento.

La base imponible de dicha deducción estará constituida por las cuantías invertidas en la obra tras descontar las ayudas y subvenciones recibidas por dicho concepto y con el límite de 7.000 €.

2. FISCALIDAD DEL ARRENDADOR DE VIVIENDA HABITUAL PERSONA JURÍDICA

2.1 **Obligaciones fiscales**

Las personas jurídicas que obtengan rendimientos por el arrendamiento de vivienda habitual deben declarar los ingresos obtenidos por este concepto en el Impuesto sobre Sociedades (IS).

Los rendimientos serán los derivados de las rentas obtenidas menos los gastos fiscalmente deducibles relacionados con el ingreso o en su defecto la parte proporcional de los gastos generales.

En cuanto al IVA y las retenciones, el arrendamiento de vivienda está exento de tributar por estos dos conceptos, por lo que la mercantil no cobrará IVA al arrendatario y éste no tendrá que practicarle retenciones por la renta abonada.

2.2 **Deducciones y ventajas fiscales**

Igual que ocurre con el IRPF, el IS prevé medidas destinadas a estimular la oferta de arrendamiento de vivienda habitual.

El IS contempla un régimen fiscal específico para las mercantiles cuya principal actividad sea el arrendamiento de vivienda.

Desde el 1 de enero de 2022, estas sociedades pueden disfrutar de una bonificación del 40 % en la cuota íntegra del impuesto, aplicable a la parte de los ingresos derivados del arrendamiento de vivienda, que vaya a constituir la vivienda habitual del inquilino. Con anterioridad a esta fecha la bonificación era del 85 %.

Los requisitos para poder acogerse a esta bonificación vienen recogidos en el artículo 48 del IS:

a) La mercantil debe ofertar en cada periodo impositivo un mínimo de 8 viviendas destinadas a este uso.

b) Dichas viviendas deben permanecer un mínimo de tres años ofertadas en arrendamiento, como vivienda habitual.

La reducción se aplicará sobre la parte de la cuota íntegra del impuesto relativa a las rentas obtenidas por el arrendamiento de viviendas, que cumplan los requisitos establecidos en el impuesto.

3. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA APLICACIÓN DE LA REDUCCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS NETOS DEL CAPITAL INMOBILIARIO

3.1 **Derivadas de la Ley 11/2021 de 9 de julio**

La reducción prevista en los rendimientos netos de los arrendadores de vivienda habitual, por el articulo 23.2 del IRPF, es un claro intento, por parte de los poderes públicos, de estimular la oferta de vivienda en alquiler de larga duración.

Esta reducción constituye el mayor incentivo con el que cuentan en España los propietarios de vivienda, que deciden ofertarla en este régimen de alquiler frente a otras opciones que pueden resultar más rentables, como el alquiler turístico o comercial[5].

Asimismo, es una clara a puesta por otras formas de tenencia de la vivienda habitual, frente a la tenencia en propiedad imperante en nuestro país e incentivada por nuestras propias políticas fiscales durante mucho tiempo[6].

En 2021, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, introdujo una modificación importante en la

(5) Ver. Banco de España (2020), *La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: Una revisión de la experiencia internacional,* Documentos Ocasionales, núm. 2002, pp. 36-39. En este estudio se señala que:

«España es un caso paradigmático de este tipo de intervenciones sobre la oferta por la existencia desde 2003 de una generosa exención parcial de tributación en el IRPF. Esta exención se fijó en 2003 en el 50% de los rendimientos del capital inmobiliario derivados del alquiler de vivienda habitual, situándose en la actualidad en el 60%. En el período 2007-2014, esta exención se situó en el 100% cuando el arrendamiento se realizaba a jóvenes cuyos ingresos se encontraban por debajo de un nivel de renta de referencia. No existen estimaciones sobre la efectividad de este beneficio fiscal para incrementar la oferta de alquiler de vivienda ni de sus efectos sobre los precios de mercado del alquiler residencial».

Ver. Bahía Almansa, B., & Cruz Padial, I. (2019), pp. 115-150, Patón García, G. (2019), pp. 14-31.

(6) Ver. Pareja-Eastaway, M., y Sánchez-Martínez, M. T. (2011), pp. 12.; Leal Maldonado, J., y Martínez del Olmo, A.(2017), pp. 15-41; Alves, P., y Urtasun, A. (2019), pp. 11-13; García-Moltalvo, J. (2019), pp. 11-21.

redacción del artículo 23.2 del IRPF, relativa a los gastos deducibles por el arrendador para el cálculo del rendimiento neto del capital inmobiliario, con efectos desde el 1 de enero de 2021.

A continuación podemos ver como quedó redactado el artículo 23.2 del IRPF, tras la entrada en vigor de esta norma:

> *«Los requisitos señalados deberán cumplirse en el momento de celebrar el contrato de arrendamiento, siendo la reducción aplicable mientras se sigan cumpliendo los mismos. Estas reducciones sólo resultarán aplicables sobre los rendimientos netos positivos que hayan sido calculados por el contribuyente en una autoliquidación presentada antes de que se haya iniciado un procedimiento de verificación de datos, de comprobación limitada o de inspección que incluya en su objeto la comprobación de tales rendimientos. En ningún caso resultarán de aplicación las reducciones respecto de la parte de los rendimientos netos positivos derivada de ingresos no incluidos o de gastos indebidamente deducidos en la autoliquidación del contribuyente y que se regularicen en alguno de los procedimientos citados en el párrafo anterior, incluso cuando esas circunstancias hayan sido declaradas o aceptadas por el contribuyente durante la tramitación del procedimiento. Tampoco resultarán de aplicación las reducciones en relación con aquellos contratos de arrendamiento que incumplan lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos».*

Es cierto que en España existe un importante volumen de fraude en la declaración de los ingresos por arrendamiento[7] y esta nueva redacción supone un endurecimiento de las condiciones necesarias para practicarse la reducción, que desde el 1 de enero pasa a ser del 50 por 100 en los rendimientos netos positivos de los arrendamientos de viviendas, con carácter general. Ello se debe a los dos motivos que expongo a continuación:

Por un lado, porque la nueva redacción del artículo 23.2 del IRPF establece que el arrendador no podrá practicarse la reducción si se ha iniciado un procedimiento de verificación de datos, de comprobación limitada o de inspección. De modo que, si por cualquier motivo, los ingresos por arrendamiento no han sido declarados correctamente y la AEAT inicia algún procedimiento de comprobación ya no será posible para el arrendador beneficiarse de la reducción en su rendimiento neto por el alquiler de vivienda habitual.

(7) Viana Barral V., Coord y Suárez de Centi Martínez, L. Coord., (2023), pp. 18. El libro habla de la necesidad de: «Eliminar la imposibilidad de aplicar la reducción respecto de rendimientos no declarados por el contribuyente y descubiertos por la Administración».

La Administración ha venido afirmando durante muchos años que la reducción no podía ser aplicada si el arrendador no había declarado los ingresos en su liquidación, y éstos habían sido puestos de manifiesto debido a una actuación por parte de Hacienda. Pero los tribunales no le dieron la razón, y la reducción, que entonces era del 60 por ciento se terminó aplicando incluso en esos casos.

Esta modificación del texto del artículo es una clara reacción frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020[8] que, invocando el principio de íntegra regularización, había establecido el criterio de que la Hacienda pública debía practicar la reducción si ante el inicio de un procedimiento el contribuyente «declaraba» las rentas inicialmente ocultas; es decir, si existía un cambio de criterio repentino por parte del contribuyente. Es cierto que esta forma de proceder permitía a los contribuyentes «ocultar» los ingresos por arrendamiento y esperar a que la Administración les requiriera para, en ese momento, regularizar su situación sin perder el incentivo[9].

El Tribunal incidía en dicha sentencia en que la regulación de una autoliquidación debe de ser íntegra, tanto para lo que beneficia al contribuyente como para lo que le perjudica, sin perjuicio de la potestad sancionadora de la Administración por la declaración extemporánea o por la falta de la misma.

La Ley General Tributaria (LGT) regula de forma separada la declaración tributaria en su artículo 119 y la autoliquidación en el artículo 120 y puesto que el artículo 23.2 hace referencia a la declaración y no a la autoliquidación, el alto tribunal alegaba que se debe atender a concepto de declaración contenido en el artículo 119. De modo que, en la regularización que practique la Administración deben tenerse en cuenta los rendi-

(8) Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 1434/2019, de 15 de octubre de 2020.

Dicha sentencia indica lo siguiente en su 2.º Antecedente de Hecho: «La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

Precisar el alcance de la expresión "rendimientos declarados por el contribuyente" contenida en el artículo 23.2 de la Ley 35/2016, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, a efectos de la aplicación de la reducción del 60 % sobre los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda».

Finalmente el alto tribunal determina lo siguiente en su Fundamento de Derecho Cuarto: «El principio de regularización integra.

Esta Sala bien y manifestando en creciente sentencia que cuando la Administración inicia y procedimiento de comprobación, verificación de datos o inspección y procede a la regularización del contribuyente, ésta ha de ser integra, afectando no solo al tributo gestionado, sino a todos aquellos que estén relacionados directamente con los mismos presupuestos fácticos, y por ello debe llamar al procedimiento a quienes puedan ser afectados por la resolución del mismo».

(9) Ver. Romero Plaza, C., (2020).

mientos declarados tras el requerimiento y por tanto, deberá practicarse la reducción correspondiente a la liquidación de dichos rendimientos.

La actual redacción desincentiva la ocultación de ingresos por arrendamiento puesto que si el propietario no declara dichos ingresos de forma voluntaria, no podrá practicarse reducción alguna llegado el caso.

Es cierto que esta nueva redacción del artículo 23.2 las posibilidades de fraude en relación a los rendimientos por arrendamiento de vivienda se reducen drásticamente, pero también se reduce la posibilidad de practicarse dicha reducción cuando actuando de buena fé el contribuyente haya cometido algún error en su autoliquidación.

Sin embargo, el texto va mucho más allá cuando anuncia que también se perderá la reducción si en alguno de los procedimientos de verificación de datos, de comprobación limitada o de inspección se considera que alguno de los gastos ha sido indebidamente deducido en la autoliquidación del contribuyente, incluso cuando esta circunstancia haya sido aceptada por el contribuyente durante la tramitación del procedimiento. Cualquier error en la deducción de un gasto, aunque se reconozca, va a suponer la pérdida de la bonificación33.

Esta nueva redacción puede convertirse en una gran fuente de litigiosidad, puesto que cualquier discrepancia entorno a la deducibilidad de un gasto va a llevar aparejada la necesidad de oponerse, puesto que en caso contrario se puede perder la bonificación, con la consiguiente regularización de cuota, intereses y procedimiento sancionador que, sin duda alguna, abrirá la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

Si revisamos el listado de gastos deducibles previsto en los artículos 13 y 14 del Reglamento del impuesto todos sabemos la dificultad, incluso la subjetividad, existente para que algunos gastos se califiquen como «reparación y conservación» (deducibles en el ejercicio) y no «mejoras» (amortizables), lo que puede generar un primer punto de debate.

En este punto cabe recordar que el artículo 13 del Reglamento del IRPF (RD 439/2007) considera que se considerarán gastos deducibles en el cálculo del rendimiento neto del capital inmobiliario:

> – «Los efectuados regularmente con la finalidad de mantener el uso normal de los bienes materiales, como el pintado, revoco o arreglo de instalaciones.
>
> – Los de sustitución de elementos, como instalaciones de calefacción, ascensor, puertas de seguridad u otros.
>
> No serán deducibles por este concepto las cantidades destinadas a ampliación o mejora».

Esta redacción da lugar a situaciones que no siempre están claras para el contribuyente, que puede acabar deduciéndose como gasto importes que son considerados como mejora y que, por tanto, no pueden ser deducibles sino que tienen que ser amortizados al 3 % en los años sucesivos [10].

Una situación similar se produce en relación con los gastos de amortización, sobre todo, cuando el inmueble ha sido adquirido mediante herencia: de todos es conocido el debate actualmente existente sobre cuál es el valor de adquisición de esos bienes a efectos de su amortización [11].

Esta modificación normativa genera una presión excesiva sobre los gastos deducibles para el cálculo de los rendimientos netos en el arrendamiento de vivienda puesto que la consecuencia, si alguno de ellos resulta no ser deducible, será la pérdida completa de la reducción. Esto obliga al contribuyente a ser demasiado cauteloso al determinar los gastos deducibles que, llegado el caso podrían llegar a ser considerados como no deducibles por parte de la Administración.

El celo del legislador en esta materia obliga a los arrendadores a ser muy cautos en sus gastos deducibles, si no quieren tener ningún problema en caso de que se abriese un procedimiento de comprobación, que ya no va a ser la no consideración de algún gasto como no deducible sino la eliminación total de la bonificación [12].

Por último el artículo 23.2 en su nueva redacción termina diciendo que también perderán el derecho a la reducción aquellos propietarios de bienes inmuebles situados en zonas de mercado tensionado que incumplan la limitación de precios establecida por la Ley de Arrendamientos Urbanos en su artículo 17.6 que establece que:

«En los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la presente ley en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona en los términos dispuestos en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin

(10) Ver. Consulta Vinculante de la DGT V0427-19 y CV 9-7-19V1698-19, Ver. Banacloche Palao, C. (2021), pp. 93-99; Muleiro Parada, L. M., y Aneriros Pereira, J. (2019), pp. 43-74.

(11) Este tema quedó resuelto en la Sentencia del TS 1130/2021, de 15 de septiembre de 2021. En esta sentencia el TS establece que el valor a considerar de cara a la amortización del inmueble arrendado, será el valor declarado del bien en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

(12) Ver. Puerta Arrúe, A. (2019), pp. 21.

que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior».

En este sentido, cabe decir que la clausula de actualización anual para 2024 es del 3 %. Aquellos arrendadores que respeten esta limitación respecto al precio del arrendamiento también perderán el derecho a la reducción del 50 por ciento del rendimiento neto.

3.2 **Entrada en vigor de la Ley de Vivienda y aplicación de los nuevos tipos de reducción**

En su Disposición Final Segunda de la Ley de Vivienda dice literalmente: «*Con efectos para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir de la entrada en vigor de esta ley, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006…».*

Por su parte, la Disposición Final Novena de la misma Ley de Vivienda determina que: *«La presente ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto la disposición final segunda, que entrará en vigor el 1 de enero del año siguiente al de su publicación en el BOE».*

La publicación en el BOE de la Ley de vivienda fue el 25 de mayo de 2023.

Al tener que atender, por un lado a la entrada en vigor de la norma y por otro a la entrada en vigor de los nuevos tipos de reducción introducidos por ésta, surge cierta discusión sobre los tipos de reducción aplicables a los contratos firmados entre el 25 de mayo de 2023 y el 31 de diciembre de 2024.

Sin embargo, la Agencia tributaria ha aclarado cual es el régimen aplicable en cada caso:

– Los contratos realizados antes del 26 de mayo de 2023 continuarán aplicando la reducción del 60 % vigente hasta la publicación de la norma.

– Los contratos realizados entre el 26 de mayo y el 31 de diciembre de 2023:

– Durante 2023: aplicarán la reducción del 60 %.

– Desde enero de 2024 y ss: se les aplicarán o bien la reducción general del 50 % o bien los tipos incrementados que correspondan en cada caso: (60 %/70 %/90 %).

– Los contratos realizados en 2024 y ss: aplicarán la reducción general del 50 % o los tipos incrementados según corresponda en cada caso.

3.3 ¿Qué ocurre con la reducción del rendimiento neto cuando el arrendatario es una persona jurídica?

Durante algún tiempo el criterio de la Administración fue negar al arrendador la posibilidad de practicarse la reducción por arrendamiento de vivienda cuando el arrendatario fuese una persona jurídica, aún cuando estuviera claro que el inmueble iba ser utilizado como vivienda habitual de una persona física.

La propia Dirección General de Tributos en sus consultas (V2757-14, V2797-16 entre otras) afirmaba que el requisito exigido para la aplicación de la reducción por el arrendador es que el destino efecto del objeto del contrato sea el de vivienda permanente del propio arrendatario.

Sin embargo el 8 de octubre de 2016 una resolución en unificación de doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central cambió el criterio, estableciendo que procede la aplicación de dicha reducción, siempre que quede debidamente acreditado que el inmueble va a ser destinado a constituir la vivienda habitual de una persona física, con independencia de que el arrendatario sea una persona jurídica.

Esta resolución basaba su argumentación en lo previsto por el artículo 12.1 de la Ley General Tributaria (LGT) donde se afirma que la interpretación de la norma tributaria se debe hacer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 CC («*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras*»).

Así, la argumentación de la resolución del TEAC se basaba en que si la sociedad destinaba el inmueble arrendado como vivienda habitual de una persona física (empleado de la mercantil) se ajustaba plenamente a lo dispuesto en el artículo 23.2 del la Ley del IRPF, con independencia de que el arrendatario que abona la renta sea una persona física o jurídica.

En este sentido encontramos también consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos como la consulta vinculante V0935-22.

3.4 Cuando el arrendatario utiliza parte de la vivienda para desarrollar una actividad económica

Cuando el arrendatario de un inmueble como vivienda habitual utilice parte de la vivienda para llevar a cabo su actividad económica, el arrendador podrá seguir practicándose la reducción prevista en el artículo 23.2 del IRPF en la parte proporcional de los rendimientos derivados del arrendamiento de la parte proporcional del inmueble que esté siendo utilizado como vivienda habitual por el arrendatario. Esto pude resultar un desincen-

tivo a la hora de alquilar la vivienda a alguien que quiera ejercer una actividad económica en ella, lo que supondría la pérdida parcial de la reducción.

3.5 **Cuando el inmueble está situado en el extranjero**

La Dirección General de Tributos aclara este punto en su resolución vinculante… al establecer que *«Como reiteradamente ha establecido este Centro Directivo (consultas V2457-14, V2797-16, entre otras) el requisito exigido para la aplicación de la reducción por el arrendador es que el destino efectivo del objeto del contrato sea el de vivienda permanente del propio arrendatario.*

En consecuencia, resultará de aplicación la reducción prevista en el artículo 23.2 de la LIRPF en la medida en que por los hechos y los términos del objeto del contrato de arrendamiento quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda, con independencia de que el inmueble arrendando se encuentre en el extranjero. Esta interpretación, da lugar a un sinsentido, puesto que estaríamos estimulando el arrendamiento de vivienda, pero en el extranjero».

4. FISCALIDAD DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA

4.1 **Obligaciones fiscales**

Con la firma del contrato de arrendamiento surge una obligación para el arrendatario de liquidar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en el plazo de 30 días desde la fecha de la firma.

La base imponible del impuesto viene determinada por una escala fija que tiene en cuenta la duración del contrato y la cuantía de la renta anual pagada. Sobre esa base, se aplicará el tipo impositivo previsto por cada Comunidad Autónoma.

Algunas Comunidades Autónomas han establecido exenciones y bonificaciones en el impuesto cuando se trata de la vivienda habitual del sujeto pasivo.

4.2 **Deducciones y ventajas fiscales**

Con la desaparición en 2015 de la deducción estatal por arrendamiento de vivienda prevista en el IRPF, los beneficios fiscales para los arrendatarios

dependen, en gran medida, de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren. Muchas Comunidades Autónomas han aprobado deducciones fiscales para los arrendatarios de vivienda que suelen variar dependiendo: de la capacidad económica, la edad o de la pertenencia a grupos vulnerables.

En la siguiente tabla podemos ver qué deducciones han introducido las distintas Comunidades Autónomas en el IRPF para los arrendatarios de vivienda.

Figura 1. Deducciones autonómicas para los arrendatarios de vivienda habitual

Comunidad Autónoma	Con carácter general	Por edad	Grupos vulnerables	Cambio de Municipio	Casos de Dación en Pago	Importe de la deducción	Cuantía
Cataluña		X	X			De 10 %	300 € a 600 €
Galicia		X				De 10 % al 20 %	300 € a 600 €
Andalucía		X	X			De 15 %	600 € a 900 €
Asturias	X	X		X		De 10 % al 20 %	500 € a 1000 €
Cantabria		X	X			De 10 % al 20 %	300 € a 1200 €
La Rioja		X				De 10 % al 20 %	300 €
Murcia		X				De 10 %	300 €
Valencia	X	X		X		De 10 % al 30 %	224 € a 954 €
Aragón					X (10 %)	De 10 %	480 €
Castilla-La Mancha		X	X		X (15 %)	De 15 % a 20 %	450 € a 612 €
Canarias	X				X (25 %)	De 20 %	600 €
Extremadura		X	X			De 30 %	1000 € a 1500 €
Baleares	X		X	X		De 15 % a 20 %	440 € a 650 €
Madrid		X				De 30 %	1.237.20 €
Castilla y León		X				De 20 a 25 %	459 € a 612 €

Fuente: Elaboración propia.

Como podemos ver la gran mayoría de las CC. AA., contemplan deducciones en el IRPF para los arrendatarios. Si bien, en su mayoría, las aplican por razón de edad (con carácter general para menores de 36 o 40 años) o para colectivos vulnerables.

Solo cuatro CC. AA. contemplan una deducción por arrendamiento, con carácter general, sin tener que cumplir ningún otro requisito, más allá de ser arrendatario de vivienda habitual.

4.3 **Tributación de las ayudas directas previstas para los arrendatarios**

Tanto Gobierno como CC. AA. han previsto la obtención de ayudas directas para el arrendamiento de vivienda habitual, especialmente para jóvenes menores de 35 años, como es el caso del «Bono alquiler joven».

Los arrendatarios que reciban algún tipo de ayuda directa para el pago del alquiler, tanto estatal como autonómica, deberán tributar por ellas en concepto de ganancia patrimonial.

Sin embargo, pese a ser una ganancia patrimonial, tributará en la Base Imponible General del Impuesto, al no proceder dicha ganancia de la transmisión previa de un bien.

5. RECAPITULACIÓN

La fiscalidad no es el único aspecto determinante para resolver el problema de la vivienda, pero es innegable su importancia para que los poderes públicos traten de establecer políticas que incentiven la oferta de vivienda en arrendamiento y por tanto, la reducción de los precios y la accesibilidad de los individuos a una vivienda a precios asequibles.

Como hemos podido ver en este artículo los incentivos al arrendador, a nivel estatal se limitan a la reducción de los rendimientos netos prevista en el artículo 23.2 de la Ley del IRPF, que con la entrada en vigor tanto de la Ley de Vivienda (que la ha reducido al 50 % con carácter general) como con la Ley 11/21 (que complica su aplicación cuando el arrendador haya cometido un error en su autoliquidación) no parece estímulo suficiente para que los propietarios opten por el arrendamiento de larga duración frente a otros usos mucho más rentables. Asimismo, de forma temporal cuentan con una deducción en cuota íntegra de las cantidades destinadas a la mejora de la eficiencia energética hasta el 31 de diciembre de 2024 y siempre que el inmueble sea arrendado antes del 31 de diciembre de 2025.

Por otra parte, los arrendatarios no cuentan con una deducción a nivel estatal por el arrendamiento de vivienda y deben estar a lo previsto por sus respectivas comunidades autónomas que, en su mayor parte, han establecido deducciones para colectivos vulnerables o para menores de 35 años, quedando fuera de estas deducciones un gran número de ciudadanos que no pueden arrendar a los actuales precios de mercado. En definitiva la actual política fiscal parece del todo insuficiente para estimular el arrendamiento de vivienda habitual de larga duración.

BIBLIOGRAFÍA

Alvés, P., y Urtasun, A. (2019), «Evolución reciente del mercado de la vivienda en España», Artículos Analíticos, Boletín Económico, 2/2019, Banco de España, pp. 11-13.

Bahía Almansa, B., & Cruz Padial, I., «Fiscalidad de los rendimientos por arrendamiento obtenidos por persona física en el sector de la vivienda con fines turísticos». *Nueva Fiscalidad*, 2, 115-150, 2019, pp. 14-31.

Banacloche Palao, C., «Diferencia entre inversión y gastos de conservación y reparación de los inmuebles en el IRPF: importancia de la factura», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 457 (abril 2021), pp. 93-99.

Banco de España, *La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: Una revisión de la experiencia internacional,* Documentos Ocasionales, núm. 2002, 2020, pp. 36-39.

García-Montalvo, J. (2019), «Retos del mercado del alquiler en España», Cuadernos de Información Económica, 269 (marzo/abril), pp. 11-21.

Leal Maldonado, J., y Martínez del Olmo, A., *Tendencias recientes de la política de vivienda en España,* Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 35, pp. 15-41, Ediciones Complutense, 2017.

Muleiro Parada, L. M., y Aneiros Pereira, J., «La tributación de las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas a través de plataformas virtuales». *Revista de Contabilidad y Tributación.* CEF, 430, 2019, pp. 43-74.

Pareja-Eastaway, M., y Sánchez-Martínez, M. T., «El alquiler: una asignatura pendiente de la Política de Vivienda en España», *Ciudad y Territorio,* núm. 167, 2011, pp. 12.

Patón García, G., «Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual: Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, pp. 14-31, 2019.

Puerta Arrúe, A., «La ocultación de los alquileres en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos,* núm. 1434, 2019, pp. 21.

Romero Plaza, C., «Sobre la aplicación de la reducción del 60 % por arrendamiento de viviendas cuando no se declara el rendimiento voluntariamente», *Carta Tributaria,* núm. 69, 2020.

Viana Barral, V., Coord y Suárez de Centi Martínez, L. Coord., *Propuestas de reforma del marco legislativo de la fiscalidad inmobiliaria,* Ed. Fundación Ipuestos y Competitividad, 2023, pp. 18.

D. La rehabilitación de la vivienda para alquiler*

Víctor Manuel Sánchez Blázquez
Catedrático de Derecho financiero y tributario
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
victor.sanchez@ulpgc.es

Resumen: *Tras una visión general sintética de algunos de los principales aspectos fiscales de la rehabilitación de la vivienda para alquiler, en la imposición indirecta y en la imposición directa sobre la renta, se realiza un estudio de las deducciones en el IRPF por obras de mejora de eficiencia energética en viviendas, que alcanzan también a las viviendas destinadas al alquiler. Esto se hace exponiendo su régimen jurídico, a la luz, especialmente, de la amplia doctrina administrativa existente.*

Palabras clave: *Vivienda, rehabilitación, fiscalidad, incentivos fiscales, deducciones, eficiencia energética*

Abstract: *After a synthetic overview of some of the main fiscal aspects of the rehabilitation of rental housing, in indirect taxation and direct taxation on*

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

income, a study is carried out of deductions in personal income tax for efficiency improvement works. energy in homes, which also extends to homes intended for rent. This is done by exposing its legal regime, in light, especially, of the extensive existing administrative doctrine.

Keywords: *Housing, rehabilitation, taxation, tax incentives, deductions, energy efficiency.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Las deducciones en el IRPF por obras de mejora de eficiencia energética en viviendas. 2.1 Pluralidad de deducciones, contenido básico y relaciones de compatibilidad e incompatibilidad entre ellas. 2.2 Los dos certificados de eficiencia energética como elementos clave de las deducciones. 2.3 Imputación temporal: período impositivo de aplicación de las deducciones. 2.4 Ámbito subjetivo: personas que pueden aplicar las deducciones. 2.5 Cuantificación del importe de las deducciones: porcentajes y bases de deducción. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Sobre la base de los distintos conceptos de rehabilitación de inmuebles o edificaciones, utilizados en la normativa fiscal o en la normativa sectorial no tributaria, así como también a la vista de las diferentes materias susceptibles de imposición más habituales (renta, patrimonio y consumo o gasto), los aspectos fiscales de la rehabilitación de la vivienda para alquiler, que es la temática a la que refiere este capítulo, pueden referirse a un amplio número de cuestiones muy variadas[1].

De este modo, en primer lugar, en el ámbito de la imposición indirecta, se puede prestar atención a la actividad empresarial misma de rehabilitación, que puede tener por objeto dichas viviendas, desde la óptica del empresario rehabilitador o del destinatario de las obras de rehabilitación, o desde la perspectiva del empresario que vende el inmueble tras su rehabilitación o del comprador del inmueble rehabilitado o también de aquel otro empresario que vende el inmueble para que sea rehabilitado o de su comprador empresario que lo va a rehabilitar.

(1) Una panorámica bastante completa de las medidas fiscales conectadas con la promoción de las actividades de rehabilitación y de regeneración urbana puede verse en Bueno Maluenda (2013), pp. 165-204. También, en relación con determinados incentivos fiscales y desde una perspectiva crítica con sugerentes propuestas de mejora, Bueno Maluenda (2017), pp. 197-226.

Aquí ocupa un lugar destacado el tratamiento fiscal favorable a esta actividad, contemplada en su totalidad o en alguna de sus manifestaciones, a través de beneficios fiscales en forma de tipos de gravamen reducidos (en el IVA) [2] o de bonificaciones (en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras) [3]. También es de gran interés en este lugar la relevancia que tiene dicha rehabilitación en el marco del complejo deslinde entre el gravamen de las que se consideran transmisiones inmobiliarias de carácter empresarial (IVA) y las transmisiones de inmuebles que se entienden realizadas por simples particulares (modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), lo que se lleva a cabo a través de determinadas regulaciones de sujeción, no sujeción o exención [4].

Y de igual forma, en segundo lugar, por mencionar algunos aspectos del ámbito de la imposición directa de más relevancia, la rehabilitación de

(2) Se prevé el tipo reducido del 10 por ciento a las ejecuciones de obra de renovación y reparación realizadas en edificaciones o partes de los mismos destinados a viviendas que cumplan determinados requisitos (art. 91. Uno.2.10.ª de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA). Véase Ruiz de Velasco Punín (2012), pp. 684-687.

(3) A este respecto pueden mencionarse algunas de las bonificaciones potestativas en este impuesto municipal que podrán establecerse a través de las ordenanzas fiscales correspondientes que se prevén en el artículo 103.2 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: la de hasta el 95 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras en las que se incorporen sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar [letra b)]; la de hasta el 50 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras vinculadas a los planes de fomento de las inversiones privadas en infraestructuras [letra c)]; o la de hasta el 90 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras que favorezcan las condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados [letra e)]. También puede mencionarse aquí la bonificación de hasta el 95 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración, cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación [letra a)], puesto que se ha utilizado en la práctica para beneficiar fiscalmente a obras de rehabilitación diferentes a las previstas específicamente en las otras bonificaciones señaladas. Véase González-Cuellar Serrano (2012), pp. 726-728; Cañal García (2022), pp. 83-84; y, Villca Pozo (2022), pp. 265-269.

(4) En la exención de las segundas o ulteriores entregas de edificaciones del artículo 20. Uno 22 de la LIVA, que trae consigo la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (salvo que se produzca la renuncia a la exención) ocupa un papel relevante la rehabilitación, que es definida con cierto detalle. En particular, cuando considera que no se aplicará esta exención (de modo que, por tanto, la operación quedará gravada al IVA) a las entregas de edificaciones para su rehabilitación por el adquirente, lo que está perfectamente justificado. En palabras de Rodríguez Márquez (2013), p. 33: «El fundamento de esta excepción a la exención resulta evidente. Si el inmueble que se transmite va a ser objeto de una inminente rehabilitación, parece claro que dicha adquisición forma parte del proceso de producción de las edificaciones, por lo que debe ser sometida al impuesto. Su aplicación, además, favorece a todos los implicados en la operación. Desde el punto de vista del transmitente, la inaplicación de la exención determina que no entre en juego una limitación a su derecho a la deducción. Desde la perspectiva del adquirente, no solo le evita el pago de un tributo no deducible, como es el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sino que también permite calificar la posterior venta del edificio o sus partes como primera entrega, sujeta y no exenta». Véase también Ruiz De Velasco Punín (2012), pp. 650-651.

viviendas para alquiler puede ser contemplada desde la perspectiva de los gastos que dicha rehabilitación supone para el propietario de aquellas viviendas, lo que, a su vez, podría tener su reflejo en dos ámbitos que deben ser convenientemente separados:

– por un lado, en el de los gastos deducibles de los rendimientos derivados del alquiler en cuanto necesarios para la obtención de los ingresos para lograr identificar la renta neta objetiva sometida a tributación en cuanto exigencia del principio de capacidad económica[5], que en el caso de ser obtenidos por personas físicas y ser calificados como rendimientos de capital inmobiliario, podrían ser en concepto de gastos de reparación o de conservación, gastos de amortización correspondientes a la mejora o ampliación producida por la rehabilitación o gastos de financiación de esta mejora o ampliación[6]; y,

– por otro lado, en el de los beneficios o incentivos fiscales a la rehabilitación de dichas viviendas, inspirados en una finalidad de fomento o protección de esta actividad por sus positivas implicaciones en el campo medioambiental, de impulso de la actividad económica en el sector de la construcción o del acceso a una vivienda digna y adecuada, aunque en régimen de alquiler (fines extrafiscales de los tributos dignos de protección constitucional, más allá, por tanto, de las exigencias de justicia tributaria del artículo 31.1 de la CE)[7], en forma de exenciones sobre las ayudas o subvenciones percibidas en el marco de determinados programas públicos de fomento de la rehabilitación[8], de reducciones en el ámbito

(5) Herrera Molina (1998), pp. 117-118 y 257.

(6) Artículo 23.1 a) 1.º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. El concepto de gastos de reparación y conservación, deducibles directamente, y su deslinde de los gastos de ampliación o mejora, cuya deducibilidad viene de forma indirecta a través de los gastos de amortización o de financiación, se regula en el artículo 13.a) del RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto. Una muestra en este ámbito de la amplitud con que es empleado en muchas ocasiones el concepto de rehabilitación que podría responder tanto a los conceptos de reparación o conservación como a los de ampliación o mejora, puede encontrarse en la contestación a consulta V1706/2010, de 26 de julio, de la Dirección General de Tributos: «En el supuesto planteado, las obras de rehabilitación, o la parte de las mismas, que respondan al concepto de reparación o conservación, en los términos del artículo 13.a) del Reglamento del Impuesto, serán deducibles, con el límite anteriormente indicado. En cambio, no serán deducibles las obras de rehabilitación, o la parte de las mismas, que constituyan una ampliación o mejora de los inmuebles, sin perjuicio de su consideración como mayor valor de adquisición, amortizable, en los términos del artículo 14 del Reglamento del Impuesto, a partir del momento en que los inmuebles vuelvan a estar arrendados».

(7) Herrera Molina (1998), pp. 128, 154-157, 226, 245 y 248.

(8) Algunas de estas exenciones se prevén en el apartado 4 de la disposición adicional quinta de la Ley del IRPF (introducido inicialmente por el RDLey 9/2015, de 10 de julio y modificado después por el RDLey 19/2021, de 5 de octubre), a través de la fórmula de no integración en la base imponible de determinadas ayudas de programas públicos que se especifican.

de la determinación de los rendimientos que se integran en la base imponible (9), o de deducciones o bonificaciones en la cuota.

Precisamente, en relación con estas últimas, existe un determinado ámbito específico que por su relevancia, actualidad y regulación detallada, merece un estudio detenido, que es el que realizaremos aquí. Nos referimos al de las deducciones en el IRPF por obras de mejora de eficiencia energética en viviendas, que alcanzan también a las viviendas destinadas al alquiler.

Estas deducciones se encuentran reguladas en la disposición adicional quincuagésima de la Ley del IRPF y fueron creadas por el RDLey 19/2021, de 5 de octubre (10), al introducir en la ley del impuesto esta norma, que ha sido modificada después en dos ocasiones, principalmente para prorrogar el ámbito temporal de aplicación de estos beneficios fiscales: primero, por el RDLey 18/2022, de 18 de octubre (11), con efectos desde 1 de enero de 2023; y, después, por el RDLey 8/2023, de 27 de diciembre (12), con efectos desde 1 de enero de 2024.

---

(9) Aquí debe ser destacada la trascendencia de un determinado tipo de rehabilitación en la configuración actual de la reducción por arrendamiento del artículo 23.2 de la Ley del IRPF, tras su modificación por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Porque establece una reducción del 60 por ciento, incrementando, por tanto, la reducción del 50 por ciento que es aplicable con carácter general, cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento. En este precepto reglamentario se utiliza un doble concepto de rehabilitación, a efectos del cumplimiento de la reinversión en el plazo de dos años a que está condicionada la exención de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente: utilizando la acertada terminología propuesta por Bueno Maluenda (2013), pp. 180-183, respecto de la regulación semejante que contenía el artículo 55.5 del Reglamento del IRPF a efectos de la deducción por inversión en vivienda habitual, la que podría denominarse, respectivamente, rehabilitación certificada y, la rehabilitación consistente en la reconstrucción cualitativa de la vivienda. La primera es la referida a las obras que sean «*actuaciones subvencionadas en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016*» [letra a)]. Y la segunda las obras que «*tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por ciento del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo*» [letra b)].

(10) De medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 1).

(11) Por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía (art. 21).

(12) Por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (art. 16).

En nuestro estudio llevaremos a cabo un análisis de los distintos aspectos del régimen jurídico de estas deducciones, teniendo especialmente en cuenta, además de su regulación normativa, la amplia doctrina administrativa existente de la Dirección General de Tributos. Ello lo haremos sin olvidar regulaciones tributarias precedentes que guardan alguna similitud con ellas al tratarse también de deducciones en la cuota en el IRPF con fines de fomento o protección de la rehabilitación de viviendas (deducción por inversión en vivienda habitual[13] y deducción por obras de mejora en la vivienda)[14], puesto que pueden aportar elementos que contribuyan a una mejor comprensión de las deducciones objeto de nuestro trabajo.

2. LAS DEDUCCIONES EN EL IRPF POR OBRAS DE MEJORA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN VIVIENDAS

2.1 **Pluralidad de deducciones, contenido básico y relaciones de compatibilidad e incompatibilidad entre ellas**

Se trata de tres deducciones distintas, como señalaba la propia Exposición de Motivos del RDL 19/2021 que las estableció, y no de una deducción, como se recoge en el encabezamiento de su norma reguladora. En este sentido, cada una de ellas tiene una regulación formalmente autónoma y separada en los apartados 1, 2 y 3 de la norma, respectivamente, con independencia de que puedan tener algunas coincidencias en su contenido y de que en el resto de los apartados de la disposición existan regulaciones comunes, bien de las dos primeras deducciones (apartado 4, párr.1.º), bien de las tres (resto del apartado 4 y apartados 5 y 6).

(13) Se reguló en el artículo 68.1.1.º de la Ley del IRPF, desarrollado por el artículo 55.5 del Reglamento del impuesto. Ambas normas fueron derogadas con efectos desde el 1 de enero de 2013, respectivamente, por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, y el RD 960/2013, de 5 de diciembre, si bien se mantiene un régimen transitorio para las anteriores adquisiciones, construcciones o rehabilitaciones de la vivienda habitual (disposición transitoria decimoctava de la Ley del IRPF). En cuanto a la rehabilitación como una de las posibilidades de inversión para aplicar esta deducción, véase Bueno Maluenda (2009), pp. 320-331; y, De Pablo Varona (2012), pp. 195-197.

(14) Regulada en la disposición adicional vigésima novena de la Ley del IRPF, introducida por el RDLey 6/2010, de 9 de abril y modificada por el RDLey 5/2011, de 29 de abril, y que se aplicó en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 a las cantidades satisfechas por determinadas obras entre el 14 de abril de 2010 y el 31 de diciembre de 2012. Véase De Pablo Varona (2012), pp. 253-260, y, Alonso González (2012), pp. 732-736.

La identidad propia de cada una de estas deducciones, y su consiguiente deslinde de las otras, viene marcada por determinados aspectos o elementos que configuran su contenido básico, pero que, no obstante, plantean algunas dudas y sugieren determinadas consideraciones críticas.

Dejando a un lado la diferencia en la terminación del ámbito temporal de aplicación de las dos primeras deducciones, de un lado (hasta el 31 de diciembre de 2024), y la tercera deducción, de otro (hasta el 31 de diciembre de 2025), habiéndose iniciado en todas el 6 de octubre de 2021 (15), dada la finalidad incentivadora de determinadas conductas que persigue, un primer elemento diferenciador de estas deducciones entre sí viene determinado por la específica mejora de la eficiencia energética de las viviendas protegida, promocionada o incentivada que no es exactamente la misma en todas ellas. Aunque siendo más precisos, debe señalarse que esto es así de forma clara, al menos, en una comparación entre la primera y la segunda de las deducciones, al ser la concreta mejora de la eficiencia energética beneficiada:

– en la primera, «*la reducción de la demanda de calefacción y refrigeración*» de la vivienda, precisándose que a estos efectos «*únicamente se entenderá que se ha reducido la demanda de calefacción y refrigeración de la vivienda cuando se reduzca en al menos un 7 por ciento la suma de los indicadores de demanda de calefacción y refrigeración*»; y,

– en la segunda, «*la mejora en el consumo de energía primaria no renovable*» de la vivienda, señalándose que a estos efectos «*únicamente se entenderá que se ha mejorado el consumo de energía primaria no renovable en la vivienda en la que se hubieran realizado tales obras cuando se reduzca en al menos un 30 por ciento el indicador de consumo de energía primaria no renovable, o bien, se consiga una mejora de la calificación energética de la vivienda para obtener una clase energética "A" o "B", en la misma escala de calificación*».

(15) Por poner algunos ejemplos resueltos por la doctrina administrativa, el comienzo de vigencia de estas deducciones el 6 de octubre de 2021 es lo que determinó que se considerara que no eran susceptibles de aplicación en relación con las cantidades satisfechas por contribuyentes: por la sustitución de la caldera de la vivienda por una de condensación con una alta eficiencia energética al haberse efectuado en el mes de abril de 2021 las obras necesarias para su sustitución y el pago de las facturas correspondientes (V3036/2021, de 7 de diciembre); por la instalación de una placa fotovoltaica en la vivienda al haber finalizado las obras en agosto de 2021, pese a que la legalización y puesta en marcha se realizó en diciembre de 2021 (V0843/2022, de 20 de abril); por los pagos realizados con anterioridad al 6 de octubre de 2021 en relación con unas obras de mejora de la eficiencia energética al obtenerse una clase energética «A», pese a que dichas obras terminaron a finales de dicho año y a que se expidiera el certificado de eficiencia energética en febrero de 2022, aunque sí se admitiría la deducción en relación con los pagos realizados a partir del mencionado 6 de octubre relativos a aquellas mismas obras (V1097/2022, de 19 de mayo).

Alguna duda plantea respecto a esta cuestión, sin embargo, lo señalado en la tercera de las deducciones. En este sentido, el inicio de su norma específica reguladora (apartado 3) no es coincidente, en su literalidad, con lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pues se mencionan aquí las «*obras de rehabilitación energética*» que se consideran «*aquéllas en las que se obtenga una mejora de la eficiencia energética*». Sin embargo, su desarrollo posterior coincide con el contenido de la segunda de las deducciones, al hacerse referencia después a la debida acreditación de «*una reducción del consumo de energía primaria no renovable, referida a la certificación energética, de un treinta por ciento como mínimo, o bien, la mejora de la calificación energética del edificio para obtener una clase energética "A" o "B", en la misma escala de calificación*».

Por este motivo, la especificidad de la tercera deducción, y su diferenciación respecto de la segunda, viene determinado en realidad por el objeto inmobiliario sobre el que recaen las obras de mejora de la eficiencia energética que es el «*edificio en el que se ubica la vivienda*»[16], al referirse esta deducción a las «*viviendas ubicadas en edificios de uso predominantemente residencial en el que se hayan llevado a cabo […] obras de rehabilitación energética*» (párr. 1.º del apartado 3) o, dicho con más precisión, «*el conjunto del edificio*». Puesto que como dispone expresamente el apartado 4: «*Tampoco tales deducciones* [se refiere a las de los apartados 1 y 2] *resultarán de aplicación en aquellos casos en los que la mejora acreditada y las cuantías satisfechas correspondan a actuaciones realizadas en el conjunto del edificio y proceda la aplicación de la deducción recogida en el apartado 3 de esta disposición*».

En este sentido, es especialmente clara una contestación a consulta en la que se planteaba la posibilidad de aplicar la deducción del apartado 3 en relación con las obras realizadas por el propietario de una vivienda situada en un bloque de viviendas. Se entendió que dichas obras no se corresponden con actuaciones realizadas en el conjunto del edificio, requisito necesario para la aplicación de esta deducción, sino que se corresponden con actuaciones realizadas a nivel particular en su vivienda, por lo que, en este caso, no resultaría de aplicación la deducción (V0786/2023, de 3 de abril).

Desde esta perspectiva, parece que la tercera deducción estaría pensada, esencialmente, para las obras realizadas en los elementos comunes de edificios divididos en régimen de propiedad horizontal[17]. De este modo, la aplicabilidad de la segunda deducción (o, en su caso, de la primera), de un lado, o de la tercera de las deducciones, de otro, dependería del objeto específico sobre el que recaigan las obras de mejora de la eficiencia energética: si

(16) Villca Pozo (2022), p. 271.
(17) Cañal García (2022), p. 77.

es sobre la vivienda en sí, individual o separadamente considerada, se aplicaría la deducción del apartado 2 (o la del apartado 1, si procediera); mientras que si la obra recayera sobre los elementos comunes de dicho edificio, sería de aplicación la deducción del apartado 3, pues entonces podría decirse que dichas obras se realizan en el conjunto del edificio.

Sin embargo, sin dejar de ser cierto lo anterior, debe ponerse de relieve que la doctrina administrativa ha admitido de forma reiterada y constante la aplicabilidad de la tercera deducción a las viviendas unifamiliares. A falta de una explicación o motivación específica, que no se exterioriza, esto parece deberse a que conforme a una interpretación literal de la norma, se entiende que también en estos casos las obras de rehabilitación energética afectan al «*conjunto del edificio*», aunque sea este un supuesto en el que la ubicación de la vivienda en el edificio a la que se refiere la disposición es ciertamente peculiar: no solo es que se está en presencia de «*viviendas ubicadas en edificios de uso predominantemente residencial en el que se hayan llevado a cabo […] obras de rehabilitación energética*», sino que, además, dichas viviendas coinciden o se identifican, en realidad, con los edificios mismos.

En este sentido, se pronunció por primera vez la Dirección General de Tributos en un caso en el que se planteaban los requisitos de aplicación de estas deducciones por las obras de instalación de placas fotovoltaicas en una vivienda habitual unifamiliar y se sostuvo que podría resultar de aplicación la deducción prevista en el apartado tercero, aunque sin incorporar argumentación específica alguna al respecto (V1415/2022, de 16 de junio). Después se ha reiterado en numerosas ocasiones este criterio en unos términos esencialmente idénticos, sin aportarse tampoco una especial motivación: V1469/2022, de 22 de junio; V0044/2023, de 16 de enero; V0257/2022, de 14 de febrero; V1057/2023, de 27 de abril; V1150/2023, de 5 de mayo; y, V1501/2023, de 2 de junio.

También la respuesta administrativa es esencialmente la misma en la V1320/2023, de 18 de mayo, aunque aquí, al menos, la posición parece ser más clara. Esto se debe a que lo que planteó el consultante fue de modo específico y directo si la deducción del apartado 3, cumpliendo todos los demás requisitos, resulta aplicable para vivienda unifamiliares o si solamente será aplicable a viviendas situadas en edificios regidos por la Ley de Propiedad Horizontal.

A partir de lo señalado, podrían extraerse las siguientes conclusiones generales acerca de la identificación y deslinde de las tres deducciones, que se ilustran, en algunos casos, con pronunciamientos adicionales de la doctrina administrativa que complementarían los ya mencionados:

– la tercera deducción se aplica cuando las obras de mejora de la eficiencia energética tienen por objeto los elementos comunes de un edificio

dividido en régimen de propiedad horizontal, así como también las viviendas unifamiliares, puesto que en ambos casos dichas obras, así como la mejora de la eficiencia energética producida por ellas, afectan al conjunto del edificio en el que se encuentra la vivienda o viviendas; y, en esta tercera deducción la mejora energética requerida es una reducción del consumo de energía primaria no renovable, de un treinta por ciento como mínimo, o bien, la mejora de la calificación energética del edificio para obtener una clase energética «A» o «B»;

– la primera y segunda deducción se aplican a las obras de mejora de la eficiencia energética de viviendas aisladamente consideradas que se ubican en edificios divididos en régimen de propiedad horizontal; en estos casos, según cuál sea la mejora de la eficiencia energética obtenida, serán de aplicación una u otra, sin que sea posible la aplicación de las dos por las mismas obras, al ser entonces incompatibles entre sí; esto es lo que se deduce claramente de lo dispuesto en el apartado 4, párr. 2.º, al establecer que «*(e)n ningún caso, una misma obra realizada en una vivienda dará derecho a las deducciones previstas en los apartados 1 y 2 anteriores*»[18];

– así, la segunda deducción se aplicará si se ha logrado la mejora en el consumo de energía primaria no renovable, lo que puede obtenerse, bien cuando se reduzca en al menos un 30 por ciento el indicador de consumo de energía primaria no renovable, bien cuando se consiga una mejora de la calificación energética de la vivienda para obtener una clase energética «A» o «B»; por su parte, será de aplicación la primera deducción cuando sin conseguirse lo anterior, sí se logra la reducción de la demanda de calefacción y refrigeración en el sentido de que se haya reducido en al menos un 7 por ciento la suma de los indicadores de demanda de calefacción y refrigeración (V1544/2022, de 27 de junio; V0055/2023, de 17 de enero; V0254/2023, de 14 de febrero);

– al quedar incluidas en el ámbito objetivo específico de la tercera deducción las viviendas unifamiliares, solo podrá aplicarse en relación con ellas, en su caso, dicha deducción, de modo que en ningún caso podrían ser de aplicación las otras dos; por este mismo motivo, debe rechazarse la posibilidad de que en relación con obras sucesivas en una vivienda unifamiliar que introducen cada una de ellas una mejora de la eficiencia energética se aplicara a una primera obra la deducción del apartado 2 y a la segunda obra la deducción del apartado 3 (V2549/2023, de 23 de septiembre; V0832/2024, de 22 de abril);

– sin embargo, al tener el mismo ámbito objetivo específico la primera y la segunda deducción, sí se podrían aplicar las dos si se diera el siguiente

(18) Alonso Alonso (2023), p. 1410.

caso: si se realizara sobre una vivienda ubicada en un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal (la misma o dos distintas, siendo propiedad del mismo contribuyente) una primera obra que logra la reducción de la demanda de calefacción y refrigeración, acreditada en el certificado correspondiente y en los términos del apartado 1, y una segunda obra que obtiene la mejora en el consumo de energía primaria no renovable, de conformidad igualmente con el certificado expedido después y cumpliendo lo dispuesto en el apartado 2 [19].

Debe ponerse de relieve, no obstante, que la inclusión en todo caso de las viviendas unifamiliares en el ámbito objetivo de aplicación de la tercera deducción, según la interpretación administrativa, trae consigo una consecuencia práctica importante, al tiempo que plantearía sus dudas o, al menos, pondría de relieve algunas imprecisiones técnicas de la norma: nos referimos a que en estos casos de viviendas unifamiliares podrían dar derecho a la deducción las obras para la mejora energética que se realicen en las plazas de garaje, trasteros, jardines, parques, piscinas e instalaciones deportivas y otros elementos análogos, pues esto es posible en la deducción del apartado 3 [20].

Esto encuentra su justificación en que la norma excluye estos posibles objetos sobre los que recaigan las obras con derecho a la deducción solo en relación con las deducciones de los apartados 1 y 2 (apartado 4, párr. 1.º), lo que en una interpretación *sensu contrario* solo puede entenderse en el sentido de quedar incluidas en la deducción del apartado 3. Pero si en realidad las dos primeras deducciones solo se aplican, básicamente, a las viviendas ubicadas en edificios, al incluirse siempre las viviendas unifamiliares en la tercera deducción, aquella exclusión normativa expresa carecería en gran medida de contenido alguno en la práctica, salvo en lo relativo a las plazas de garaje y trasteros.

Por otra parte, y en relación con las cantidades satisfechas por estas obras de mejora de la eficiencia energética, en principio y con carácter general, no existe incompatibilidad alguna entre estas deducciones y otros beneficios fiscales diferentes.

De este modo, son totalmente compatibles estas deducciones estatales y las deducciones autonómicas que pudieran ser de aplicación, de cumplirse los requisitos específicos de las mismas, y no se previera de modo expreso su incompatibilidad en la normativa autonómica propia (V1678/2023, de 13 de junio). De igual forma, al no haberse previsto

(19) Alonso Alonso (2023), p. 1414.

(20) Refiriéndose al supuesto en el que parece estar pensando la norma principalmente, el de los elementos comunes del edificio en el que se ubican las viviendas, Alonso Alonso (2023), p. 1416, admite estas obras.

de modo expreso su incompatibilidad, podrían aplicarse simultáneamente la deducción por obras de mejora de la eficiencia energética que procediera, la exención por reinversión de la vivienda habitual a través de la rehabilitación de la nueva vivienda adquirida (art. 41.1 del Reglamento del IRPF) y la deducción por actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial (art. 68.5 de la Ley del IRPF), de tratarse de uno de estos bienes, si es que efectivamente, y solo en la medida en que se cumplieran todos los requisitos de estos tres beneficios fiscales (V2618/2023, de 27 de septiembre).

Debe hacerse referencia a un último aspecto que marca algunas diferencias existentes entre las dos primeras deducciones y la tercera. Puesto que en relación con las dos primeras deducciones se hace referencia a que las obras de mejora energética que dan derecho a la deducción que son costeadas por el contribuyente pueden recaer sobre «*su vivienda habitual o de cualquier otra de su titularidad que tuviera arrendada para su uso como vivienda en ese momento o en expectativa de alquiler, siempre que en este último caso, la vivienda se alquile antes de 31 de diciembre de 2025*».

Por tanto, claramente se explicita que estas medidas incentivadoras afectan no solo a la vivienda habitual del contribuyente, sino también a cualquier otra vivienda de su titularidad que estuviera arrendada o en expectativa de alquiler (sin exigirse en este último caso, por cierto, que se trate de la vivienda habitual del arrendatario) [21]. Lo que debe entenderse, como ha confirmado la doctrina administrativa, en relación con cualquier tipo de arrendamiento de vivienda, incluidas las viviendas de uso turístico generadoras de rendimientos de capital inmobiliario (V3070/2023, de 24 de noviembre; V0130/2024, de 15 de febrero) [22]. Pero entonces se excluirían otras viviendas que tuviera el contribuyente para su uso, como sería el caso de las segundas residencias [23].

Sin embargo, en relación con la tercera deducción, no se hacen esas precisiones, mencionando únicamente desde una perspectiva subjetiva a los «*contribuyentes propietarios de viviendas ubicadas en edificios de uso predominante residencial*». Por tanto, sí podrían beneficiarse de este régimen de deducción por las mejoras energéticas en todo tipo de viviendas, por las obras realizadas en los elementos comunes del

(21) Cañal García (2022), pp. 76-77.

(22) No obstante, la Exposición de Motivos se refería en estos supuestos a la vivienda «*arrendada para su uso como vivienda con arreglo a la legislación sobre arrendamientos urbanos, de modo que su destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*».

(23) Cañal García (2022), pp. 76-77.

edificio en el que se ubican las viviendas o en la vivienda unifamiliar, según la interpretación administrativa a la que hemos hecho referencia con anterioridad: en las viviendas habituales, las viviendas arrendadas o en expectativa de alquiler o en cualquier otra vivienda a disposición de sus titulares, como serían las segundas residencias [24].

Solo se excluyen en esta tercera deducción, al igual que se hace en relación con las dos primeras deducciones, las obras realizadas en la parte de la vivienda que se encuentre afecta a una actividad económica (apartado 3, párr. 3.º y apartado 4, párr. 1.º).

2.2 **Los dos certificados de eficiencia energética como elementos clave de las deducciones**

Las tres deducciones tienen como finalidad general incentivar la mejora de la eficiencia energética de las viviendas a través de la realización de determinadas obras, mejora que es identificada o concretada necesariamente a través de la comparación de los certificados de eficiencia energética expedidos antes y después de las obras. En concreto, según dispone el apartado 5, «(*a) los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la práctica de estas deducciones serán válidos los certificados expedidos antes del inicio de las obras siempre que no hubiera transcurrido un plazo de dos años entre la fecha de su expedición y la del inicio de estas*».

A este respecto debe señalarse que estos certificados de eficiencia energética constituyen el principal mecanismo previsto en la normativa sectorial de carácter general en relación con los incentivos financieros para la mejora de la eficiencia energética en la reforma de edificios (art. 14 del RD 390/2021, de 1 de junio). Estos certificados son, por tanto, elemento clave de las deducciones, como veremos también desde la perspectiva del período impositivo de aplicación de la deducción.

La trascendencia y carácter indispensable de estos certificados de eficiencia energética determina que no se aplicarán estas deducciones, entre otros casos, y según lo señalado en la doctrina administrativa, cuando: no existe el certificado previo (V1060/2022, de 11 de mayo; V0263/2023, de 14 de febrero; V0425/2024, de 14 de marzo); el certificado previo fue expedido más allá de los dos años anteriores al inicio de las obras (V3163/2021, de 21 de diciembre; V1877/2023, de 28 de junio) o posteriormente después de la ejecución de las obras (V1960/2023, de 6 de

(24) Alonso Alonso (2023), p. 1416.

julio); no existe el certificado posterior (V0678/2024, de 15 de abril); no existe ninguno de los dos certificados (V1119/2022, de 11 de mayo) [25].

Se trata, en consecuencia, de un requisito que es imprescindible o un medio de prueba tasado para justificar la mejora de la eficiencia energética de las viviendas, sin que se admitan otros medios de prueba distintos (V1119/2022, de 19 de mayo). En particular, no se ha admitido, por ejemplo, la información proporcionada por el inversor solar instalado (V3180/2023, de 11 de diciembre) [26].

Desde este relevante papel que ocupan los dos certificados, el anterior y el posterior a las obras, debe destacarse que se ha de tratar de unas obras que se realizan en relación con viviendas ya existentes, comparándose la eficiencia energética antes y después de realización de las obras, por medio de los mencionados certificados. Esto conduce a que estas deducciones no se apliquen a las nuevas construcciones de viviendas, puesto que respecto a ellas es imposible realizar la mencionada comparación de certificados (V1311/2022, de 9 de junio; V1264/2023, de 12 de mayo). Y esto es con independencia de que a estas nuevas construcciones sí podrían ser aplicables, en su caso, determinadas ayudas públicas y subvenciones en relación con estas obras.

Tampoco se admitiría la deducción, según la doctrina administrativa, en relación con las obras realizadas en una nave que la convierten en vivienda y producen el efecto de mejora en la eficiencia energética del inmueble porque aquí tampoco se produce una mejora en la eficiencia energética de una vivienda anterior que era inexistente (V1962/2023, de 6 de julio).

---

(25) No obstante, en un supuesto de realización sucesiva en el tiempo de dos obras distintas de mejora energética de la vivienda en los términos previstos por la normativa (la primera entre 2022 y 2023 y la segunda entre finales del 2023 y el 2024) y que, por tanto, daban derecho a disfrutar de la deducción, sí se admite como certificado previo de la segunda obra el certificado posterior de la primera obra, que, a su vez, dispuso de su certificado previo, siempre que se expidiera dentro del plazo de dos años anteriores al inicio de la segunda obra (V2549/2023, de 25 de septiembre).

(26) Este modelo en torno al carácter imprescindible de los certificados de eficiencia energética debe conectarse con las obligaciones de suministro de información que pueden establecerse reglamentariamente a las Comunidades Autónomas respecto de los certificados de eficiencia energética registrados y las resoluciones definitivas de ayuda que hayan sido concedidas por obras de mejora de la eficiencia energética de viviendas, junto con la relación de números de referencia catastrales a los que se refieran [letra g) del apartado 3 de la disposición adicional 13 de la LIRPF, introducida por el RDLey 19/2021 y la Ley 10/2022]. Debe resaltarse, en cualquier caso, que no hemos encontrado norma reglamentaria alguna que haya establecido esta obligación de suministro de información, aunque en la página web de la AEAT se hace referencia a un «Modelo 901. Información de las CC. AA. sobre datos consignados en el certificado de eficiencia energética», previéndose accesos a los formularios electrónicos para la presentación de dicho modelo correspondientes a los ejercicios 2021, 2022, 2023 y 2024.

2.3 **Imputación temporal: período impositivo de aplicación de las deducciones**

Dada la posible conexión con varios años de la realización de las obras, de los pagos efectuados y de la expedición y registro de los certificados de eficiencia energética de las obras terminadas, es importante determinar el período impositivo (o, en su caso, períodos impositivos) en el que la deducción de que se trate debe aplicarse o practicarse. Es decir, lo relativo a la que podría denominarse imputación temporal de la deducción.

En relación con esta cuestión, se establece una regulación independiente respecto a cada una de las tres deducciones, si bien su contenido es semejante en las dos primeras, aunque diferente en la tercera, con independencia de que existe también algún elemento común en las tres.

En este sentido, en las tres deducciones se establece como aspecto determinante de la imputación temporal de la deducción a uno u otro período impositivo el momento de expedición del certificado de eficiencia energética posterior a las obras. Por este motivo, con carácter general la deducción se practicará en el período impositivo en el que se expida dicho certificado. Se configura así un beneficio fiscal cuyos requisitos o elementos de su presupuesto de hecho han de cumplirse o realizarse en su totalidad (obras, pagos y certificados) antes del momento de su aplicación por el contribuyente en la autoliquidación del impuesto. Por tanto, desde esta perspectiva, no se trata de un beneficio fiscal con presupuesto de hecho complejo, en el que existirían requisitos futuros posteriores al momento de su disfrute que, por consiguiente, sería de carácter provisional[(27)], que es lo que ocurriría si se aplicara la deducción en el período de realización de los pagos o de las obras, sin perjuicio de que la consolidación del beneficio fiscal no se produciría hasta el período de expedición del certificado respecto de las obras terminadas, de ser posterior[(28)].

La aplicación de la deducción será en el período impositivo en el que se expide el certificado en los casos en los que también en dicho período

(27) No obstante, sí tiene este carácter de beneficio fiscal condicionado al cumplimiento de requisitos futuros en el caso de las dos primeras deducciones cuando las obras recaigan sobre viviendas en expectativa de alquiler, al admitirse el arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 2025 y, por tanto, en un momento posterior a aquel en el que deba presentarse la autoliquidación aplicando la deducción.

(28) Desde otra perspectiva, debe señalarse que son unas deducciones a aplicar por el contribuyente en la autoliquidación del período impositivo que corresponda, de conformidad con lo previsto por la norma. Esto es así con independencia de que la autoliquidación se presentara en plazo o fuera de plazo. No obstante, una vez presentada la autoliquidación en la que no se aplicado la deducción, podrá aplicarse la misma según las reglas generales de la LGT al tratarse de un caso en que se ha producido un perjuicio a los intereses legítimos del contribuyente: en la actualidad a través de una solicitud de rectificación de autoliquidaciones (V3186/2023, de 11 de diciembre); y, cuando se apruebe el modelo correspondiente, por medio de la autoliquidación rectificativa correspondiente.

se realizaron las obras y se efectuaron los pagos correspondientes. Pero también será el período de impositivo de expedición del certificado aquel en el que se aplicará la deducción cuando las obras, los pagos o ambos se realizaron en un período impositivo anterior a aquel en el que se expide el certificado. Lo mismo ocurrirá si fue en dos años distintos cuando se efectuaron los pagos, al haberse realizado pagos parciales, siendo el posterior el de la expedición del certificado. En este caso, por consiguiente, habrá que esperar a dicho período impositivo posterior para poder disfrutar de la deducción. Aunque si se expidiera el certificado tras la terminación de las obras en un período, y es en el posterior cuando se efectúa alguno de los pagos, dentro del plazo máximo previsto por la norma, habría que aplicar inicialmente la deducción solo tomando en consideración los pagos ya efectuados, debiendo corregirse después la autoliquidación presentada a través de una solicitud de rectificación de autoliquidación[29].

Esta es la conclusión a la que debe llegarse, en relación con las dos primeras deducciones, a partir de lo dispuesto en el párr. 3.º del apartado 2 y del párr. 3.º del apartado 3[30]. Y, por lo que se refiere a la tercera deducción, así se deriva de lo establecido en el párr. 4.º del apartado 3[31].

No obstante, a partir de lo anterior se aprecia una diferencia importante en relación con las dos primeras deducciones, de un lado, y la tercera deducción, de otro. Puesto que en las dos primeras deducciones solo se permite aplicar la deducción en un único período impositivo, que será aquel en el que se haya expedido el certificado de eficiencia energética posterior a las obras. Ello con independencia de que en la base de esta única deducción puedan tomarse en consideración todos los pagos

(29) Alonso Alonso (2023), p. 1413, se refiere a este caso. En la doctrina administrativa, sobre esta problemática de la imputación temporal de la deducción conectada con la expedición del certificado de eficiencia energética: V1843/2022, de 2 de agosto; V2582/2022, de 21 de diciembre; V0219/2023, de 13 de febrero; V0361/2023, de 21 de febrero; V0524/2023, de 6 de marzo; V1271/2023, de 12 de mayo; V1247/2023, de 11 de mayo; V0360/2024, de 12 de marzo.

(30) «*La deducción se practicará en el período impositivo en el que se expida el certificado de eficiencia energética emitido después de la realización de las obras. Cuando el certificado se expida en un período impositivo posterior a aquél en el que se abonaron cantidades por tales obras, la deducción se practicará en este último tomando en consideración las cantidades satisfechas desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2021 […] hasta el 31 de diciembre de dicho período impositivo. En todo caso, dicho certificado deberá ser expedido antes de 1 de enero de 2025*».

(31) «*La deducción se practicará en los períodos impositivos 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025 en relación con las cantidades satisfechas en cada uno de ellos, siempre que se hubiera expedido, antes de la finalización del período impositivo en el que se vaya a practicar la deducción, el citado certificado de eficiencia energética. Cuando el certificado se expida en un período impositivo posterior a aquél en el que se abonaron cantidades por tales obras, la deducción se practicará en este último tomando en consideración las cantidades satisfechas desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2021 […] hasta el 31 de diciembre de dicho período impositivo. En todo caso, dicho certificado deberá ser expedido antes de 1 de enero de 2026*».

satisfechos respecto a obras realizadas desde el 6 de octubre de 2021 para mejorar la eficiencia energética de las viviendas, pero teniendo como límite máximo de la base de deducción única que se aplica en ese período y, por tanto, de carácter anual, el importe de 5.000 euros (primera deducción) o de 7.500 euros (segunda deducción).

Por el contrario, en la tercera deducción, si bien igualmente hay que esperar al período de expedición del certificado de eficiencia energética posterior a las obras para poder aplicar la deducción, existiendo de igual modo un límite máximo anual de base de deducción en ese período (5.000 euros), es posible aún aplicar nuevamente la deducción en períodos posteriores. A ello nos lleva la previsión del último párrafo del apartado 3, que no tiene paralelo alguno en los dos primeros apartados, al disponer:

> *«Las cantidades satisfechas no deducidas por exceder de la base máxima anual de deducción podrán deducirse, con el mismo límite, en los cuatro ejercicios siguientes, sin que en ningún caso la base acumulada de la deducción pueda exceder de 15.000 euros»* (32).

2.4 **Ámbito subjetivo: personas que pueden aplicar las deducciones**

Estas deducciones pueden aplicarse por los contribuyentes del IRPF que sean titulares de las viviendas y que realicen el pago de las cantidades por las obras que producen la mejora energética de dichas viviendas. Se exige, por tanto, un doble requisito en los sujetos beneficiados o incentivados, que, además de ser contribuyentes del IRPF y, por tanto, personas físicas residentes en España, perceptores de renta en cuantía suficiente para generar cuota íntegra estatal, que pueda ser minorada por la deducción, han de tener la titularidad en propiedad de las viviendas, ubicadas en un edificio en régimen de propiedad horizontal, o no, al tratarse de una vivienda unifamiliar, y deben realizar los pagos correspondientes a las obras realizadas.

En este sentido, el primer requisito subjetivo señado de que se trate de los titulares en propiedad de las viviendas (no siendo suficiente, por tanto, ser nudo propietario, usufructuario o arrendatario (33), a diferencia de lo que ocurre en algunas subvenciones y ayudas en relación con estas

(32) Por tanto, en las dos primeras deducciones no es posible trasladar a períodos posteriores posibles excesos sobre la base máxima deducción, como sí ocurre en la tercera (V1686/2023, de 13 de junio).

(33) Alonso Alonso (2023), pp. 1409, 1411 y 1416.

mismas obras de mejora de la eficiencia energética, que se extienden también a algunos de estos otros sujetos) se deduce de lo previsto expresamente en la regulación: en los apartados 1 y 2 respecto de las dos primeras deducciones, al hacer referencia a «*las obras […] de su vivienda habitual o de cualquier otra de su titularidad […]*»; y, en el apartado 3 respecto a la tercera de las deducciones, cuando menciona a los «*contribuyentes propietarios de las viviendas ubicados en edificios de uso predominantemente residencial […]*».

Y, el segundo de los requisitos de que dichos sujetos sean los que realicen los pagos a los terceros correspondientes por las obras realizadas, se desprende de la mención en los tres apartados de las «*cantidades satisfechas*». Es cierto que no se señala o precisa expresamente que estas cantidades sean satisfechas «por ellos mismos». Sin embargo, esto ha de entenderse como consecuencia lógica coherente con una deducción por inversión, gasto o aplicación de renta, de modo que tenga por destinatario solo a quien ha soportado o costeado efectivamente dicha inversión, gasto o aplicación de renta.

A partir de la exigencia de este doble requisito que debe concurrir en el mismo sujeto, puede concluirse fácilmente que si una o varias personas realizan los pagos, pero dichos pagadores, sin embargo, no son titulares de la vivienda, no podrán disfrutar de la deducción. Esto ocurre, por ejemplo, en los siguientes supuestos:

– dos viviendas unifamiliares adosadas que son propiedad del padre y suegro en una familia y en el que viven las hijas y los yernos cuando son estos últimos los que abonan las cantidades correspondientes a las obras de mejora de la eficiencia energética (V2505/2023, de 18 de septiembre);

-una vivienda unifamiliar de un matrimonio en el régimen de gananciales en el que ambos realizan el pago de cantidades por obras de mejora de la eficiencia energética, pero que al ser privativa de uno de los cónyuges, solo da derecho a la deducción por los pagos efectuados por este último, no pudiendo el otro cónyuge no propietario, por tanto, aplicar la deducción (V0472/2023, de 1 de marzo; V2412/2023, de 7 de septiembre); y,

– una vivienda unifamiliar propiedad de los padres en el que es uno de sus hijos el que ha efectuado los pagos por las obras de mejora de la eficiencia energética, pese a que resida en dicha vivienda durante los últimos 16 años (V0664/2024, de 15 de abril).

Por otra parte, debe aclararse la situación muy frecuente de que sean varios los cotitulares proindiviso de la vivienda, siendo también dichos cotitulares (todos o algunos de ellos) los que efectúan los pagos correspondientes a las obras de mejora energética realizadas en la vivienda.

Para estos casos, el régimen de aplicación de estas deducciones puede sintetizarse en las siguientes ideas:

– si todos son cotitulares de la vivienda y todos ellos realizan los pagos correspondientes a las obras de mejora de la eficiencia energética de la vivienda, la deducción correspondiente podrá aplicarse también por todos los cotitulares pagadores;

– aunque se trate de varios cotitulares de la vivienda, solo los cotitulares que, además, efectúen los pagos, podrán aplicar la deducción; por tanto si son varias las personas cotitulares de la vivienda, pero solo una de ellas realiza los pagos por las obras de mejora de la eficiencia energética, será únicamente la persona pagadora y no la otra u otras cotitulares, la que podrá aplicar la deducción por la totalidad de los pagos realizados; debe tenerse en cuenta, además, que esto será así con los límites máximos de base de deducción previstos en la norma, sin necesidad de hacer prorrateo alguno (V3085/2023, de 24 de noviembre);

– la prueba de los pagos realizados, en su existencia y cuantía, así como también la relativa a quien sea el que ha efectuado dichos pagos, se regirá por las reglas generales de prueba de los artículos 105 y ss de la LGT; en este sentido, no son necesariamente decisivas y determinantes circunstancias como la persona o personas destinatarias de la factura o la persona o personas que aparecen como titulares en la cuenta bancaria utilizada para el pago, al poder utilizarse cualquier medio de prueba admitido en Derecho que desvirtúen, en su caso, el sentido marcado por lo anterior (V1189/2023, de 9 de mayo; V1097/2022, de 19 de mayo; V1676/2023, de 13 de junio; V1734/2023, de 15 de junio; V2793/2023, de 16 de octubre; V3085/2023, de 24 de noviembre; V3239/2023, de 13 de diciembre; V0037/2024, de 13 de febrero; V0558/2024, de 9 de abril; V0662/2024, de 15 de abril);

– en el caso habitual de cónyuges, que pueden tributar en régimen de tributación individual o de tributación conjunta, tratándose de viviendas de cotitularidad proindiviso, con independencia de cuál fuera el régimen económico-matrimonial (lo normal es que sea de gananciales, pero podría darse también en el de separación de bienes, de tratarse de una vivienda de titularidad común), los resultados prácticos de los límites máximos de deducción serán distintos según la modalidad de tributación (V0254/2023, de 14 de febrero; V0427/2023, de 14 de marzo; V1057/2023, de 27 de abril; V1150/2023, de 5 de mayo; V1347/2023, de 22 de mayo; V1368/2023, de 22 de mayo; V0558/2024, de 9 de abril) [34];

– en tributación individual, al presentarse dos autoliquidaciones distintas, una por cada cónyuge, cada uno de estos cónyuges podrá aplicar la

(34) Véase también Alonso Alonso (2023), pp. 1409 y 1412.

deducción por las cantidades que puedan considerarse pagadas por él con los límites máximos de base de deducción aplicables sin necesidad de hacer prorrateo alguno; de este modo, si se tratara de la primera deducción, por ejemplo, cada uno de ellos tendría el límite máximo de base de deducción de 5.000 euros, de forma que podrían aprovechar entre ambos una base total de deducción de 10.000, siempre que se hubieran satisfecho efectivamente esos 10.000 euros en total, 5.000 cada uno de los cónyuges; y, si la que se aplicara fuera la tercera deducción, el límite máximo de la base de deducción, el anual de 5.000 euros y el acumulado de 15.000 euros, se aplicaría igualmente en relación con cada uno de los cónyuges, de modo que podría ser beneficiado un total de 30.000 euros, de haberse realizado efectivamente una inversión total por ambos cónyuges de ese importe, habiendo realizado cada uno de ellos la mitad; aquí existe una diferencia relevante del sistema establecido en relación con la deducción por obras de mejora en la vivienda creada en el año 2010, pues en ella el límite de base acumulada de deducción se preveía para cada vivienda [35];

– en tributación conjunta, al regir aquí la norma general del artículo 84.2 de la Ley del IRPF conforme a la que «*los importes y límites establecidos a efectos de la tributación individual se aplicarán en idéntica cuantía en tributación conjunta, sin que proceda su elevación o multiplicación en función del número de miembros de la unidad familiar*», se aplicará una única deducción en la autoliquidación en relación con las cantidades satisfechas en total con los mismos límites máximos de la base de deducción previstos por la norma; así, por ejemplo, si se tratara de la primera deducción, en relación con todas las cantidades satisfechas se tendría el límite máximo de base de deducción de 5.000 euros, sin multiplicar por dos al tratarse de dos contribuyentes del impuesto; lo mismo ocurriría si fuera la tercera deducción la aplicable, de modo que se aplicarían sin más los límites máximos de base de deducción generales, el anual de 5.000 euros, y el acumulado de 15.000 euros, sin posibilidad alguna de multiplicación por dos;

– en otros supuestos de cotitularidad proindiviso distinto al de los cónyuges (sería el caso, por ejemplo, de una pareja de hecho), al tributarse necesariamente en tributación individual, se aplicará lo señalado respecto a los cónyuges con anterioridad en caso de tributación individual (V1502/2023, de 2 de junio) [36].

---

(35) A este respecto establece la disposición adicional vigésima novena de la Ley del IRPF: «*En ningún caso, la base acumulada de la deducción correspondiente a los períodos impositivos en que ésta sea de aplicación podrá exceder de 20.000 euros por vivienda. Cuando concurran varios propietarios con derecho a practicar la deducción respecto de una misma vivienda, el citado límite de 20.000 euros se distribuirá entre los copropietarios en función de su respectivo porcentaje de propiedad en el inmueble*».

(36) El apartado 4, párr. 6.º recoge otro supuesto peculiar: «*Tratándose de obras llevadas a cabo por una comunidad de propietarios la cuantía susceptible de formar la base de la*

Finalmente, debe llamarse la atención en que estas deducciones pueden aplicarse por cualquier contribuyente del IRPF, con independencia de la cuantía de su renta, aunque bajo la condición ya señalada de haber generado una cuota íntegra estatal susceptible de minoración. En este sentido, se ha seguido un criterio distinto al que se empleó en la deducción por obras de mejora en la vivienda creada en el año 2010, puesto que quedaba limitada a los contribuyentes cuya base imponible fuera inferior a una determinada cantidad (53.007,20 euros inicialmente, lo que se incrementó después con la reforma de 2011 a 71.007,20 euros anuales) (37).

2.5 **Cuantificación del importe de las deducciones: porcentajes y bases de deducción**

Estos tres incentivos fiscales a la mejora de la eficiencia energética, de las viviendas ubicadas en edificios, de los elementos comunes de dichos edificios y de las viviendas unifamiliares, se configuran técnicamente como deducciones sobre la cuota íntegra estatal, cuyo importe se resta del resultado de minorar dicha cuota íntegra estatal, en su caso, con el importe de la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación, de las deducciones en actividades económicas, de las deducciones por donativos y otras aportaciones, de la deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla y de la deducción por actuaciones para la protección y difusión del patrimonio histórico español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados patrimonio mundial (estas son las deducciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 68 de la Ley).

Por tanto, y como ocurre con todos los gastos fiscales instrumentados técnicamente a través de deducciones tributarias, a diferencia de los operados por medio de subvenciones o ayudas, es necesario que el sujeto beneficiado tenga renta suficiente para generar cuota tributaria estatal que pueda ser minorada por el importe de la deducción correspondiente. De modo que si el importe de la deducción generada en un período impositivo fuera superior a la cuantía de la cuota íntegra estatal, no podría aprovecharse la deducción, ni siquiera trasladando la misma a períodos impositivos posteriores (V1766/2023, de 19 de junio).

Y como suele ser habitual en las deducciones de la cuota, estas deducciones por la mejora de la eficiencia energética son de cuantía variable, y

---

deducción de cada contribuyente a que se refiere el apartado 3 anterior vendrá determinada por el resultado de aplicar a las cantidades satisfechas por la comunidad de propietarios, a las que se refiere el párrafo anterior, el coeficiente de participación que tuviese en la misma». Acerca del modo de probar los pagos realizados en estos supuestos, Alonso Alonso (2023), p. 1418.

(37) Villca Pozo (2022), p. 271.

no de cuantía fija, al ser su importe el resultado de aplicar en cada caso particular un porcentaje de deducción a una base de deducción, en los términos previstos por su normativa reguladora.

Por lo que se refiere al porcentaje de deducción, debe señalarse que no es igual en las tres deducciones, puesto que es, respectivamente, el 20 por ciento, el 40 por ciento y el 60 por ciento. Con independencia de la relevancia que tienen para determinar el alcance de la desgravación fiscal las bases máximas de deducción, a lo que se hará referencia después, esto pone de relieve el mayor tratamiento favorable que se da a la mejora energética de los edificios en los que se ubican las viviendas (apartado 3), también a las viviendas unifamiliares, según la interpretación administrativa asentada, y dentro de las viviendas ubicadas en edificios, a la mejora energética en forma de mejora en el consumo de energía primaria no renovable (apartado 2) respecto a la mejora energética consistente en la reducción de demanda de calefacción y refrigeración (apartado 1). Por otra parte, una comparación entre estos porcentajes de deducción y los que se previeron respecto a la deducción por obras de mejora en la vivienda creada en el año 2010 (10 por ciento inicialmente, 20 por ciento tras la reforma del año 2011), revela también el decidido impulso a la mejora energética de las viviendas y los edificios que se ha dado en fechas recientes con estas deducciones.

En cuanto a la base de deducción, deben ser examinados distintos aspectos, que en su mayoría se encuentran en las normas comunes a las tres deducciones contenidas en el apartado 4.

En primer lugar, debe señalarse que la base de estas deducciones está constituida por las cantidades satisfechas a las personas o entidades que realicen las obras que producen las mejoras energéticas incentivadas, así como a las personas o entidades que expidan los certificados de eficiencia energética acreditativos de la mejora conseguida (apartado 4, párr. 3.º). Con esta previsión normativa, que es semejante a la que se recogía en la deducción por obras de mejora de la vivienda creada en el año 2010[38], el beneficio fiscal queda limitado a los casos en los que las prestaciones de servicios correspondientes a las obras y a la expedición de certificados, se realizan por un sujeto distinto al contribuyente (el contribuyente no se beneficiaría de estas deducciones cuando dichas prestaciones de servicios se realizaran por él mismo, tampoco cuando se dedicara habitualmente a estas actividades económicas) y se llevan a cabo de forma onerosa, no gratuita, mediante contraprestación dineraria, no en especie.

En segundo lugar, la norma exige también, para poder incluir las cantidades satisfechas en la base de las deducciones, unos determinados medios de pago. Puesto que la base de estas deducciones estará constituida

(38) De Pablo Varona (2012), p. 258.

por las cantidades satisfechas mediante tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria, cheque nominativo o ingreso en cuentas en entidades de crédito. Y se precisa también de modo expreso, por si hubiera alguna duda al respecto, que en ningún caso darán derecho a practicar deducción las cantidades satisfechas mediante entregas de dinero de curso legal (apartado 4, párr. 3.º). Salvo esta última precisión, se trata de algo que ya previó exactamente en los mismos términos la norma reguladora de la deducción por obras de mejora de la vivienda creada en el año 2010, lo que responde en ambos casos a la misma finalidad de prevención del fraude fiscal y laboral[39].

En tercer lugar, debe llamarse la atención en que no se recoge previsión alguna acerca de los eventuales supuestos en los que las obras de mejora energética hubieran sido satisfechos a los terceros realizadores de las obras o expedidores de los certificados de eficiencia energética recurriendo a financiación ajena. Este silencio debe entenderse, en nuestra opinión, en el sentido de que lo relevante y lo único que sería incluido en la base de deducción son las cantidades satisfechas a estos terceros, siendo indiferente que hayan sido cubiertas acudiendo a financiación ajena o mediante el uso de recursos propios. La falta de previsión expresa alguna a este respecto debe interpretarse también en el sentido de entender que si se hubiera recurrido a financiación ajena, no se podrían incluir en la base de la deducción los intereses y demás gastos de financiación de la mejora[40], con independencia de que estos últimos pudieran ser considerados como gastos deducibles de los rendimientos de capital inmobiliario derivados del arrendamiento.

En cuarto lugar, la norma también precisa el tipo de gastos, inversiones o actividades, en relación con las cuales las cantidades satisfechas podrían integrarse en la base de deducción. Así, se dispone que a estos efectos, se considerarán como cantidades satisfechas por las obras realizadas aquellas necesarias para su ejecución, incluyendo los honorarios profesionales, costes de redacción de proyectos técnicos, dirección de obras, coste de ejecución de obras o instalaciones, inversión en equipos y materiales y otros gastos necesarios para su desarrollo, así como la emisión de los correspondientes certificados de eficiencia energética. Se precisa también, no obstante, que en todo caso, no se considerarán en dichas cantidades los costes relativos a la instalación o sustitución de equipos que utilicen combustibles de origen fósil, al entenderse que van en la línea contraria a las medidas de eficiencia energética que quieren incentivarse a través de estas deducciones.

(39) De Pablo Varona (2012), p. 258.
(40) Alonso Alonso (2023), pp. 1409 y 1412.

Por otra parte, en quinto lugar, se establece el mandato de que de las cantidades satisfechas a los terceros que realizan las obras o que expiden los certificados se deben descontar aquellas cuantías que, en su caso, hubieran sido subvencionadas a través de un programa de ayudas públicas o fueran a serlo en virtud de resolución definitiva de la concesión de tales ayudas. Lo que se busca con ello es evitar un doble o triple beneficio: el beneficio directo recibido a través de percepción de determinadas cantidades en concepto de ayudas públicas o subvenciones, que, además, pueden estar exentas de tributación (segundo beneficio); y, el nuevo beneficio derivado de la desgravación fiscal por estas deducciones, en relación con aquellas cantidades que habían sido recibidas del ente público correspondiente y que podrían estar exentas de tributación.

A este respecto, debe mencionarse el modo de operar este obligado descuento en la base de la deducción de las cuantías subvencionadas a través de programas de ayudas públicas en aquellos casos en los que en el momento de presentar la autoliquidación la correspondiente ayuda o subvención aún no hubiera sido concedida, pero sí se hubiera solicitado estándose a la espera de la resolución. Lo que tendrá que hacer el contribuyente en estos casos ha sido puesto de relieve por la doctrina administrativa de manera clara: deberá aplicar la deducción en su autoliquidación incluyendo las cantidades de subvención o ayuda pendientes de concesión, pues entonces no se permite descontar las mismas de la base de la deducción; y, cuando con posterioridad se concedieran, debería regularizar la pérdida parcial del beneficio fiscal a través del régimen general previsto en la normativa del IRPF (art. 59 del Reglamento) de incluir el importe deducido improcedentemente en la autoliquidación del ejercicio de la resolución definitiva de concesión (V2638/2022, de 27 de diciembre; V0044/2023, de 16 de enero; V0642/2023, de 17 de marzo; V0829/2023, de 10 de abril; V1057/2023, de 27 de abril; V1190/2023, de 9 de mayo; V1368/2023, de 22 de mayo; V0037/2024, de 13 de febrero; V0828/2024, de 22 de abril).

Finalmente, debe hacerse una mención a la relevante cuestión de las bases máximas de deducción (también llamados a veces límites o topes máximos de deducción), cuya finalidad es establecer unos límites a la pérdida de recaudación tributaria generada por estas desgravaciones fiscales, bien en un determinado período impositivo único a través de una base máxima anual de la deducción, bien en el conjunto de varios períodos impositivos por medio de una base acumulada máxima de la deducción.

Y a este respecto debe señalarse que en la regulación de estas tres deducciones se ha seguido el modelo de bases máximas de deducción de cuantía fija, y no de cuantía variable en función de determinados parámetros como la base imponible del contribuyente que era lo que establecía la

deducción por obras de mejora en la vivienda creada en el año 2010[41]. Aunque siendo en todo caso importes fijos de base máxima de deducción, no son iguales en todas ellas y en algún caso se combinan bases máximas de deducción, tanto de carácter anual como acumuladas.

En concreto, en relación con las dos primeras deducciones se establece únicamente una base máxima anual que es de 5.000 euros en la primera y de 7.500 euros en la segunda, lo que confirma la idea ya reflejada en los porcentajes de deducción de dar un mayor tratamiento fiscal favorable, dentro del ámbito de las viviendas ubicadas en edificios, a la mejora energética en forma de mejora en el consumo de energía primaria no renovable (apartado 2) respecto a la mejora energética consistente en la reducción de demanda de calefacción y refrigeración (apartado 1). Teniendo en cuenta los porcentajes de deducción establecidos para cada una de ellas, 20 por ciento y 40 por ciento, los importes máximos de ahorro fiscal por la deducción son de 1.000 y 3.000 euros, respectivamente[42].

Por su parte, en la tercera deducción se establece una base máxima anual de deducción, que es de 5.000 euros, pero que puede reiterarse en varios períodos impositivos hasta un límite de base acumulada de deducción de 15.000 euros. Con lo que, por tanto, también desde la óptica de las bases máximas de deducción se aprecia el tratamiento fiscal especialmente ventajoso que se da a la mejora energética de los edificios en los que se ubican las viviendas (apartado 3), también a las viviendas unifamiliares, según la interpretación administrativa asentada. A partir del porcentaje de deducción aplicable aquí, los importes máximos de ahorro fiscal por la deducción, por año y en total, son 3.000 y 9.000 euros, respectivamente[43].

Debe tenerse en cuenta que estos límites de bases máximas de deducción, anual o acumulada, deben entenderse en relación con cada tipo de deducción, contribuyente y período temporal de vigencia de estas deducciones. Y, en concreto, dadas las dudas que se han podido suscitar al respecto, los límites de las bases máximas de deducción no deben entenderse como un límite aplicable a cada una de las obras que realice el contribuyente.

De este modo, por ejemplo, si un contribuyente ha realizado en el año 2022 en su vivienda unifamiliar unas determinadas obras de mejora de la eficiencia energética obteniendo una calificación energética B y se ha aplicado deducciones en 2022, 2023 y 2024 por una base de deducción anual de 5.000, 5.000 y 1.879 euros, si bien se admite aplicar de nuevo la deducción en relación con otras obras de rehabilitación con las

(41) De Pablo Varona (2012), p. 259.
(42) Alonso Alonso (2023), p. 1415, refiriéndose a los importes de deducción efectiva.
(43) Alonso Alonso (2023), p. 1415, refiriéndose a los importes de deducción efectiva.

que se obtenga una calificación energética A, solo será en 2024 y por el importe que le reste desde los 1.879 euros procedentes de la obra anterior hasta los 5.000 euros, al llegarse ya de este modo a la base acumulada máxima de 15.000 euros (V0257/2023, de 14 de febrero) [44].

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Alonso, R., *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (2). Comentarios y casos prácticos*, CEF, Madrid, 2023.

Alonso González, L. M., *Fiscalidad, bioconstrucción y extrafiscalidad de la vivienda en España*, en Varona Alabern, J. E. (Coord.), *La fiscalidad de la vivienda en España*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 729-748.

Bueno Maluenda, C., *La vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas,* La Ley, Madrid, 2009.

— «Fiscalidad de la rehabilitación y la regeneración urbana: el ejemplo de las SOCIMI», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 15 (Extra), 2013, pp. 165-204.

— «Repensar la política fiscal sobre la rehabilitación de viviendas: propuesta de régimen fiscal para iniciativas ´cohousing`», *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 31, 2017, pp. 197-226.

Cañal García, F., «Beneficios fiscales para la transición energética en la imposición local», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 73-89.

González-Cuéllar Serrano, M. L., «La vivienda en los tributos locales», en Varona Alabern, J. E. (Coord.), *La fiscalidad de la vivienda en España*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 705-728.

Herrera Molina, P. M., *Capacidad económica y sistema fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Pablo Varona, C. de, «La fiscalidad de la vivienda en el IRPF», en Varona Alabern, J. E. (Coord.), *La fiscalidad de la vivienda en España*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 149-411.

Rodríguez Márquez, J., «El concepto de Obras de rehabilitación de edificaciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido: su ampliación por obra del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, núm. 4, 2010, pp. 33-38.

Ruiz de Velasco Punín, C., «La vivienda en el Impuesto sobre el Valor Añadido», en Varona Alabern, J. E. (Coord.), *La fiscalidad de la vivienda en España*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 626-704.

Villca pozo, m., «Medidas fiscales para la rehabilitación energética edificatoria», *Documentos de Trabajo del IEF*, núm. 8, 2022, pp. 264-273.

(44) En esta misma línea, pueden mencionarse la V3239/2023, de 13 de diciembre, la V3269/2023, de 19 de diciembre y la V0724/2024, de 16 de abril. También pueden consultarse otras: V0794/2023, de 3 de abril; V1734/2023, de 15 de junio.

E. Concepto de vivienda a efectos fiscales y pérdida de la condición de vivienda habitual

José María Salcedo Benavente
Abogado especialista en Procedimiento Tributario
Socio Director de «Salcedo Tax Litigation»
jmsalcedo@josemariasalcedo.com

Resumen: *Este trabajo analiza el concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, por ser el más utilizado por la normativa fiscal. Además, se explican los requisitos que la vivienda tiene que cumplir para tener la condición de habitual, y en qué supuestos puede perderse dicha condición.*

Palabras clave: *Vivienda habitual, requisitos, transmisión de la vivienda, prueba, ocupación efectiva, residencia continuada, IRPF, Impuesto de Sucesiones.*

Abstract: *This work analyzes the concept of habitual residence provided for in personal income tax regulations, as it is the most used by tax regulations. In addition, the requirements that the home must meet to have habitual status are explained, and in what cases this status may be lost.*

Keywords: *Habitual residence, requirements, transfer of residence, proof, effective occupation, continued residence, personal income tax, inheritance tax.*

Sumario: 1. Concepto de vivienda habitual en la normativa del IRPF y aplicación en otros impuestos. 1.1 Aplicación en otros impuestos. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 12/2023. 1.2 Requisitos para que la vivienda adquiera el carácter de habitual, y excepciones a la regla general. 2. Pérdida de la condición de la vivienda habitual: supuestos en los que se produce y consecuencias. 2.1 El plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual desde que se deja de habitar en ella. 2.1.1 El caso de los divorciados que abandonaron su vivienda habitual por decisión judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023. 2.1.2 Aplicación a otros supuestos. 2.2 Pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente. 2.3 La prueba de que la vivienda es la habitual.

1. CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL EN LA NORMATIVA DEL IRPF Y APLICACIÓN EN OTROS IMPUESTOS

No existe en la LGT un concepto de vivienda habitual que pueda aplicarse a la generalidad de impuestos que de una manera u otra recaen sobre ésta, o que contemplan al menos beneficios fiscales asociados a la misma.

Así, el concepto de vivienda habitual más utilizado es el de la Ley 35/2006 del IRPF (LIRPF). Y es a este concepto al que se remiten de forma casi constante las distintas normativas que regulan el resto de los impuestos que aluden a la vivienda habitual, como el ITPAJD, o el ISyD[(1)].

El concepto de vivienda habitual de la normativa del IRPF es el contemplado en los artículos 68.1, apartados 3.º y 4.º f) de la Ley del IRPF, en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, y artículos 54 y 55.2 del Real Decreto 439/2007, Reglamento del IRPF (RIRPF), redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. Dichos artículos, pese a haber sido derogados o modificados, siguen siendo aplicables en virtud de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LIRPF.

(1) Ejemplo de ello es el artículo 28.1 de la Ley 22/2009, que al referirse a la determinación de la residencia en una determinada Comunidad Autónoma dispone que «*Salvo prueba en contrario, se considerará que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual, definiéndose ésta conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*».

Pues bien, lo primero que llama la atención en relación con el concepto de vivienda, es que debe tratarse de una edificación, condición exigida por el artículo 54.1 del RIRPF. Ello excluye del concepto de vivienda espacios como las autocaravanas o las embarcaciones(2).

Además, el RIRPF también considera vivienda habitual las plazas de garaje, hasta un máximo de dos, adquiridas juntamente con la vivienda. En relación con éstas, el criterio de la Dirección General de Tributos, expresado en la resolución V0008-10 es que *«para que se produzca tal asimilación será necesario que las dos plazas de garaje se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje, se produzca en el mismo acto, aunque puede ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento, considerándose en la consulta 0077-01 adquiridos de forma conjunta los anteriores elementos en los casos en que la adquisición se produce respecto de diferentes propietarios y en documentos separados, si bien se adquieren en la misma fecha».*

Por otro lado, y en cuanto al elemento temporal, el artículo 68.1.3.º de la LIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012) considera vivienda habitual *«aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas».*

Por último, el artículo 54 del RIRPF exige que la vivienda sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses contado a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

En definitiva, residencia durante un tiempo mínimo y ocupación efectiva son los requisitos de carácter temporal que la normativa exige para

(2) Según resolución V0863-08 de la Dirección General de Tributos, *«dentro del concepto de vivienda habitual regulado en el IRPF se incluye todo tipo de edificación, aun cuando ésta no cumpla con la normativa urbanística propia de la misma o se ubique en un suelo que no disponga de la calificación requerida para edificar, con independencia de la calificación que pudiera tener en el Registro de la Propiedad. […] En cuanto al concepto de edificación, debe señalarse que, al margen de los conceptos específicos establecidos a los exclusivos efectos de la aplicación de otras leyes, no existe un concepto de edificación a efectos del IRPF. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define edificio como "Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos"; por lo que una vivienda prefabricada, cuyas características requieran necesariamente su ubicación de forma permanente en un determinado terreno podría considerarse incluida en dicho término».*

que la vivienda tenga el carácter de habitual. Como luego veremos, ambos requisitos admiten múltiples excepciones, que son fuente de profusa litigiosidad.

1.1 **Aplicación en otros impuestos. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 12/2023**

Como se ha indicado, estamos ante un concepto de vivienda que se ha generalizado en el ámbito tributario, remitiéndose a él la práctica totalidad de las normativas del resto de impuestos cuando pretenden gravar de algún modo la vivienda habitual, o cuando regulan algún beneficio fiscal aplicable a la misma[3]. Y desde luego, de aplicación supletoria cuando dichas normativas guardan silencio sobre el concepto de vivienda habitual.

Y es que solo en el IRPF se regulan los requisitos para determinar cuándo una vivienda es la habitual del contribuyente, cuándo permanece en tal situación, y en qué supuestos se pierde la condición de vivienda habitual.

En cuanto a los tributos que regulan imposición indirecta (IVA o ITPAJD), su normativa no regula expresamente el concepto de vivienda habitual, ni se refiere a ella con esa denominación. Ello, a pesar de que sí contempla la existencia de beneficios fiscales referidos a la «vivienda». En efecto, en ambos impuestos encontramos referencias a la vivienda de protección oficial, lo cual presupone la condición de vivienda habitual, además de constituir una remisión a las normas administrativas que regulan estas viviendas, para verificar si se cumplen los requisitos allí previstos.

En el ámbito del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante goza de una considerable reducción. Sin embargo, el concepto de vivienda habitual no aparece definido en la norma estatal del impuesto, por lo que ha de atenderse al concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, que expresamente se refiere a ella y lo define.

Por último, la Ley 19/1991 que regula el Impuesto sobre el Patrimonio establece la exención de la vivienda habitual hasta un importe máximo de 300.000 euros. Ello, considerando que tal vivienda es la que *«se define*

(3) Esta afirmación, no obstante, no puede realizarse en términos absolutos. Ejemplo de ello es el artículo 105.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, que al regular la exención por la transmisión de la vivienda, en el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), dispone que *«A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años».*

en el artículo 68.1.3.º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio».

En definitiva, de forma explícita o implícita, las remisiones al concepto de vivienda habitual previsto en la norma del IRPF son constantes. Por ello ha venido siendo utilizado de forma habitual por todos los operadores jurídicos, salvo que la normativa aplicable al caso regule expresamente dicho concepto.

Dicha situación, no obstante, podría cambiar a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, por el Derecho a la Vivienda (LDV). Y es que dicha norma introduce en su artículo 3 (Definiciones) un nuevo concepto de vivienda que, en defecto de una regulación específica, podría ser aplicable a los tributos que no tengan un concepto de vivienda definido en sus normativas, ni se remitan al concepto de vivienda previsto en la LIRPF.

En concreto, la LDV en su artículo 3, apartado a), se refiere al concepto de «Vivienda», como el *«edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial.»* Y en su apartado f), al de «Residencia habitual» como *«la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho».*

Por tanto, y como se ha indicado, considero que en el caso de tributos que no tengan prevista en su propia normativa una definición de vivienda habitual, ni contemplen una remisión tácita o expresa al concepto de vivienda previsto en la LIRPF, será posible acudir a partir de ahora al concepto de vivienda y residencia habitual previsto en la LDV, cuyos requisitos son mucho más laxos que los estrictos de la normativa del IRPF.

1.2 **Requisitos para que la vivienda adquiera el carácter de habitual, y excepciones a la regla general**

Pues bien, volviendo al concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, por ser el más utilizado en la práctica por la Administración Tributaria, vemos que, a parte del elemento objetivo de constituir una edificación, antes comentado, la vivienda debe cumplir un doble requisito temporal. En concreto, debe habitarse de forma efectiva en el

plazo de doce meses desde su adquisición o desde la terminación de las obras de reforma o rehabilitación, y debe residirse en ella un plazo mínimo de tres años.

Ambos requisitos contemplan variadas excepciones, que analizaré a continuación.

Así, y en cuanto al requisito de residir en la vivienda durante un plazo continuado de al menos tres años, prevé el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, según se ha indicado), que la vivienda no perderá la condición de habitual, a pesar de no cumplirse el requisito de residencia, «*cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas*».

Pues bien, lo primero que hay que indicar es que el plazo mínimo de residencia exigido por la normativa del IRPF comienza a computarse desde que se adquiera la titularidad en pleno dominio del inmueble, aunque ésta sea parcial. Por ello, no cuenta como tiempo de residencia en el inmueble el período anterior a la adquisición jurídica[4] de dicha titularidad, ni tampoco los supuestos en que la vivienda se haya ocupado en la condición de nudo propietario[5].

Además, y en cuanto a las excepciones al período mínimo de residencia, hay que tener en cuenta que no estamos ante una lista cerrada o «numerus clausus». Ello lo confirma la referencia que el propio precepto reglamentario realiza a la existencia de otras circunstancias análogas debidamente justificadas.

Como puede imaginarse el lector, esta previsión normativa ha motivado numerosos pronunciamientos de la Dirección General de Tributos y de los Tribunales, en los que se analizan qué circunstancias pueden ser consideradas como causa suficiente para dejar de habitar la vivienda sin que ésta pierda la condición de habitual a efectos de los distintos beneficios fiscales.

De este modo, y como regla general, se considera que ello ocurre cuando el cambio de residencia obedece a circunstancias o razones ajenas a la mera voluntad del contribuyente, que además supongan la necesidad objetiva de dicho cambio, no pudiendo quedar éste a la libre elección del contribuyente, ni tampoco a su beneficio o conveniencia[6].

---

(4) Resolución V1432-09 de la Dirección General de Tributos.

(5) STS 12 de diciembre de 2022, recurso 7219/2020.

(6) Como puede imaginarse el lector, la casuística es infinita. Así, la Dirección General de Tributos se ha referido al abandono de la vivienda por problemas vecinales (V2786-07), o por problemas

Un supuesto particular en el que los Tribunales están considerando que la vivienda no pierde el carácter de habitual a pesar de haber dejado de habitarla es el del traslado del contribuyente a un centro geriátrico. Así, son varios los Tribunales que han considerado dicho traslado no supone que la vivienda en la que habitaba hasta entonces pierda la consideración de habitual. Ello, principalmente en el ámbito del Impuesto de Sucesiones, cuya normativa se remite a la del IRPF para determinar qué debe entenderse por vivienda habitual del causante. Y a lo anterior no obsta, siquiera, que se modifique el empadronamiento del contribuyente para fijarlo en el de la residencia a la que se traslada.

Ejemplo de ello es la sentencia de 22 de enero de 2015 (recurso 1052/2011), dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña en la que declara que *«el inmueble controvertido no perdió el carácter de vivienda habitual por el mero hecho del traslado de su titular a una residencia geriátrica, pues vino motivado por cuestiones de salud, lo que es de todo punto natural y lógico. Este hecho ha de interpretarse conjuntamente, en primer lugar, con los datos obrantes en el padrón […] con la justificación proporcionada en relación con el empadronamiento en la CALLE001 NUM003, en donde se ubica la residencia, pues es de sobra conocido que la asignación de los centros de salud se realiza en función de la dirección de empadronamiento. Es por ello que debe entenderse como algo regular y ordinario la modificación de los datos del padrón de los residentes de los geriátricos para facilitar la obtención de atención médica y la comodidad de estas gestiones, precisamente tratándose de una fase del ciclo vital en la que tanta importancia tienen estas cuestiones que podrían considerarse de mera logística»*.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, resolviendo un supuesto planteado en relación con el Impuesto de Sucesiones, y referido a un causante que residió los últimos tres años de vida en una

---

médicos como una alergia (consulta general 2191-03), o por una enfermada grave de un hijo (V0230-05), o por el nacimiento de hijos vinculado a la falta de espacio en la vivienda (V2386-05), entre muchos otros supuestos. Tampoco la ruptura de la pareja de hecho se considera por regla general como una excepción que justifique el abandono de la vivienda antes del plazo de los tres años, equivalente a la ruptura matrimonial (V1254-23).

Puede ocurrir que estemos ante alguna de las excepciones previstas en la ley, como la celebración de matrimonio, o el traslado laboral, y que sin embargo no quede acreditada la necesidad de cambio de vivienda. Ejemplo de ello son las resoluciones V2483-05 o V1976-09. También las dificultades económicas pueden ser causa justificada de abandono de la vivienda, con el fin de venderla y adquirir otra más económica. Así lo ha declarado el TEAR de Valencia en resolución de 30 de octubre de 2023 (03/02442/2022). Tampoco el traslado laboral (excepción prevista en la norma) supone que siempre que concurra esta circunstancia deba considerarse justificado el cambio de vivienda. Ejemplo de ello es la resolución V1976-09 que se refiere a un cambio no voluntario de lugar de trabajo a un municipio ubicado 20 km más lejos que el anterior.

residencia geriátrica. Ello, declarando que en el ámbito de las «otras causas análogas justificadas» que, ex artículo 41bis del RIRPF, no hacen perder al inmueble la consideración de vivienda habitual, ha de incluirse la enfermedad acreditada que obliga al cambio de residencia, máxime cuando el fallecimiento sobreviene durante y como consecuencia de dicha enfermedad[7].

Por último, y ya en el ámbito del IRPF conviene destacar la sentencia de 13 de febrero de 2023 (recurso 15206/2021), dictada por el TSJ de Galicia en relación con la deducción por inversión en vivienda. Ello, considerando que el traslado del contribuyente a un centro geriátrico no hace perder la condición de vivienda habitual[8].

Además de los supuestos comentados en los que la vivienda puede seguir teniendo el carácter de habitual, a pesar de no residir en ella el contribuyente el plazo mínimo de tres años, o de haber dejado de vivir allí, existe también en el RIRPF un supuesto de suspensión del plazo para residir en la vivienda durante el plazo mínimo de tres años, con posibilidad de reanudarlo más adelante.

Éste es el referido al supuesto en el que el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo, que puede ser público o privado. Y que por este motivo no llegue a ocupar la vivienda habitual adquirida durante el plazo mínimo de tres años. Pues bien, en este caso se produciría una suspensión del cómputo del referido plazo hasta que el contribuyente cese en el cargo y en el disfrute de vivienda asociada al mismo, debiendo el contribuyente volver a residir en la vivienda hasta completar el plazo de los tres años para que tal vivienda no pierda el carácter de habitual a los efectos de aplicar los beneficios fiscales asociados a la misma.

Por su parte, y en cuanto al segundo requisito temporal, que es el de «ocupación efectiva», prevé el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente

---

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017 (recurso 1657/2016), en la que declara que *«el artículo 41 bis del Reglamento, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (como antes el artículo 51.1 del Reglamento de 1999), define la vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones en los siguientes términos «[…] se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas».*

(8) En concreto, afirma el TSJ de Galicia que *«en congruencia con los criterios anteriormente expuestos entendemos que el hecho de que la recurrente, por razón de sus circunstancias físicas, resida temporalmente en una residencia geriátrica, ello no priva de la consideración de su vivienda como habitual a los efectos de la deducción prevista en el artículo 68 de la LIRPF en la redacción vigente antes de la supresión del beneficio fiscal con efectos de 1 de enero de 2013».*

a 31 de diciembre de 2012, según se ha indicado), que la vivienda no perderá el carácter de habitual, a pesar de no haber sido habitada en el plazo indicado, cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Nuevamente nos encontramos ante una relación de excepciones al plazo máximo de ocupación efectiva, que no es cerrada, ya que se admite la posibilidad de que concurran otras circunstancias (aparte del fallecimiento del contribuyente), que impidan la ocupación de la vivienda en el plazo de doce meses desde que se adquirió.

Al igual que en el caso anterior, la casuística que puede plantearse es muy variada, y ha dado pie a numerosos pronunciamientos de la Dirección General de Tributos. Particularmente frecuente es el supuesto en el que se adquiere la vivienda habitual y acto seguido se realizan obras de rehabilitación sobre la misma, que impiden su ocupación efectiva dentro del referido plazo máximo de doce meses.

Pues bien, en estos casos el criterio de la Dirección General de Tributos, expresado en la resolución V01376-12 es el de que *«será a partir del momento en el que el consultante traslade su residencia de forma efectiva y con carácter permanente a la vivienda de su titularidad, cuando comience el derecho a practicar la deducción en función de las cantidades que, desde entonces, destine a sufragar los costes de adquisición y rehabilitación, bien sean por pagos directos o se deriven de la financiación de los mismos, supeditándose la consolidación de dichas deducciones al cumplimiento del plazo de tres años de residencia continuada, salvo concurrencia de circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, en los términos que establece el artículo 54 del Reglamento del Impuesto»*.

En consecuencia, y según el órgano directivo, *«durante el período en el que se realicen las obras de rehabilitación no existirá derecho a deducir por las cantidades destinadas a estas, ya que no se cumple el requisito de que las obras han de realizarse sobre una vivienda que tenga la consideración de habitual»*.

Por último, en este caso también rige la excepción al plazo previsto para el caso de que el contribuyente no ocupe efectivamente la vivienda en los doce meses siguientes a su adquisición, por disfrutar de otra vivienda habitual por razón de cargo o empleo. En ese supuesto, y tal y como dispone el artículo 54 del RIRPF, *«el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese»*.

2 PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL: SUPUESTOS EN LOS QUE SE PRODUCE Y CONSECUENCIAS

Es evidente que el incumplimiento de los plazos antes indicados (de doce meses para ocupar la vivienda, y de tres años como mínimo de residencia en la misma), supondrá que la vivienda pierda el carácter de habitual. Estamos ante supuestos que generan gran litigiosidad. Ello, teniendo en cuenta que muchos contribuyentes están interesados en defender a capa y espada la condición de habitual de su vivienda, para poder disfrutar de los beneficios fiscales antes comentados, como son en el IRPF la deducción por inversión en vivienda o la exención de la ganancia obtenida por la transmisión de la vivienda. Ello, además de los beneficios fiscales previstos en otras normativas que se remitan al concepto de vivienda previsto en la LIRPF.

Además, son muy frecuentes también los casos de contribuyentes que cumplen efectivamente ambos requisitos, pero que sin embargo ven como la Administración Tributaria les cuestiona la residencia efectiva en la vivienda. Ello, basándose principalmente en la ausencia de consumos de luz, agua o gas, para el uso de un inmueble como vivienda habitual, o la existencia de consumos, pero en una cuantía muy reducida que resulta incompatible con el referido uso de vivienda[9].

Por tanto, en la medida en que el consumo eléctrico de la vivienda habitual del contribuyente sea notablemente inferior a los consumos medios considerados por la Administración, existen bastantes posibilidades de que se produzca el inicio de una comprobación para cuestionar la condición de vivienda habitual. Ello, a efectos de negar al contribuyente la aplicación de cualquier beneficio fiscal asociado a la consideración de la vivienda como habitual tanto en el IRPF, como en cualquier otro impuesto.

Y es que las consecuencias del incumplimiento del plazo mínimo de tres años de residencia en la vivienda, o del plazo máximo de doce meses

(9) Conviene recordar que el criterio de la Agencia Tributaria en sus regularizaciones es que el consumo eléctrico medio anual de un hogar es (según el Instituto Nacional de Estadística, INE) de aproximadamente 1418 Kw anuales, que prorrateados por meses da 118,67 Kw mensuales (resolución del TEAR de Cataluña 30 de junio de 2020, 08/9949/2018). En este mismo sentido y ratificando dicho consumo medio se ha pronunciado el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencia de 6 de marzo de 2019 (recurso 594/2016).

Del mismo modo, el TSJ de Castilla y León afirma en sentencia de 11 de noviembre de 2020 (recurso 201/2019) que «*según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), Encuesta de Presupuestos familiares Base 2006, para el año 2017: Electricidad (vivienda principal): la cantidad consumida media por hogar es 2.858,20 Kwh/año, y la cantidad consumida media por persona es 1.146,60 Kwh/año*».

para ocuparla tras su adquisición, son la pérdida de los beneficios fiscales asociados a la condición de vivienda habitual.

Así, el incumplimiento del plazo continuado de residencia durante un período mínimo de tres años supondrá la pérdida de las deducciones que el contribuyente se hubiera practicado hasta la fecha en relación con dicha vivienda. En este caso, el contribuyente deberá regularizar las deducciones indebidamente practicadas en la declaración del IRPF del ejercicio en que se produjo el incumplimiento. Y si en ese ejercicio el contribuyente no tuviera obligación de presentar declaración, la regularización se llevará a cabo presentando complementarias de los ejercicios anteriores en los que se aplicó la deducción.

No obstante, si se produce el fallecimiento del contribuyente o concurre cualquiera de las circunstancias que justifican el cambio de domicilio con anterioridad al plazo de tres años, no se perderán las deducciones practicadas por la adquisición de la vivienda. En cualquier caso, a partir de que se den las citadas circunstancias ya no podrá seguir practicándose la deducción por inversión en vivienda.

Además, y en el caso de transmisión de la vivienda habitual, el contribuyente no podrá declarar exenta la ganancia patrimonial obtenida[(10)]. Ello, en el ámbito del IRPF. Pero, como se ha indicado, hay que contemplar también la pérdida de beneficios fiscales en cualquier otro impuesto, siempre que tales beneficios estén condicionados a la consideración de la vivienda como habitual según los requisitos previstos en la normativa del IRPF[(11)].

Además, el momento en que la vivienda deje de ser la habitual por cualquiera de las causas justificadas previstas en el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012) marcará el inicio del cómputo del plazo de dos años para transmitir la vivienda del artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF, sin que ésta pierda su carácter de habitual, y pudiendo en consecuencia disfrutar de las exenciones de la ganancia patrimonial con motivo de la transmisión de la vivienda previstas en la normativa[(12)].

Por su parte, el incumplimiento del plazo máximo de doce meses para ocupar la vivienda determinará igualmente que la vivienda no sea considerada la habitual del contribuyente. Ello supondrá en el IRPF la pérdida de la deducción por inversión en vivienda que se hubiera podido aplicar

(10) Exención prevista en el artículo 33.4, apartados b y d, y en el artículo 38.1 de la LIRPF.

(11) Ejemplo de ello es la reducción por adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones (art. 20.2.c, Ley 29/1987), que puede ser suprimida por la Administración si no queda acreditado que la vivienda fue la habitual del causante en sus últimos años de vida, de acuerdo con los requisitos previstos en la normativa del IRPF.

(12) Vide nota 10 anterior.

hasta la fecha, debiendo regularizarse la deducción indebidamente practicada en la declaración del IRPF de la misma forma en que antes se ha indicado respecto a la regularización en caso de incumplimiento del requisito de residencia mínima durante tres años.

Del mismo modo, se perderá el derecho a aplicar la exención de la ganancia patrimonial obtenida por la transmisión de la vivienda habitual, en los distintos supuestos previstos en la normativa. Y también se perderán los beneficios fiscales previstos en la normativa de otros impuestos, cuando queden condicionados a que la vivienda sea la habitual de acuerdo con los requisitos previstos en las normas del IRPF.

Además y volviendo a la pérdida de la deducción por inversión en vivienda en el IRPF, hay que tener en cuenta la supresión de tal deducción con efectos desde el 1 de enero de 2013, y el régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria decimoctava de la LIRPF, condicionado no solo a que la vivienda se adquiriera antes de dicha fecha, sino también a que se aplicara la deducción en algún ejercicio anterior al de 2013.

Por este motivo, y aunque la vivienda se hubiera adquirido mucho antes del 1 de enero de 2013, si se incumplió el plazo de ocupación efectiva se perdería la deducción, y también la posibilidad de aplicar el régimen transitorio. Y solo se podría «recuperar» si se produjo una nueva ocupación de la vivienda antes de la referida fecha del 1 de enero de 2013, y se comenzó a aplicar la deducción desde entonces.

Esto no ocurre en relación con las exenciones previstas en el IRPF por la transmisión de la vivienda habitual, ni en relación con los beneficios fiscales asociados a dicha vivienda contemplados en otras normativas, por remisión a la normativa del IRPF. Ello, teniendo en cuenta que el régimen transitorio aludido solo es de aplicación respecto a la deducción por inversión en vivienda del IRPF.

Por ello, en relación con estos otros beneficios fiscales es posible que inicialmente se haya incumplido el requisito de ocupación efectiva de la vivienda en el plazo máximo de doce meses. Y que sin embargo a pesar de ello la vivienda adquiera posteriormente la condición de habitual, porque se habita en ella de forma continuada durante más de tres años[13].

(13) Ello ocurrirá, por ejemplo, si se adquirió hace años una vivienda destinándola a segunda residencia, y tiempo después el contribuyente comienza a habitar la vivienda de forma habitual, convirtiéndose en su primera residencia. En este caso, si se acredita el cumplimiento del período mínimo de residencia de tres años, la vivienda sería considerada la habitual. Y en caso de transmisión sería posible aplicar la exención de la ganancia obtenida si se está en alguno de los supuestos previstos en la normativa. O también cualquier otro beneficio fiscal que esté previsto en otra normativa y que quede vinculado a los requisitos previstos en la del IRPF.

2.1 El plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual desde que se deja de habitar en ella.

El RIRPF también se refiere a un supuesto particular de pérdida de la condición de vivienda habitual, que solo resulta aplicable en relación con la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de la transmisión de la vivienda habitual. Es decir, la prevista en los artículo 33.4.b y 38.1 de la LIRPF.

Así, dispone el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF que *«A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto*(14)*, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión».*

Lo anterior supone que aunque la vivienda tenga la condición de habitual por haberse cumplido el requisito de residencia mínima de tres años, dicha condición se perderá si deja de habitarse en ella y la transmisión se produce más allá del plazo de dos años contados desde entonces. En ese caso, la ganancia patrimonial obtenida en dicha transmisión, verificada una vez superado el plazo del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF, ya no disfrutaría de la exención prevista en el artículo 33.4.b o en el 38.1, ambos de la LIRPF.

Además, en relación con este supuesto de pérdida de la condición de vivienda habitual, llama poderosamente la atención el hecho de que la norma no prevea excepciones. Es decir, no que no se haga referencia a supuesto alguno en el que por las circunstancias concurrentes y debidamente justificadas, y ante la imposibilidad objetiva de transmitir la vivienda antes del plazo de dos años, se posibilite la exención de la ganancia patrimonial aunque la transmisión se haya verificado más allá del plazo de dos años.

Ello está generando gran litigiosidad. En primer lugar, en relación con la determinación de la fecha exacta en la que se dejó de habitar la vivienda, que es la que iniciaría el plazo de los dos años del artículo 41bis, apartado 3, del RRIPF. Y en segundo lugar, en relación con la falta de excepciones al referido plazo de dos años.

---

(14) Llama la atención que la previsión del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF no se refiera a los supuestos de exención de la ganancia patrimonial por dación en pago o ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Por ello, en estos casos sería a priori posible aplicar la exención, aunque en el momento en que se lleve a cabo la dación o ejecución hipotecaria hubieran transcurrido más de dos años desde que se dejó de habitar la vivienda.

En este punto, hay que recordar que mientras que los apartados 1 y 2 del citado artículo 41bis del RIRPF sí establecen excepciones diversas en relación con el requisito de ocupación efectiva de la vivienda en el plazo máximo de doce meses, o con el de residencia durante un plazo continuado de al menos tres años, no ocurre lo mismo con el plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual, que no admite excepciones.

Para mayor INRI, las excepciones de los apartados 1 y 2 se han considerado intercambiables, aplicándose unas y otras de forma indistinta para ambos requisitos temporales. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el supuesto del apartado 3 al que ahora me refiero, que viene siendo aplicado por la Agencia Tributaria de forma literal, no admitiendo excepción alguna que inaplique dicho plazo de dos años para transmitir la vivienda tras haber dejado de habitarla.

Particularmente sangrante ha sido el caso de los contribuyentes divorciados o separados, o con nulidad matrimonial reconocida, que se vieron obligados a abandonar su vivienda habitual por decisión judicial, o en virtud de convenio regulador homologado judicialmente. Y es que a dichos contribuyentes se les ha venido negando la exención de la ganancia patrimonial obtenida cuando finalmente han podido transmitir la que fue vivienda su habitual, por haber cesado la atribución del uso de la vivienda reconocido a su excónyuge. Todo ello, con el argumento de que para aquel entonces, el plazo de dos años desde que dejaron de habitar la vivienda transmitida ya había transcurrido con creces. Paradójicamente, al excónyuge al que se atribuyó el uso de la vivienda junto con los hijos comunes sí se le permite aplicar la exención.

2.1.1 *El caso de los divorciados que abandonaron su vivienda habitual por decisión judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023*

En efecto, el criterio de la Administración siempre ha sido el de considerar que se trataba de un plazo que no admitía excepciones. Ello, ni en supuestos tan flagrantes como el de los contribuyentes divorciados o separados, o que obtuvieron la nulidad de su matrimonio.

Ejemplo de ello es la resolución del TEAR de Cataluña de 14 de abril de 2023 que declaró que *«A la vista de la normativa expuesta, el interesado no tendría derecho a esta exención al haber transmitido una vivienda que desde 2007 (fecha de la sentencia judicial de separación) ya no era su vivienda habitual.»* Añadiendo que *«no encontramos ninguna previsión legal que permita la exención de la ganancia por la transmisión de la que fue la vivienda habitual del*

contribuyente durante la vigencia de su matrimonio en las condiciones expuestas; éste tendrá derecho a la exención, pero sólo por la ganancia que en su caso obtenga por la transmisión de la que, tras abandonar la anterior vivienda, sea su nueva residencia habitual, cumplidos obviamente los restante requisitos – no por la que fue–, pues éste sólo puede tener una única residencia habitual».

Sin embargo, se trata de una interpretación tremendamente injusta, teniendo en cuenta que en este caso existe una imposibilidad real para transmitir la vivienda en el plazo reglamentario de dos años, motivada por la atribución del uso de la misma al excónyuge por decisión judicial, concretada en una sentencia o en un convenio regulador ratificado judicialmente.

Dicha interpretación vulnera además el derecho de igualdad, teniendo en cuenta el diferente tratamiento fiscal que reciben ambos excónyuges, permitiéndose al que permaneció en la vivienda aplicar la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de su venta, y negándola sin embargo al otro excónyuge.

Afortunadamente, se trata de una doctrina que hoy puede considerarse plenamente superada. Ello a partir de la sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023 (recurso 7851/2021) que refiriéndose al caso concreto de los contribuyentes separados, divorciados, o que obtuvieron la nulidad matrimonial, ha fijado como doctrina de interés casacional que *«en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieren determinado el cese de la ocupación efectiva como vivienda habitual para el cónyuge que ha de abandonar el domicilio habitual por tales causas, el requisito de ocupación efectiva de la vivienda habitual en el momento de la transmisión o en cualquier día de los dos años anteriores a la misma, que exige el apartado 3 del artículo 41 bis del RLIRPF, se entenderá cumplido cuando tal situación concurra en el cónyuge que permaneció en la misma».*

En concreto, el Tribunal Supremo considera que los motivos previstos en los apartados 1 y 2 del referido artículo 41 bis del RIRPF por los que se considera que la vivienda adquiere la condición de habitual, pese a no haberla ocupado en el plazo de 12 meses desde su adquisición, o por no haberla habitado durante 3 años, son plenamente extrapolables al supuesto de venta de la vivienda.

Así, declara el Alto Tribunal que *«no cabe una lectura aislada de ese apartado 3 del artículo 41 bis RLIRPF, puesto que la propia norma se remite a todo el artículo ["con arreglo a lo dispuesto en este artículo" dice] y a los "exclusivos efectos" de cuando se "entenderá" que se está transmitiendo una edificación que constituye su vivienda habitual, lo que evidencia que el reglamento asume que se trata de un concepto*

legalmente definido por la propia norma tributaria (art. 12.2 LGT). Los apartados 1 y 2 del artículo 41 bis deben integrarse en su totalidad en ese requisito del apartado 3 del mismo precepto, acerca de la actualidad de la condición de vivienda habitual, porque todos ellos forman parte de un concepto específico de la norma tributaria, el de vivienda habitual a efectos de la exención por reinversión. Y esa integración no se limita tan solo a las situaciones de efectiva ocupación de la vivienda habitual, sino también aquellas que han sido asimiladas por los apartados 1 y 2 a la condición de inicio de la residencia como vivienda habitual y permanencia en tal concepto, como son las situaciones de separación, divorcio y nulidad. De ahí la mención a las situaciones en que, sin ser la vivienda habitual efectiva "tuviere tal consideración" a que se refiere expresamente el artículo 41 bis. 3».

Y todo ello le lleva a concluir que *«No existe ningún elemento interpretativo en el artículo 41 y 41 bis del RLIRPF, y tampoco en el artículo 38.1 LIRPF, que justifique una ruptura de la asimilación del tratamiento tributario del ex cónyuge que permanece en la vivienda habitual, en su caso junto a los hijos comunes, con el otorgado al cónyuge que debe cesar en el uso de la vivienda habitual por la situación de separación, nulidad o divorcio, asimilación que se formula explícitamente para el requisito de inicio y mantenimiento en la ocupación de la vivienda habitual en los apartados 1 y 2 del artículo art. 41 bis, y por remisión al conjunto, y por tanto a aquellos apartados, en cuanto al requisito de ocupación actual al tiempo de la enajenación. La interpretación que establecemos es la más coherente con la plena efectividad del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y en el sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE), igualdad que, por su carácter de derecho fundamental y principio básico de la ordenación del sistema tributario (art. 3.1 LGT), informa la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)».*

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que un contribuyente en situación de divorcio, separación o nulidad matrimonial dejara de habitar la que era su vivienda hasta el divorcio, no supone que la misma pierda para él el carácter de habitual, mientras no lo haya perdido también para el otro excónyuge.

No estamos, en cualquier caso, ante una sentencia que pueda aplicarse de forma automática a todos los supuestos de divorcio, separación matrimonial o nulidad. Y es que habrá que tener siempre muy en cuenta lo pactado en el convenio regulador homologado judicialmente, o lo decidido por el órgano judicial en la sentencia.

Ello, en la medida en que la doctrina del Tribunal Supremo aboga por considerar que las excepciones de los apartados 1 y 2 del artículo 41bis de RIRPF son aplicables también al supuesto del apartado 3 (transmisión de la vivienda habitual). Y que, en consecuencia, es imprescindible que exista una imposibilidad clara y objetiva de transmitir la vivienda en el plazo de dos años previstos en el Reglamento, y no una decisión voluntaria o motivada por la conveniencia del contribuyente.

Por ello, en estos casos será necesario analizar el convenio regulador, o la sentencia, para ver durante cuánto tiempo tenía uno de los excónyuges atribuido el uso de la vivienda familiar. Y es que lo cierto es que en estos casos la imposibilidad de transmitir la vivienda estará justificada mientras dicho excónyuge tenga el uso y disfrute de la vivienda, pero no una vez dicho uso haya expirado, momento en el que en mi opinión, empezaría a computar el plazo de dos años del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF a que vengo refiriéndome.

2.1.2 *Aplicación a otros supuestos*

Que, la sentencia de 5 de mayo de 2023 abre la puerta a considerar que en determinados supuestos debidamente justificados, es posible exceptuar el plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual tras dejar de vivir en ella, previsto en el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF. El problema en estos casos será el de determinar cuándo cesaron las causas que impedían enajenar la vivienda, y por tanto puede considerarse iniciado el plazo de dos años previsto en el precepto reglamentario.

La casuística es inmensa, y en este caso se trataría de justificar que existían circunstancias o motivos de peso que impidieron la transmisión de la vivienda habitual. Pues bien, entre dichas circunstancias debe necesariamente considerarse el traslado a un centro geriátrico por motivos de salud, teniendo en cuenta que, como antes se ha indicado, los Tribunales han reconocido que dicha circunstancia no hace perder a la vivienda la condición de habitual. Ejemplo de ello es la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2025 (recurso 78/2023) que reconoce el derecho a aplicar la exención por la venta de la vivienda a un contribuyente que transmitió la vivienda pasados más de dos años desde que dejó de habitar su vivienda, al ser trasladado a un centro geriátrico.

Por ello, lo lógico sería que la condición de vivienda habitual no se perdiera en estos casos hasta que cese la estancia del contribuyente en el centro geriátrico, retornando a su hogar, o en caso de que se produzca su fallecimiento en la propia residencia, empezando a computar el plazo de dos años para enajenar la vivienda a partir de esa fecha.

En el mismo caso se encuentra el contribuyente que dejó de habitar su vivienda por traslado laboral, y que acaba transmitiéndola pasados más de dos años. Ciertamente, en este caso es la propia normativa la que considera que la vivienda no pierde el carácter de habitual en la medida en que dicho traslado es obligado para el contribuyente[15]. Sin embargo, sobre el papel el plazo para transmitir la vivienda sin que la misma perdiera dicho carácter de habitual comenzaría a computar a partir del traslado. Y ello choca con el supuesto tan habitual de que el traslado no sea definitivo, sino provisional, y que el contribuyente tenga previsto volver a habitar la que era su vivienda. Y que por este motivo decida no deshacerse de ella.

El problema será si finalmente dicha esperanza se frustra pasados más de dos años, y el contribuyente acaba transmitiendo su vivienda fuera del plazo previsto en el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF.

Pues bien, también este supuesto tendría en mi opinión acogida en la nueva doctrina del Supremo, que permite acreditar la existencia de circunstancias o motivos que necesariamente impidieron la transmisión de la vivienda habitual. Ello, siempre que dicha imposibilidad, ante la confianza de que el traslado sería provisional, quede debidamente acreditada.

Me referiré por último, a otro supuesto particular, referido a la transmisión de la vivienda habitual pasados más de dos años siendo la contribuyente víctima de violencia de género, y habiendo tenido que abandonar en su día la que fue su vivienda huyendo precisamente de dicha lacra social.

Pues bien, en relación con esta cuestión se pronunció hace tiempo el TSJ de Andalucía, cuando todavía no existía la doctrina casacional establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 2023, antes comentada.

Así, el Tribunal andaluz declaró[16] que *«por ese abandono, la que fue vivienda habitual dejó de serlo, y no se puede invocar la concurrencia de una circunstancia análoga a aquellas que habilitaban para dotar de la condición de vivienda habitual a las que no habían sido ocupadas en los plazos establecidos, para mantener artificiosa y artificialmente esa condición durante 6 años, que fue el período que*

(15) En este sentido se expresa la Dirección General de Tributos en consulta general 0972-02, de 25 de junio de 2002, en la que afirma que *«La expresión utilizada por el legislador –circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda– comporta una obligatoriedad en dicho cambio, lo que significa la concurrencia de circunstancias ajenas a la mera voluntad o conveniencia del contribuyente: no basta la concurrencia de cualquier circunstancia por la que convenga cambiar de domicilio, sino que debe concurrir alguna que obligue a ese cambio anticipado sin completar el período mínimo de tres años de residencia en la vivienda. En el caso consultado, el cambio de destino (de Cartagena a Canarias) del sujeto pasivo conlleva, evidentemente, una obligatoriedad en el cambio de domicilio, por lo que procede concluir que concurre una de las circunstancias que exigen el cambio de vivienda habitual anticipado al plazo mínimo de los tres años».*

(16) Sentencia de 16 de septiembre de 2020, recurso 977/2017.

transcurrió desde que perdió esa habitualidad, por cuanto que la dejó de habitar, hasta que la transmitió.» Ello, añadiendo que *«la ficción que consagra esos preceptos implica que la no ocupación de la vivienda en el período de tres años o doce meses, por cualquiera de las causas reseñadas, no impide que la vivienda adquiera el carácter de habitual, mas lo que no permite, tal como pretende la parte recurrente, es que la vivienda que fue habitual y que por su abandono dejó de serlo, mantenga esa consideración tras dejar de ocuparla».*

Estamos ante un pronunciamiento claramente superado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023 antes citada. Sin embargo, el hecho de que la condición de víctima de violencia de género (que deberá acreditarse) impidiera vender la vivienda habitual en el breve espacio de dos años desde que tuvo que abandonarse, no justifica a priori un retraso de 6 años en su venta.

Será ésta una circunstancia que deberá acreditarse oportunamente, para poder determinar a partir de qué fecha la contribuyente pudo enajenar la vivienda habitual, comenzando a computar el plazo de dos años desde entonces.

2.2 **Pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente**

Un caso peculiar es el de si un contribuyente puede tener varias viviendas habituales de forma simultánea. Es decir, que todas ellas reúnan dicha condición al mismo tiempo.

Dicha circunstancia se reconoce para el matrimonio, permitiendo la Dirección General de Tributos que puedan existir dos viviendas habituales en la misma unidad familiar, residiendo cada cónyuge en una de ellas. Así, el criterio de Hacienda es que si *«ambas viviendas adquiridas por el matrimonio tuvieran la consideración de habitual, una para el cónyuge del consultante y la otra para éste, cada cónyuge tendría derecho a practicar la deducción por inversión en vivienda habitual por aquella vivienda que constituya su respectiva residencia habitual, siempre que se cumplan los demás requisitos previstos en la normativa del Impuesto, por el 50 por ciento de las cantidades que satisfagan, hasta cubrir el porcentaje de participación que de la propiedad de la misma le corresponde, con el límite de base de deducción de 9.040 euros anuales*[17]*».*

Sin embargo, se plantea también si un mismo contribuyente puede ser titular de forma simultánea de dos o más viviendas habituales. Pues bien,

(17) Resolución V1572-12 de 18 de julio.

la Dirección General de Tributos descarta de plano dicha posibilidad, considerando que un contribuyente no pueden tener simultáneamente más que una vivienda habitual. Por ello debe tenerse en cuenta el número de días del período impositivo en que se ha habitado cada vivienda, para saber cuál de ellas es la habitual. Y en caso de que a pesar de ello pudieran existir dudas sobre qué vivienda es la que constituye la residencia habitual, o de si las dos viviendas pudieran tener simultáneamente tal condición, el criterio de Tributos es que *«las exigencias de continuidad y permanencia otorgarían el carácter de habitual a aquel domicilio donde se residiera por más tiempo a lo largo de cada período impositivo; puesto que un mismo contribuyente no puede tener más de una vivienda habitual en cada momento»* [18].

El mismo criterio se aplicará si, por motivos laborales, un contribuyente residiera parte de la semana en un domicilio, y el resto en otro, ambos de su propiedad. Pues bien, Hacienda obliga a elegir, y solo tendrá el carácter de habitual aquella vivienda en las que se resida más días durante el período impositivo.

Sin embargo, la doctrina casacional del Supremo contenida en la sentencia de 5 de mayo de 2023 antes comentada, que afecta a los contribuyentes en situación de separación, divorcio, o nulidad matrimonial, y que podría ser extensible a otros supuestos, sí podría generar en mi opinión situaciones de pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente, y además de forma simultánea.

Así, si tomamos el caso de los contribuyentes separados, divorciados, o con nulidad matrimonial, vemos como a veces pueden pasar muchos años hasta que cese el derecho de uso de la vivienda del excónyuge, y pueda transmitirse la vivienda familiar. Pues bien, en todo ese plazo es lógico que el excónyuge que tuvo que abandonar la vivienda haya adquirido una nueva. Y que dicha vivienda a su vez haya obtenido la condición de habitual, por ocuparse en el plazo de doce meses y residir en ella el contribuyente de forma continuada durante más de tres años.

Pues bien, esa nueva vivienda conviviría con la anterior, que según la doctrina del Supremo no habría perdido la condición de habitual mientras el excónyuge siga residiendo en ella en virtud de los pactos contenidos en el convenio regulador o acordados por el órgano judicial en sentencia.

De hecho, cuando finalmente la que fue vivienda habitual del matrimonio se transmita, el contribuyente podrá considerar exenta la ganancia patrimonial por reinversión, o directamente, si es mayor de 65 años. Ello, a pesar de que ya sea propietario de otra vivienda habitual, que si la transmite le generará igual derecho.

(18) Resolución V2411-09 de 29 de octubre.

Y lo mismo puede decirse de otros supuestos en los que ya no se habite la que fue vivienda habitual, pero que sin embargo conserve tal condición ante la imposibilidad real y objetiva de transmitir la misma, y en tanto en cuanto no pueda llevarse a cabo su transmisión.

2.3 **La prueba de que la vivienda es la habitual**

Ya hemos visto que para poder aplicar los distintos beneficios fiscales cuyo objeto es la vivienda habitual, tanto en el IRPF como en otras normativas que se remiten al concepto de vivienda de este impuesto, es necesario poder acreditar la residencia continuada en dicha vivienda.

Ello será necesario para poder seguir aplicando la deducción por inversión en vivienda mientras se amortiza el préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de la vivienda. O también para tener derecho a la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de su transmisión. E igualmente en el ámbito de otros impuestos, para gozar de la reducción por adquisición *mortis causa* de la vivienda prevista en el Impuesto de Sucesiones, o para poder aplicar tipos reducidos en el Impuesto de Transmisiones por la compra de la vivienda habitual.

El problema es, sin embargo, cómo probar que la vivienda en la que se reside es la habitual cuando dicha condición sea cuestionada por Hacienda respecto a alguno de los beneficios fiscales comentados (u otros previstos en cualquier normativa). No hablamos de una discusión sobre la carga de la prueba. Y es que ésta corresponderá a quien haga valer su derecho, de acuerdo con el artículo 105 de la LGT[19].

Por el contrario, el problema se plantea en relación con los medios de prueba, al no estar definidos con cuáles cuenta el contribuyente para

(19) Artículo 105, LGT: *«En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.»* En la práctica tributaria, ello se traduce en que corresponde a la Administración la prueba del hecho imponible del tributo (presupuesto necesario para poder exigirlo), y al contribuyente la de la existencia de supuestos de no sujeción, exenciones, bonificaciones o cualquier tipo de deducción o reducción que pretenda aplicarse, y minore la cuota tributaria a pagar, como sería cualquiera de los beneficios fiscales asociados a la adquisición o transmisión de la vivienda habitual. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de marzo de 2007 (Recurso 6169/2001), afirmando que *«[…] en nuestro Derecho ha regido y rige la otra concepción que puede denominarse clásica regida por el principio dispositivo y plasmada en el artículo 114 de la LGT/1963 (también en el artículo 105.1 LGT/2003), según la cual cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen; esto es, la Administración la realización del hecho imponible y de los elementos de cuantificación de la obligación, y el obligado tributario las circunstancias determinantes de los supuestos de no sujeción, exenciones y bonificaciones o beneficios fiscales. Si bien es verdad que nuestra jurisprudencia ha matizado, en ciertas situaciones, el rigor el principio establecido en el mencionado artículo 114 LGT/1963, desplazando la carga de la prueba hacia la Administración por disponer de los medios necesarios que no están al alcance de los sujetos pasivos».*

acreditar el carácter habitual de su vivienda, cuando éste es cuestionado por la administración tributaria[20].

En efecto, a la hora de regularizar la situación del contribuyente la Administración suele utilizar como referencia el informe de consumos del sector residencial en España, elaborado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, o las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE), extraídas de la encuesta de presupuestos familiares[21]. Sin embargo, la aplicación de dichos consumos a la concreta vivienda del contribuyente no se lleva a cabo utilizando parámetros concretos que tengan en cuenta el número de personas que habitan la vivienda, la superficie de la misma, su ubicación, equipamientos, etc.

Además, la Administración tampoco relaciona los consumos medios indicados con los días en que la vivienda estuvo ocupada, presumiendo siempre una permanencia en la vivienda de 365 días al año. Ello, a pesar de que para determinar la residencia habitual el artículo 9 de la LIRPF establece tan solo una permanencia de más de 183 días en la misma. Por tanto, dichos consumos debieran prorratearse al período de permanencia en la vivienda acreditado por el contribuyente, siempre que éste sea superior a esos 183 días.

En definitiva, lo cierto es que la existencia de consumos mínimos e insuficientes en la vivienda del contribuyente suele ser la principal prueba de

---

(20) Dicha indeterminación de los medios de prueba que puede aportar el contribuyente para acreditar que la vivienda es la habitual ha motivado incluso una Recomendación por parte del Defensor del Pueblo, expresada en el marco de la Queja número 15017471. Ello, considerando necesario *«Establecer un listado abierto de pruebas que pueden ser aportadas por los contribuyentes para acreditar que un inmueble de su titularidad puede ser considerado su vivienda habitual, y unos criterios uniformes sobre los consumos que se consideran mínimos a efectos de determinar que el inmueble es la residencia habitual; y flexibilizar el criterio administrativo.»* Todo ello, insistiendo el Defensor del Pueblo en que *«desde esta institución no se pretende la publicación de una lista tasada de pruebas sino que se faciliten ejemplos de pruebas acreditativas de que una vivienda reúne los requisitos para ser considerada como habitual»*.

(21) Vide nota 9 anterior. En cualquier caso, la exigencia de unos consumos mínimos para poder reconocer el carácter habitual de la vivienda no tiene respaldo legal alguno, lo que podría vulnerar el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Ello, teniendo en cuenta que ni en la LIRPF, ni en su Reglamento, se determina que para que la vivienda tenga la condición de habitual deban existir unos consumos mínimos energéticos. No obstante, frente a tal alegación, el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), expresado en sentencia de 24 de febrero de 2020 (recurso 75/2019) es el de considerar que *«aunque ciertamente la normativa no contiene tal exigencia, sin embargo, la valoración de tales consumos como un elemento probatorio más a los efectos de acreditar que estamos ante una vivienda habitual es algo que viene admitiendo habitualmente esta Sala, y por tanto no puede acarrear las consecuencias que el recurrente pretende, ya que nos encontramos ante una deducción, que como tal, constituye un beneficio fiscal, y por ello, de conformidad con lo prevenido en el artículo 105 de la LGT, corresponde al recurrente acreditar su residencia real, efectiva y permanente en la vivienda adquirida, correspondiendo a los órganos de gestión valorar la totalidad de las pruebas aportadas, por lo que estamos ante una simple cuestión de valoración de prueba y no tanto de aplicación normativa»*.

cargo que utiliza la Administración[22]. Y frente a ella al contribuyente no le quedará más remedio que acreditar la condición de vivienda habitual del inmueble acudiendo a cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

En este sentido, la resolución del TEAR de Valencia de 25 de noviembre de 2016 (46/09791/2016) da la razón a una contribuyente en su reclamación frente a Hacienda, y constituye un buen ejemplo de los distintos medios de prueba que el contribuyente puede oponer frente a la regularización practicada por la Administración rechazando la condición de habitual de su vivienda por insuficiencia de consumos.

Así, se afirma en dicha resolución que *«La interesada manifiesta residir en la vivienda por la que se practica la deducción y explica el bajo consumo de luz en el incorrecto funcionamiento del contador. Aporta en prueba de su pretensión: comunicaciones electrónicas realizadas con la entidad Iberdrola solicitando acreditación del cambio del contador realizado, volante de empadronamiento, contrato de luz, declaraciones de vecinos, facturas de agua, alta en teléfono fijo y ADSL en 2014, aunque en 2013 no tenía teléfono fijo, y facturas de teléfono. Además de lo anterior, en el procedimiento llevado a cabo respecto a su regularización del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2013, la reclamante presentó en prueba de su residencia efectiva, permanente y habitual en la vivienda, lo siguiente: escritura de la vivienda y del préstamo hipotecario, justificantes de pagos realizados, certificado de empadronamiento figurando empadronada en la vivienda desde 2009, certificado de retenciones de 2013 dirigido a la interesada al domicilio de Aldaya, contratos de suministro eléctrico y de agua y renovación del seguro de automóvil, dirigido a la interesada al domicilio de Aldaya.»*

En el mismo sentido, el TSJ de Madrid, en sentencia de 31-01-19 (recurso 477/2017), da la razón a un contribuyente, militar de profesión, que pese a tener consumos de electricidad muy bajos logró acreditar el carácter habitual de su vivienda aportando diversas pruebas, y explicando su situación profesional y personal[23].

---

(22) Así, considera el TEAR de Madrid en resolución de 12 de marzo de 2020 (28/21584/2018) que *«La falta de suministros, o la existencia de suministros muy reducidos, es un indicio de que, con independencia de que se trate de un inmueble de titularidad del contribuyente, aquél no constituye la vivienda habitual de éste. Se trata, en consecuencia, de la utilización de la inexistencia o irrelevancia de los consumos como una prueba indiciaria de que contribuyente no habita de modo habitual el inmueble».*

(23) En concreto, afirma el Tribunal que *«Estos documentos avalan suficientemente que el recurrente tiene dicha vivienda y que constituye su domicilio habitual aun cuando su uso, por razones de su profesión y por vivir solo, no sea el ordinario de una familia y ello porque las declaraciones ante órganos oficiales le vinculan con efectos jurídicos, no aparece como titular de inmueble distinto en su condición de militar ni tampoco como particular por lo que, salvo que comparta vivienda, lo que no consta, su domicilio será el que consta en su empadronamiento. En conclusión, en una valoración conjunta de la prueba documental obrante en autos y en el*

Sin embargo, la prueba debe ser muy exhaustiva, siendo también bastantes los supuestos en los que los Tribunales consideran que los medios de prueba aportados por el contribuyente no son suficientes para acreditar que la vivienda tenía el carácter de habitual en el ejercicio regularizado. Ello, por considerar que con la prueba aportada no se desvirtúan los consumos mínimos de la vivienda, incompatibles con una efectiva residencia en la misma[24].

Estamos, en definitiva, ante una cuestión que debe ser analizada caso por caso. Y ello, no solo teniendo en cuenta la valoración objetiva de las pruebas aportadas por el contribuyente, sino atendiendo también a sus circunstancias personales, y a los motivos que, en conjunto, pueden justificar un período de permanencia en la vivienda inferior al que a priori puede considerarse el normal para una residencia habitual.

---

expediente administrativo, en aplicación de las reglas sobre medios y valoración de la prueba previstas en el CC y en la LEC, según dispone el artículo 106.1 de la LGT, no podemos sino concluir que el actor ha logrado justificar los hechos constitutivos del derecho que pretende hacer valer y que la Administración ha negado indebidamente que la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y con carácter permanente durante el tiempo pretendido por el actor, de forma que habiéndose acreditado dicha residencia desde la adquisición de la mencionada vivienda, hemos de estimar íntegramente el recurso que nos ocupa y anular la resolución recurrida».

(24) Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 10 de diciembre de 2019 que niega la deducción por inversión en vivienda practicada considerando que *«otras pruebas aportadas como una nota del Registro de la Propiedad, el empadronamiento en el inmueble, la tarjeta sanitaria, y las actas de las reuniones de la junta de propietarios, carecen de fuerza probatoria suficiente para acreditar que la misma constituyera la residencia habitual, pues resultan insuficientes para desvirtuar la conclusión expuesta, sustentada en los consumos insignificantes constatados, absolutamente incompatibles con la residencia habitual de la demandante en la vivienda indicada».*

En igual sentido se ha pronunciado el TSJ de Madrid, entre otras, en dos sentencias de 27 de octubre de 2021 (recursos 1728/2019 y 1707/2019), al entender que los datos sobre el consumo de energía eléctrica, notoriamente bajos, no sostienen la veracidad de la residencia habitual del recurrente en la vivienda y que los documentos presentados carecen de la entidad necesaria para enervar la realidad de los exiguos consumos eléctricos de la vivienda, de los que únicamente cabe inferir, de forma lógica y racional, que nadie reside allí de manera continuada y permanente o, cuando menos, existen dudas al respecto.

También el TSJ de Cataluña (sentencia de 26 de enero de 2022, recurso 2716/2020) rechaza como prueba las *«declaraciones juradas de vecinos que no constituyen un medio útil para acreditar los efectos pretendidos, habida cuenta que son meras manifestaciones carentes de sustrato fáctico probatorio. Lo mismo sucede con el certificado de la empresa donde prestaba servicios, sobre el horario laboral, o declaración escrita de su madre, en que manifiesta que durante el periodo comprendido entre octubre de 2015 a junio de 2017 había cuidado de su nieto en su domicilio».*

Del mismo modo, el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencias de 23 de julio de 2021 (recursos 185/2020 y 1156/2020) concluye que resulta difícil de creer que pueda considerarse como residencia habitual un inmueble con el escasísimo consumo eléctrico acreditado, rechazando las alegaciones del contribuyente relativas a los horarios laborales y de ayuda de la familia, cuando estamos ante consumos mínimos incompatibles con una residencia habitual, partiendo de los datos suministrados por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Por último, y sin ánimo de ser exhaustivo, interesa citar la sentencia de 7 de junio de 2021 (recurso 453/2020) dictada por el TSJ Castilla y León (Valladolid), en la que el Tribunal razona que el reducido uso de la energía eléctrica, incluso atendiendo a las circunstancias personales y laborales alegadas, no es realmente compatible con considerar un inmueble como una vivienda habitual. Ello, recalcando que *«Lo que de verdad despeja las dudas sobre la efectividad de la ocupación son los consumos de energía y agua, que como tales, son indispensables para la vida diaria».*

F. Fiscalidad de la vivienda vacía *

Lucía Urbano Sánchez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Córdoba
d02ursal@uco.es

Resumen: *En este trabajo se ofrece un análisis jurídico general de los gravámenes que inciden sobre las viviendas vacías en los distintos niveles territoriales del Estado español, poniendo de relieve la problemática propia de cada una de estas figuras impositivas, así como la complejidad derivada de la convivencia de todas ellas en un mismo sistema tributario.*

Abstract: *This paper offers a general legal analysis of the taxes levied on empty dwellings at the different territorial levels of the Spanish State, highlighting the problems inherent to each of these taxes, as well as the complexity derived from the coexistence of all of them in the same tax system.*

Palabras clave: *Impuestos sobre las viviendas vacías, recargo, impuesto sobre bienes inmuebles, finalidad extrafiscal, función social de la propiedad.*

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

Keywords: *Taxes on vacant housing, surcharge, tax on immovable property, non-fiscal objective, social function of property ownership.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF como gravamen de la vivienda desocupada en el ámbito estatal. 3. Los impuestos autonómicos sobre las viviendas vacías. 3.1 El impuesto sobre las viviendas vacías de Cataluña. 3.2 El impuesto sobre las viviendas vacías de la Comunidad Valenciana. 4. Los tributos locales sobre la desocupación de la vivienda. 4.1 El recargo del IBI sobre los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente. 4.2 El recargo del IBI y el canon de vivienda deshabitada de los Ayuntamientos del País Vasco. 4.3 El impuesto local sobre las viviendas deshabitadas de Navarra. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Ante un panorama de escasez de vivienda y de creciente demanda social de viviendas en alquiler, y de alquiler asequible por parte de un sector de la población compuesto por los colectivos más vulnerables, en los últimos años se han venido adoptando en nuestro país numerosas medidas encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda mediante la movilización de las viviendas desocupadas, entre las que destacan, sin duda, las de carácter tributario.

Principalmente, han sido las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia en vivienda, las que han tratado de dar respuesta a esta preocupante situación mediante el establecimiento de impuestos propios sobre las viviendas vacías. Es el caso, en concreto, de Cataluña, la Comunidad Valenciana y, más recientemente, Extremadura, que creó por Ley 4/2023, de 29 de marzo, un nuevo impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores, que fue derogado antes de su entrada en vigor.

Por otro lado, se ha mantenido candente la problemática concerniente a la aplicación efectiva del recargo del IBI sobre los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente, por la que velan las sucesivas modificaciones de su regulación, operadas, primero, por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y, después, por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Y también ha emergido con la aparición de los tributos autonómicos sobre las viviendas vacías, la cuestión relativa a su coexistencia con aquel recargo dentro de nuestro sistema tributario, llevando al Tribunal Constitucional a pronunciarse en la STC 4/2019, de 17

de enero, sobre la equivalencia entre el impuesto catalán y el IBI y su recargo y, en fin, a descartar la coincidencia de sus hechos imponibles y, a la postre, la alegada vulneración del artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA).

Por lo expuesto, el presente estudio pretende poner de relieve los principales problemas que suscita la configuración jurídica de cada uno de los gravámenes diseñados específicamente para desincentivar la desocupación de las viviendas, es decir, los impuestos o recargos exigibles sobre las bases o las cuotas de impuestos ya existentes, por medio de los que se establecen nuevos hechos imponibles con la finalidad principalmente extrafiscal de hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que reconoce el artículo 47 CE, así como identificar los supuestos de concurrencia entre los mismos que provoca su convivencia en un sistema tributario que ha de ser *justo y ordenado*, para lo que habría de quedar garantizado el ejercicio del poder tributario en todos los niveles territoriales evitando, por un lado, las dobles imposiciones no coordinadas (*ex* artículo 6 LOFCA) y, por otro lado, la sobreimposición sobre una misma vivienda vacía.

2. LA IMPUTACIÓN DE RENTAS INMOBILIARIAS EN EL IRPF COMO GRAVAMEN DE LA VIVIENDA DESOCUPADA EN EL ÁMBITO ESTATAL

Aunque no se trata de un tributo autónomo, sino de un mero componente de la renta gravada por el IRPF, no podemos ignorar que, a nivel estatal, las viviendas deshabitadas resultan gravadas por la imputación de rentas inmobiliarias en el ámbito de este impuesto. Las rentas inmobiliarias imputadas en virtud del artículo 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuentan con un presupuesto de hecho en el que incuestionablemente se encuadran las viviendas vacías en la medida en que estos rendimientos –que equivalen al 2 % o, en su caso, al 1,1 % del valor catastral– se atribuyen a las personas físicas propietarias y titulares de derechos reales de disfrute sobre bienes inmuebles urbanos y rústicos, excluida la vivienda habitual, no afectos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital.

En efecto, uno de los principales argumentos esgrimidos por la doctrina para justificar esta imposición ha sido, precisamente, que se trata de una medida con una impronta extrafiscal encaminada a disuadir la especulación

inmobiliaria y a desincentivar el incumplimiento de la función social de la propiedad de vivienda que tiene lugar cuando ésta se mantiene desocupada, por la vía de imputar a sus titulares unos rendimientos que, aunque no han obtenido verdaderamente, se entiende –así lo determinó el Tribunal Constitucional en la STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 6– que podrían haber conseguido de haber alquilado sus inmuebles.

Sin embargo, lo cierto es que la configuración legal de este régimen especial del IRPF no es la más adecuada para incentivar la puesta en alquiler de las viviendas no arrendadas con el fin de garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada[(1)]. Prueba de ello es que este no solo afecta a los inmuebles urbanos de uso residencial, también recae sobre los garajes, locales comerciales, y otros inmuebles improductivos no aptos, en principio, para fines habitacionales. Asimismo, se incluyen en su ámbito objetivo de aplicación viviendas respecto de las que no se puede afirmar que se esté incumpliendo su función social, como son aquellas utilizadas por sus propietarios como segundas residencias, a las que éstos acuden en ciertos periodos del año, o aquellas que se encuentran en expectativa de venta o alquiler[(2)]. Y, en fin, se imputan rentas por viviendas cedidas gratuitamente a terceros que las destinan a vivienda habitual, cuyo uso constituye una expresión irrefutable del cumplimiento de la función social de la propiedad.

El propósito de esta imputación de rentas sería, en puridad, lograr que el bien inmueble resulte productivo, pero no que se destine a un determinado uso, como es el habitacional. Ahora bien, si aceptamos que con la imputación de rentas inmobiliarias se grava de manera cualificada la titularidad de determinados bienes inmuebles a los que no se les da un uso productivo, entonces el legislador, por un lado, tendría que haber sometido a imposición todos aquellos que reúnen esta circunstancia, lo que no ocurre en este caso, en el que no resultan gravados ciertos bienes inmuebles como son, por ejemplo, los inmuebles rústicos sin construcciones o los solares sin edificar[(3)]. Y, por otro lado, debería haber excluido de la imputación los supuestos en los que no es realmente posible la explotación del inmueble y, por tanto, la infrautilización no es decisión de su titular, sino debida al mal estado del mismo, a causas de fuerza mayor, etc.

En definitiva, a nuestro juicio, el régimen especial de la imputación de rentas inmobiliarias no supone sino el gravamen imperfecto de la titularidad

(1) En esta línea, Ruiz de Velasco Punín, C., 2020, pp. 152-153; y Álvarez Barbeito, P., *AFDUDC*, p. 17.

(2) La STS núm. 270/2021 (rec. cas. núm. 1302/2020), de 25 de febrero, FD 4.3, deja claro que se han de imputar rentas inmobiliarias cuando un inmueble no arrendado se encuentra en expectativa de ser alquilado.

(3) Ramos Prieto, J., 2018, p. 215.

de determinados bienes inmuebles improductivos, el cual convendría suprimir del ámbito del IRPF siguiendo la experiencia de los Territorios Forales que, al amparo de los Derechos Históricos que les reconoce nuestra Constitución, decidieron acabar con la imputación de rentas derivadas de inmuebles de los que no se obtienen rendimientos reales y establecer figuras impositivas dirigidas principalmente a la disuasión de la desocupación de las viviendas, a las que tendremos ocasión de referirnos con posterioridad[4].

3. LOS IMPUESTOS AUTONÓMICOS SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS

3.1 **El impuesto sobre las viviendas vacías de Cataluña**

Un impuesto verdaderamente creado y configurado con el objetivo principal de «reducir el stock de viviendas vacías y aumentar su disposición a alquiler social» es el impuesto sobre las viviendas vacías de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que regula la Ley 14/2015, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012 (en lo sucesivo, LIVVCAT)[5], cuyo hecho imponible, impregnado –quizás, en exceso– de esta finalidad extrafiscal, se define como «la desocupación permanente de una vivienda durante más de dos años sin causa justificada, puesto que dicha desocupación afecta a la función social de la propiedad de la vivienda» (art. 4 LIVVCAT).

Inicialmente, los sujetos pasivos del impuesto, a título de contribuyentes, eran solamente las *personas jurídicas* propietarias, titulares de un derecho de usufructo, de un derecho de superficie o de cualquier otro derecho real que otorgue la facultad de explotación económica de vi-

(4) De hecho, Navarra fue, en 1995, la primera Comunidad Autónoma en crear un impuesto sobre las viviendas deshabitadas, de obligatoria exigencia por los Ayuntamientos de la región, el cual fue modificado, años después, por la Ley Foral 31/2013, de 31 de octubre. Con posterioridad, el País Vasco estableció su propio canon de vivienda deshabitada en la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, el cual, pese a su denominación legal, no es sino un impuesto dirigido a fomentar el cumplimiento de la función social de la propiedad de vivienda y cuya exacción se encomienda también a los Ayuntamientos de dicho territorio, presentando un problema competencial, al haber sido creado por un Parlamento autonómico que, a diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Foral de Navarra, carece de competencia para establecer y regular el sistema tributario local, por ostentarla los Territorios Forales que conforman aquella Comunidad.

(5) La regulación del impuesto se completa con el Reglamento del Impuesto sobre las Viviendas Vacías, aprobado por el Decreto 183/2016, de 16 de febrero, y con la Orden HFP/186/2018, de 21 de febrero, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación 510 del impuesto sobre las viviendas vacías.

viendas vacías sin causa justificada durante más de dos años (art. 9.1 LIVVCAT). Sin embargo, desde el 1 de enero de 2022, son también contribuyentes del IVVCAT *las personas físicas* que tienen la condición de *grandes tenedores*, esto es, que son titulares de «un derecho de propiedad, de usufructo, de un derecho de superficie o de cualquier otro derecho real que otorgue la facultad de explotación económica de la vivienda, de más de quince viviendas» (art. 9.4 LIVVCAT). Ello se debe a que el artículo 3 de la Ley 2/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público, introdujo un cuarto apartado en el artículo 9 de la Ley catalana 14/2015, ampliando, en este sentido, el ámbito subjetivo de aplicación del impuesto. E implica que, mientras que originalmente un mismo sujeto nunca podría haberse visto obligado a soportar una doble carga tributaria derivada de la aplicación del IVVCAT y de la imputación de rentas inmobiliarias en el marco del IRPF, hoy es perfectamente posible la concurrencia de estos gravámenes cuando se trata de personas físicas consideradas grandes tenedores de viviendas.

Por nuestra parte, estimamos certera la decisión del legislador catalán de incluir a las personas físicas, grandes tenedores de viviendas, en el ámbito subjetivo de aplicación del impuesto, pues, cuando se trata de grandes tenedores de viviendas, las personas físicas y las jurídicas se nos antojan equiparables e injustificado el trato dispar entre ellas. Si lo que persigue la LIVVCAT es desincentivar el incumplimiento de la función social que se produce cuando la desocupación afecta a un número considerable de viviendas, es evidente que en ambos casos el incumplimiento es equivalente, sin que resulte posible recurrir al «natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas»[6], puesto que parece inverosímil que una persona física pueda hacer uso propio de tan elevado número de viviendas.

En cualquier caso, la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia núm. 988/2019 (rec. núm. 154/2016), de 17 de diciembre –y en pronunciamientos posteriores de esta misma Sala y Sección–, rechazó que se infringiera el principio de igualdad establecido en el artículo 14 CE por el hecho de que el IVVCAT recayese exclusivamente sobre las personas jurídicas (fundamentalmente, entidades promotoras y entidades financieras) titulares de las viviendas sujetas al impuesto. Posteriormente, la STS núm. 672/2022, de 3 de junio, que resuelve el recurso de casación núm. 3706/2020, interpuesto contra la STSJ de Cataluña núm. 988/2019,

(6) Son palabras del máximo intérprete de nuestra Constitución en las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 10; y 32/2018, de 12 de abril, FJ 9.

ha ratificado la decisión de la Sala de instancia declarando que «son indudables las diferencias entre personas jurídicas y personas físicas en el ámbito específico de la titularidad de viviendas, de ahí que la configuración del sujeto pasivo en las personas jurídicas, como originariamente estableció la Ley, no presente ningún elemento de arbitrariedad o vulneración del principio de igualdad y generalidad» (FD 7).

Expuesto lo anterior, y centrándonos en el análisis del elemento objetivo del hecho imponible del impuesto, cabe señalar que para una *vivienda*, entendida en los términos definidos por el artículo 5 a) LIVVCAT, quede sujeta a este impuesto, en primer lugar, ha de encontrarse *desocupada*. Esta circunstancia no concurre cuando su propietario dispone de un título que habilite la ocupación y puede justificarla documentalmente por cualquier medio de prueba admisible en Derecho (art. 6 LIVVCAT). En particular, no se considera desocupada la vivienda cuyo uso se cede de forma gratuita a través de un contrato en precario (7).

En segundo lugar, es preciso que se trate de una desocupación *permanente*, esto es, durante *más de dos años* desde «la fecha en que la vivienda está a disposición del propietario para ser ocupada o para ceder su uso a un tercero» (art. 7.1 LIVVCAT) (8), siempre que dicho plazo no se interrumpa mediante «la ocupación de la vivienda durante un período de, como mínimo, seis meses continuados» (art. 7.3 LIVVCAT). En origen, el artículo 7 LIVVCAT exigía que durante estos dos años el sujeto pasivo hubiera sido titular de la vivienda de forma continuada, de modo que, si la vivienda se transmitía, el adquirente solo tributaba por este impuesto si mantenía la vivienda desocupada, sin causa justificada, transcurridos dos años desde su adquisición (9). Sin embargo, lo anterior ha cambiado tras la reforma del citado precepto, llevada a cabo por el artículo 18.1 de la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para el 2023, mediante la que se introduce un nuevo apartado cuarto que establece que, en caso de transmisión de la vivienda vacía, no se reinicia ni se interrumpe el cómputo de los dos años para el nuevo propietario. En nuestra opinión, la vinculación del tiempo de desocupación al inmueble en cuestión y no a su titular nos parece desafortunada, pues lo razonable para un impuesto que trata de modificar una conducta que se considera indeseada es que se tome en consideración, precisamente, el tiempo durante el que

(7) Consulta núm. 99E/17, de 10 de octubre, de la Dirección General de Tributos y Juego de la Generalidad de Cataluña.

(8) En viviendas de nueva construcción esto ocurre una vez transcurren tres meses desde la fecha del certificado final de obra (art. 7.2 LIVVCAT).

(9) Consulta núm. 306/18, de 2 de octubre; y, en idéntico sentido, consulta núm. 306/21, de 15 de marzo.

cada contribuyente mantiene tal comportamiento y no el periodo total de desocupación del inmueble.

En tercer y último lugar, es necesario que la desocupación *carezca de causa justificada*. Las causas justificadas de desocupación de una vivienda son tasadas y están recogidas en el artículo 8 LIVVCAT, constituyendo verdaderos supuestos de no sujeción. Son, en concreto, las siguientes: a) que la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución en lo que concierne a su propiedad; b) que la vivienda se tenga que rehabilitar[10]; c) que la vivienda, previamente a la aprobación de la LIVVCAT, esté hipotecada con cláusulas contractuales que obliguen a destinarla a la venta y no al alquiler[11]; d) que la vivienda esté ocupada ilegalmente y el propietario lo tenga documentalmente acreditado; y, en fin, e) que la vivienda forme parte de un edificio adquirido íntegramente por el sujeto pasivo en los últimos cinco años, para su rehabilitación, y siempre que tenga una antigüedad de más de cuarenta y cinco años y contenga viviendas ocupadas que hagan inviable técnicamente el inicio de las obras de rehabilitación.

Por su parte, las exenciones de carácter objetivo previstas para determinadas viviendas en el artículo 10.2 LIVVCAT, se encuentran perfectamente alineadas con la finalidad extrafiscal que persigue el impuesto, tal y como ha reconocido la STC 4/2019, de 17 de enero, FJ 5 a), por eximir de gravamen, entre otras, a las viviendas sitas en zonas de escasa demanda acreditada y aquellas destinadas al alquiler asequible[12]. Precisamente

(10) Consulta núm. 228E/16, de 24 de mayo.

(11) Consulta núm. 65E/16, de 15 de marzo. Por su parte, la Junta de Tributos de Cataluña no considera que se incluya dentro de este supuesto –ni dentro de ninguno de los restantes– la imposibilidad de la entidad reclamante de arrendar las viviendas vacías que posee en stock por estar obligada, por imperativo legal, a su enajenación, rechazando tal circunstancia como causa justificada de desocupación (reclamación núm. 139/2018). Sin embargo, a nuestro juicio, cuando no se dispone de la facultad para alquilar el inmueble, éste no debería ser objeto de gravamen, y así debería contemplarse legalmente. Ante la ausencia de esta previsión legal, entendemos que no cabe una integración analógica de las causas justificativas de la desocupación, que, como bien apunta la Junta de Tributos, son «numerus clausus» y, además, supondría extender el hecho imponible del impuesto, pues constituyen verdaderos supuestos de no sujeción. No obstante, en última instancia, podría interpretarse el artículo 9, relativo a los sujetos pasivos del impuesto, en la línea de lo dispuesto por la Dirección General de Tributos y Juego en su respuesta a las consultas núm. 265E/15, de 2 de febrero, y núm. 77/21, de 8 de marzo. Del mismo modo que en la contestación a estas consultas, a tenor del citado precepto, se rechaza que en el caso de concurrencia de titularidades el contribuyente *disponga por sí solo de la facultad para alquilar la vivienda* y, por consiguiente, se descarta la inclusión de esta vivienda en la base imponible del impuesto, cuando se está obligado legalmente a la venta del inmueble, tampoco se dispone de la referida facultad, por lo que no parece justificada la exigencia de un tributo que, justamente, persigue incentivar la puesta en alquiler de las viviendas, que es algo imposible de conseguir en tal caso.

(12) Quedan exentas de tributación: a) las viviendas protegidas con calificación oficial vigente; b) las viviendas ubicadas en zonas de escasa demanda acreditada; c) las viviendas puestas a disposición de programas sociales de vivienda, convenidos con las Administraciones Públicas, para ser destinadas al alquiler social; y d) las viviendas destinadas –total o parcialmente (consulta

este argumento es el que ha llevado, primero, a la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia núm. 988/2019, FD 5, y, con posterioridad, al Tribunal Supremo en la STS núm. 672/2022, FD 8, a descartar que la exención de la letra b) del artículo 10.2 LIVVCAT, concerniente a «las viviendas ubicadas en zonas de escasa demanda acreditada, de acuerdo con lo establecido por el Plan territorial sectorial de vivienda», infringiera los artículos 14 y 31 CE, por vulneración de los principios de igualdad y capacidad económica, al suponer una diferenciación entre dos viviendas desocupadas idénticas en función de si se localizan o no en una zona de fuerte demanda residencial acreditada.

Tampoco ha tenido mejor resultado la denunciada ausencia de criterios en norma de rango legal para la delimitación de los municipios que constituyen áreas de demanda residencial fuerte y acreditada, y que se encuentran relacionados en el anexo de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, mientras no se apruebe el Plan territorial sectorial de vivienda al que se refiere la LIVVCAT. La citada STS núm. 672/2022, de 3 de junio, sostiene que «la constatación de las áreas de fuerte demanda de vivienda es necesariamente dinámica, por lo que, sin perjuicio de la conveniencia de establecer criterios en normas de rango legal, en defecto de la enumeración de municipios que actualmente contiene la Ley 4/2016, es lógica la colaboración reglamentaria, dentro del marco configurado por la ley del impuesto» (FD 8).

Por otra parte, la base imponible del impuesto catalán sobre las viviendas vacías está constituida por el número total de metros cuadrados «de la superficie útil de las viviendas» (art. 3 del Reglamento del impuesto sobre las viviendas vacías) sujetas al impuesto de las que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo (art. 11 LIVVCAT), la cual se ve reducida «en 150 metros cuadrados en concepto de mínimo exento», que, de no superarse, exime de la obligación de presentar la autoliquidación del impuesto (art. 15.1 LIVVCAT).

Como acertadamente apunta el Tribunal Constitucional en la STC 4/2019, de 17 de enero, «la base imponible del IVVCAT es una unidad física: los metros cuadrados de superficie desocupada», que no atiende a «otra característica del inmueble más que a su desocupación, ya que lo relevante para satisfacer la necesidad de vivienda es la superficie en sí y no su valor» [FJ 5 c)]. En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha reiterado en la STS núm. 672/2022, de 3 de junio, lo dispuesto por el Tribunal

---

núm. 64E/16, de 15 de marzo)– a usos regulados por la legislación turística o a otras actividades económicas no residenciales.

Constitucional en relación con este elemento y ha descartado que el hecho de que el legislador catalán haya seleccionado el número de metros cuadrados de vivienda desocupada, en lugar del número de viviendas desocupadas, como magnitud determinante de la base imponible suponga, como alega la parte recurrente, que contribuyentes que tienen un número menor de viviendas desocupadas (pero de mayor superficie) tributen en mayor medida, en contra de la finalidad extrafiscal del tributo. Entiende que ello «comporta un elemento de proporcionalidad en la carga impositiva, de forma que no se trate de forma distinta a quienes dispongan del mismo número de metros cuadrados de vivienda vacía, y cumplan de forma idéntica con el resto de requisitos establecidos» (FD 9). Y rechaza, en fin, que el legislador haya vulnerado el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) e incurrido en arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la elección de los elementos de cuantificación del impuesto en la medida en que responde «al ámbito legítimo del ejercicio de [su] potestad tributaria» (FD 9).

Por último, la cuota íntegra se obtiene al aplicar a la base imponible los tipos de gravamen recogidos en la escala contemplada en el artículo 12 LIVVCAT. Se trata de una determinada cantidad de dinero por metro cuadrado que va aumentando progresivamente (de los 13,30 euros/m^2 a los 39,90 euros/m^2) conforme se incrementa el número de metros cuadrados de viviendas sujetas al IVVCAT correspondientes a un mismo sujeto pasivo, tal y como pone de relieve la STC 4/2019, FJ 5 c). El IVVCAT es, por ende, un impuesto personal cuya carga tributaria no se modula en función de la duración de la desocupación sino con base en la dimensión del parque de viviendas vacías de que dispone un determinado sujeto pasivo, en el entendimiento de que cuanto mayor es la superficie desocupada, tanto mayor es el incumplimiento de la función social de la propiedad en que este incurre.

Además, dicha cuota, en consonancia con el fin extrafiscal perseguido, puede verse minorada, en virtud del artículo 13 LIVVCAT, cuando los sujetos pasivos destinan parte de su parque de viviendas al alquiler asequible, directamente o por medio de la Administración o de entidades del tercer sector. Concretamente, pueden aplicar una bonificación, cuyo porcentaje no puede superar el 75 %, que deriva de multiplicar por 100 el resultado de dividir el número de viviendas destinadas a alquiler asequible en municipios de Cataluña con fuerte y acreditada demanda entre el producto de la suma de este mismo número y el número de viviendas vacías sujetas y no exentas del impuesto [13].

(13) A efectos de la aplicación de esta bonificación, la vivienda ha de ser de alquiler asequible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 c) LIVVCAT, concurriendo esa circunstancia cuando se

3.2 **El impuesto sobre las viviendas vacías de la Comunidad Valenciana**

Indudablemente, la configuración legal del impuesto catalán sobre las viviendas vacías ha inspirado el diseño del régimen jurídico del tributo que introdujo en la Comunidad Valenciana el artículo 33 de la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2021. Sin embargo, el hecho imponible de este último se define de una forma, a nuestro juicio, más acertada por cuanto resulta más acorde con la naturaleza tributaria de la medida de que se trata y más representativa de la manifestación de capacidad económica que se grava, aunque por motivos extrafiscales principalmente. Así, constituye el hecho imponible del impuesto valenciano «*la tenencia* de viviendas declaradas deshabitadas en los términos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana» (art. 33. Cuatro). Y, a este respecto, cabe señalar que el artículo 14 de la mencionada norma dispone que «se entiende por vivienda deshabitada aquella que, siendo propiedad de un gran tenedor, sea declarada como tal mediante resolución administrativa por incumplir su función social al no ser destinada de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o por permanecer desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año, sin que concurra causa justificada de desocupación».

Además de un periodo de desocupación que se reduce a la mitad respecto del requerido para la aplicación del homólogo catalán, otra diferencia relevante que presenta el impuesto valenciano radica en su ámbito subjetivo, pues en el caso de este último no son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, todas las personas jurídicas propietarias o titulares de derechos reales que posibiliten la explotación económica de las viviendas vacías, sino únicamente aquellas *personas jurídicas –y entes sin personalidad jurídica, pero no personas físicas– que tengan la condición de grandes tenedores de viviendas* de acuerdo con lo dispuesto en el

---

cumplen los siguientes requisitos: (1) que el arrendatario satisfaga una renta inferior a la fijada para esta finalidad por la orden del consejero competente en materia de vivienda, que habrá de ser, en todo caso, un 25 % inferior a la del mercado, y que, en tanto no se establezca en dicha orden, será de 400 € o 300 € mensuales en función de si la vivienda se encuentra en un municipio de fuerte y acreditada demanda de la zona geográfica A o B, respectivamente, de acuerdo con el Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda (Disposición Transitoria primera de la LIVVCAT); (2) que la duración del contrato en alquiler asequible sea de, al menos, tres años. Asimismo, para el disfrute de la bonificación, es preciso que las viviendas hayan sido validadas como viviendas asequibles por la Agencia de la Vivienda de Cataluña, aunque su validación haya sido solicitada u obtenida después del 31 de diciembre, fecha del devengo del impuesto (consulta núm. V73E/16, de 17 de marzo), y se garantice que los arrendatarios perciben unos ingresos inferiores a los establecidos para acceder a una vivienda de protección oficial (art. 13.3 LIVVCAT).

artículo 16 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana (art. 33. Cinco), es decir, aquellas que «destinando su actividad a la construcción, promoción, intermediación, inversión o financiación de la construcción, compra o arrendamiento de vivienda, dispongan de más de 10 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo u otras modalidades de disfrute que les faculten para determinar los usos a que se destinan […]».

Aunque esta figura impositiva es también un impuesto personal que atiende a la superficie de las viviendas deshabitadas de la que es titular el sujeto pasivo, su cuota íntegra se obtiene aplicando a la base imponible una serie de tipos de gravamen progresivos inferiores a los previstos para el impuesto catalán, en tanto que el tipo mínimo se fija en 7,50 euros/m^2 (frente a los 13,30 euros/m^2 del impuesto catalán) y el máximo en 22,50 euros/m^2 (frente a los 39,90 euros/m^2 del impuesto catalán). Además, por lo que respecta a la base imponible, el tributo valenciano atiende al «número total de metros cuadrados construidos, incluidas zonas comunes, de las viviendas *inscritas en el Registro de Viviendas Deshabitadas* de que sea titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto», la cual se fija también el 31 de diciembre de cada año (art. 33. Seis y Ocho de la Ley valenciana). A diferencia de la regulación catalana, la valenciana hace alusión expresa al Registro de Viviendas Deshabitadas, que se erige en un instrumento fundamental para la aplicación del impuesto[(14)], pues en él deberán inscribirse de oficio las resoluciones declarativas de viviendas deshabitadas[(15)]. Por consiguiente, estimamos que la definición legal del hecho imponible del IVVVAL debería haber hecho alusión, además de a «la tenencia de viviendas declaradas deshabitadas», a la circunstancia de que se hallen inscritas en este Registro autonómico, pues, en última instancia, se requiere la inscripción del inmueble en el mismo para la cuantificación de la base imponible del impuesto[(16)].

(14) En efecto, la cumplimentación del modelo 635 de autoliquidación del impuesto requiere el número de referencia del Registro de Viviendas Desocupadas, el cual ha sido regulado por el Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías.

(15) La Consejería competente en materia de vivienda ha de facilitar a la Agencia Tributaria Valenciana la relación de titulares e inmuebles inscritos en él, a 31 de diciembre, dentro de los tres primeros meses del año natural posterior, coincidiendo con el plazo que tiene el contribuyente para presentar su autoliquidación.

(16) A este respecto, la Dirección General de Tributos y Juego de la Generalidad Valenciana aclara en su contestación a la consulta núm. V002-22 (referencia: COV 1/2022), que, para la realización del hecho imponible de este impuesto, se requiere que a los sujetos pasivos se les haya notificado la resolución administrativa por la que se declara deshabitada la vivienda, de la que se dará traslado al Registro de Viviendas Deshabitadas para su inscripción.

Por último, es preciso señalar que se han introducido en el apartado diez del artículo 33 de la Ley 3/2020 dos bonificaciones[17], que se harán efectivas mediante una solicitud de devolución de ingresos indebidos[18], en los casos de: (a) viviendas que, siendo objeto de una resolución declarativa de vivienda deshabitada con aprobación de medidas de fomento o acuerdo de intermediación, se les haya dado un uso habitacional que haya motivado una resolución de pérdida de vigencia de la declaración de vivienda deshabitada; y (b) viviendas restantes a las que, por habérsele dado uso habitacional durante un año, se solicite que se dicte resolución de pérdida de vigencia de la declaración de vivienda deshabitada y ésta sea resuelta favorablemente por la Administración[19].

4. LOS TRIBUTOS LOCALES SOBRE LA DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA

4.1 **El recargo del IBI sobre los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente**

Las regulaciones de los impuestos autonómicos que acabamos de examinar, sin embargo, comparten la previsión de adoptar medidas compensatorias o de coordinación a favor de los Ayuntamientos que aprueben en ordenanza municipal el recargo, de carácter potestativo, que contempla el párrafo tercero y siguientes del artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLHL)[20], y que posibilita el incremento de la cuota líquida del Impuesto sobre Bienes

(17) El importe bonificado en ambos casos equivale a la parte de la cuota ingresada que resulta de multiplicar el tipo medio de gravamen aplicado en la autoliquidación por el número de metros cuadrados construidos.

(18) La Dirección General de Tributos y Juego puntualiza en su contestación a la consulta núm. V002-22 que en la solicitud de rectificación de la autoliquidación mediante la que se ingresó el impuesto se han de identificar «de manera suficiente el inmueble o inmuebles afectados» y habrá de acompañarse de «una copia de la resolución de pérdida de vigencia de la declaración de vivienda deshabitada o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho que acredite su producción por silencio administrativo».

(19) Aclara, al respecto, la Dirección General de Tributos y Juego que, si el impuesto se devenga antes de que se dicte la resolución de pérdida de vigencia solicitada, «se deberá presentar una autoliquidación con inclusión del inmueble o inmuebles objeto de aquella, sin perjuicio del derecho a la devolución de ingresos indebidos que posteriormente proceda» [respuesta a la consulta núm. V002-22 (referencia: COV 1/2022)].

(20) Los legisladores autonómicos han previsto estas medidas compensatorias o de coordinación en la Disposición adicional primera de la LIVVCAT, y en el artículo 33. Quince de la Ley 3/2020, de la Comunidad Valenciana.

Inmuebles cuando se trata de «inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente».

Estas medidas, de carácter anual y referidas únicamente a los importes del recargo que habrían recaído sobre aquellas viviendas efectivamente gravadas por los impuestos autonómicos, suponen una previsión que, según el propio Tribunal Constitucional en la STC 4/2019, materializaría el cumplimiento de la obligación que impone el artículo 6.3 LOFCA *in fine* a las Comunidades Autónomas cuando establecen tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserva a las Corporaciones Locales. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de una decisión del legislador autonómico de inaplicar un tributo local en los casos de efectiva concurrencia de gravámenes, que, en realidad, correspondería al legislador estatal mediante la modificación del TRLHL[21].

No obstante, lo cierto es que desde la introducción del recargo por el artículo 17 de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, no había sido posible su aplicación efectiva por parte de los Ayuntamientos a causa de la ausencia del *reglamento* al que se remitía la redacción original del artículo 72.4 TRLHL para la determinación de las condiciones necesarias para otorgar el carácter de «inmueble de uso residencial desocupado con carácter permanente». Con el fin de remover este impedimento que había supuesto a los Ayuntamientos largos años de espera, la regulación del recargo fue modificada por el art 4.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, sustituyéndose la referencia al desarrollo reglamentario por la remisión «a la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley». Con ello, el concepto de «inmueble desocupado con carácter permanente», aspecto principal del presupuesto de hecho de este gravamen, ya no dependía de una norma reglamentaria de carácter estatal que nunca llegaba a promulgarse, sino de una norma con rango de ley, proveniente del Estado o de las Comunidades Autónomas, con la que, a la postre, se descartaban las dudas que suscitaba la regulación original del recargo en relación con su incompatibilidad con el principio constitucional de reserva de ley (art. 31.3 CE), que exige la determinación, *por ley*, de los elementos esenciales y configuradores del tributo.

Aunque la reforma de 2019 resolvió el principal problema que albergaba la exacción del recargo, trajo consigo la aparición de nuevas dificultades en la aplicación práctica del mismo. Y ello porque, en virtud del

(21) Distinta es la solución por la que había optado el legislador extremeño, pues había previsto expresamente la aplicación concurrente del nonato impuesto extremeño sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores y del recargo, permitiendo la deducción del importe de este último de la cuota íntegra del tributo propio autonómico (art. 15 de la Ley 4/2023, de 29 de marzo, de Extremadura).

artículo 148.1.3.ª CE son las Comunidades Autónomas las que ostentan la competencia en materia de vivienda, por lo que la posibilidad de aplicar el recargo habría dependido, fundamentalmente, de que existiese una norma autonómica de vivienda que sirviese a estos efectos[22]. Sin embargo, no todas las Comunidades Autónomas contaban con normas sectoriales de vivienda, y las que disponían de disposiciones que pudieran haber servido para la definición de la desocupación de la vivienda, utilizaban nociones diversas[23], con lo que se corría el riesgo de vulnerar el artículo 149.1.14.ª CE en relación con los artículos 133.1 y 2 CE por abdicación por parte del legislador estatal de su competencia exclusiva para regular un aspecto fundamental del hecho imponible del recargo local[24].

En cualquier caso, la problemática generada por la remisión a la legislación autonómica en materia de vivienda se ha resuelto con la última reforma de la regulación del recargo, operada por la Disposición Final tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en la medida en que ofrece, al fin, una definición *ad hoc* de «inmueble desocupado con carácter permanente».

Así pues, en primer lugar, el inmueble de uso residencial ha de permanecer desocupado *con carácter permanente*, esto es, de manera continuada durante un periodo de tiempo superior a dos años. La definición del carácter permanente de la desocupación que, por primera vez, establece la Ley, descarta la posibilidad que ofrecía la redacción anterior de extender –excesivamente, a nuestro juicio– el ámbito objetivo de aplicación del recargo al incluir inmuebles que se hubieran mantenido desocupados durante periodos inferiores al año en virtud de normas autonómicas de vivienda que prevén un plazo de desocupación únicamente de más de seis meses[25].

En segundo lugar, el inmueble ha de mantenerse desocupado *sin causa justificada*. La redacción vigente del artículo 72.4 TRLHL contempla un listado amplio de causas que justifican la desocupación y que delimitan negativamente el concepto que analizamos[26], determinando lo que, en

(22) Varona Alabern, J. E., *QF*, p. 13.

(23) Álvarez Menéndez, E., 2020, p. 235.

(24) Urbano Sánchez, L., 2024, p. 305. En este sentido también, Varona Alabern, J. E., *QF*, pp. 14-17; y Álvarez Menéndez, E., 2020, pp. 233-238.

(25) Es el caso, por ejemplo, de las Comunidades Autónomas de Andalucía o Extremadura.

(26) Se consideran, *en todo caso*, causas justificadas las siguientes: «el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis

ningún caso, podría considerarse desocupación injustificada por tratarse de situaciones que compartirían el hecho de que la desocupación del inmueble no es voluntaria o constitutiva de un incumplimiento de la función social de la propiedad[27]. Particularmente, nos parece lógico que se excluya de este concepto al inmueble que se disfruta como segunda residencia, pues si éste se utiliza por su propietario, como señala el artículo 3 j) de la Ley 12/2023, «para estancias temporales o intermitentes», la desocupación del inmueble carece del requerido «carácter permanente». Menos acertada nos resulta, sin embargo, la fijación de un periodo máximo de desocupación continuada de cuatro años para estas segundas residencias, que duplica aquel que permite, con carácter general, otorgar el carácter permanente a la desocupación de un inmueble de uso residencial. Si una segunda vivienda permanece desocupada durante dos años debería calificarse como tal. Habría sido preferible introducir un límite en el número de viviendas secundarias atribuibles a un mismo titular como cautela ante el riesgo de que el sujeto pasivo intente dar esa apariencia (por ejemplo, dotando la vivienda de mobiliario) a inmuebles de uso residencial no destinados a ese uso ocasional.

Y, en tercer lugar, el inmueble que reúna los dos requisitos anteriores ha de cumplir una última condición, a saber: *pertenecer a un titular de cuatro o más inmuebles de uso residencial.* Esto supone una novedad relevante puesto que ahora el recargo no recae sobre cualquier sujeto pasivo del IBI que mantenga un inmueble de uso residencial desocupado con carácter permanente, como se preveía en versiones anteriores de la regulación del recargo, además, es preciso que dicho sujeto ostente la titularidad de, al menos, tres inmuebles de uso residencial más, lo que sugiere, como bien apunta Navarro García, «una posible intención por parte del legislador estatal, a semejanza del impuesto catalán, de dirigir el recargo hacia grandes tenedores de vivienda»[28].

Esta regulación *ad hoc,* por el legislador estatal, de los sujetos pasivos del recargo, a la postre, impide que las ordenanzas fiscales puedan modificar el elemento subjetivo del recargo en concordancia con las definiciones de vivienda deshabitada previstas en la legislación autonómica de vivienda a la que se remitía la redacción anterior. Esto es algo que contempló la

---

meses en esta situación. En el caso de inmuebles de titularidad de alguna Administración Pública, se considerará también como causa justificada ser objeto el inmueble de un procedimiento de venta o de puesta en explotación mediante arrendamiento».

(27) A juicio de Navarro García, A., 2024, p. 35, esto significa que «las ordenanzas fiscales están obligadas a reconocer las causas mencionadas en dicho artículo, pero no están limitadas exclusivamente a ellas. La normativa permite cierta flexibilidad para que los ayuntamientos puedan incluir, basándose en la normativa autonómica de vivienda correspondiente, otras causas justificadas de desocupación en sus ordenanzas fiscales».

(28) Navarro García, A., 2024, p. 33.

Ordenanza Fiscal reguladora del IBI del Ayuntamiento de Valencia, que circunscribió la exigencia del recargo a los sujetos pasivos de este impuesto que fuesen titulares de más de más de diez viviendas, y que respaldó la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al descartar que resultase contraria a Derecho por carecer la Corporación Local de competencias para definir y acotar los sujetos pasivos del recargo, en la medida en que «la Ley 2/2017 de la generalidad valenciana no solo […] define el concepto de vivienda desocupada sino que también delimita el objetivo del recargo y con ello, los sujetos pasivos del mismo»[(29)].

En todo caso, los requisitos, medios de prueba y procedimiento en virtud del cual se declara la desocupación del inmueble se siguen dejando en manos de la autonomía local, así como los indicios de la desocupación, que también habrán de regularse en la correspondiente ordenanza fiscal. La Ley se limita a señalar que, entre ellos, podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro, por lo que es inevitable que tales extremos difieran en los distintos municipios[(30)].

Otras disparidades en la regulación municipal del recargo se deben, sin embargo, a la falta de claridad de la redacción dada por la Ley 12/2023 en lo que se refiere al aspecto temporal de su hecho imponible. Concretamente, el artículo 72.4, párrafo octavo, TRLHL, establece que «se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, *una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha*, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare». Del tenor literal del precepto queda claro que, para la liquidación del recargo, se ha de haber declarado la desocupación permanente del inmueble, empero, no resulta tan palmario si es en la fecha del devengo cuando ha de haberse dictado dicho acto y, por consiguiente, la existencia de dicho

(29) STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 88/2021 (rec. núm. 292/2020), de 9 de febrero, FD 5.

(30) Por ejemplo, por lo que se refiere a los indicios de desocupación, el artículo 11 de la Ordenanza Fiscal (2025) reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del Ayuntamiento de Sevilla, selecciona, entre otros, el hecho de que en el padrón municipal no conste ningún residente en el inmueble, que no tenga contratado suministro de agua o alcantarillado o que su consumo sea inexistente. Análogamente, el artículo 9.4 de la Ordenanza Fiscal reguladora del IBI del Ayuntamiento de Girona considera indicios de desocupación que, durante un periodo ininterrumpido de dos años, no haya habido personas empadronadas en la vivienda y que no haya tenido consumos de agua corriente (bien porque se detecte un consumo 0, bien porque el inmueble no disponga de contador). En cambio, el artículo 7.7.2 de la Ordenanza Fiscal reguladora del IBI del Ayuntamiento de Tarragona no solo prevé como indicio de desocupación el consumo nulo de agua por ausencia de contrato en vigor, sino también el consumo no significativo. En esta línea, el artículo 2.5 de la Ordenanza Fiscal de La Coruña cuantifica este consumo nimio en un promedio trimestral inferior a 0,10 m^3/día, mientras que la homóloga Ordenanza Viguesa lo fija en 2,5 m^3/mes (art. 8.6).

acto declarativo forma parte del propio hecho imponible de este tributo que recaería, a la postre, sobre los inmuebles de uso residencial que hubieran sido *declarados* desocupados con carácter permanente –esta sería la interpretación que encontramos más razonable– o si, por el contrario, no se requiere que se haya resuelto el procedimiento y se haya producido la correspondiente declaración sino simplemente que los indicios de desocupación que ha de acreditar el Ayuntamiento se correspondan con tal fecha (31).

De lo que no cabe duda, es de que la novedad de mayor calado que trae consigo la última reforma de la regulación del recargo es la que afecta a su cuantía. Con el fin de reforzar «el instrumento de los Ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad» se introduce la posibilidad de triplicar el porcentaje del recargo, que se mantiene con carácter general en un 50 % de la cuota líquida del IBI, pudiendo llegar a ascender a un 150 % «en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas también desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal» (Preámbulo de la Ley). Es decir, el porcentaje del recargo puede modularse en función de la duración de la desocupación hasta alcanzar el 100 % cuando el periodo sea superior a tres años, e incrementarse en hasta un 50 % adicional cuando, además, se trate de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal (32).

(31) De este modo, Ayuntamientos como el de Barcelona optan por la primera interpretación, pues en el artículo 10.3, segundo párrafo, de su Ordenanza Fiscal (2025) reguladora del IBI dispone que, a fecha 31 de diciembre, los órganos competentes en materia de vivienda emitirán certificación de todas las viviendas «que hayan sido objeto de una declaración administrativa de situación de desocupación permanente *que sea ejecutiva y continúe vigente en esa fecha*, de la que se dará traslado al Instituto Municipal de Hacienda a fin de que proceda a liquidar el correspondiente recargo de la cuota líquida del impuesto […]». Sin embargo, otros Ayuntamientos, como el Ayuntamiento de Valencia, parecen decantarse por la segunda interpretación, ya que el último párrafo del artículo 10.5 de su Ordenanza Fiscal determina que «la declaración municipal como vivienda desocupada con carácter permanente se iniciará de oficio, *atendiéndose, a estos efectos, a los medios de prueba e indicios de desocupación, a fecha 31 de diciembre*, establecidos en el artículo 15 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, procediéndose, previa audiencia del sujeto pasivo, a su resolución».

(32) Sirva para ilustrar lo anterior el artículo 7 de la Ordenanza Fiscal (2025) reguladora del IBI del Ayuntamiento de Tarragona, en la que se establece un porcentaje invariable del 100 % cuando el periodo de desocupación supera los tres años, en contraste con el artículo 9.2 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Girona, que lo fija en un 60 %, y prevé un porcentaje del 70 % cuando el plazo sea superior a los cuatro años, del 80 % cuando sea superior a los cinco años, del 90 % cuando sea superior a los seis años, y del 100 % cuando sea superior a los siete años. Por consiguiente, en el término municipal de Tarragona, a partir del tercer año de desocupación del inmueble de uso residencial, podrá exigirse el porcentaje máximo del 150 % si éste pertenece a un sujeto titular de dos o más inmuebles desocupados en el término municipal, mientras que en Girona habría que superar los siete años de desocupación, aplicándose, con carácter previo, un porcentaje del 110 %, 120 %, 130 %, y 140 %, a partir del tercer, cuarto, quinto y sexto año de desocupación (art. 9.3).

4.2 **El recargo del IBI y el canon de vivienda deshabitada de los Ayuntamientos del País Vasco**

No podemos omitir que ya existía un precedente de recargo en el ámbito del IBI con un porcentaje máximo del 150 % en el Territorio Histórico de Guipúzcoa, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en los AATC 109/2017, de 18 de julio; 110/2017, de 18 de julio; y 111/2017, de 18 de julio[(33)].

A diferencia de lo previsto en el artículo 72.4 TRLHL, este recargo, que ha conseguido ser aplicado ya por los Ayuntamientos vascos, no recae sobre los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente, sino sobre aquellos que *no constituyen la residencia habitual* del sujeto pasivo o de otras personas por arrendamiento o cesión de su uso. Sin embargo, la operatividad del recargo vasco resiente la plasmación de la finalidad extrafiscal en su estructura jurídica. Muestra de ello es que se faculta a los Ayuntamientos –infringiendo, en nuestra opinión, el principio constitucional de reserva de ley– para establecer supuestos de exención sin exigir que se dirijan, como apunta Rodrigo Ruiz, «a identificar o aislar situaciones en las que la no ocupación del inmueble como vivienda está justificada y no cabe entender que se ocasione el perjuicio social que con la medida extrafiscal se pretende combatir»[(34)]. Además, la carga tributaria se calcula sin tener en cuenta aspecto extrafiscal alguno, por lo que podría aplicarse un porcentaje máximo del 150 % a cualquier vivienda a la que no se dé uso habitual –por ejemplo, una segunda residencia– y, por tanto, con independencia de que la conducta del contribuyente sea más o menos contraria al objetivo de facilitar el acceso a la vivienda, lo que podría dar lugar a resultados especialmente gravosos desde el punto de vista de la igualdad al existir una manifiesta desproporción entre la carga tributaria que asume esta categoría de contribuyentes y la conducta desfavorable a la finalidad extrafiscal.

Es más, este recargo puede concurrir, también en la esfera local, con el «canon de vivienda deshabitada» de exacción obligatoria por parte de los Ayuntamientos vascos. En este caso se trata de una concurrencia efectiva que solo podría evitarse si el correspondiente Ayuntamiento renunciara a exigir el recargo –de carácter potestativo–, pues la regulación legal del canon vasco prevé su exigencia obligatoria y no contempla medida de compensación o coordinación alguna. Por consiguiente, sobre el titular –propietario o no– de derechos de goce o disfrute sobre las viviendas declaradas

(33) Este recargo también se aplica en los Territorios Históricos de Álava y Vizcaya, pero en ellos el porcentaje solo puede alcanzar el 50 % de la cuota líquida del IBI.

(34) Rodrigo Ruiz, M., 2022, p. 243.

deshabitadas en los términos que establece la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, por haber permanecido desocupadas injustificadamente durante más de dos años, no solo recaería el canon anual, sino también el IBI y su recargo, dado que en ellas evidentemente nadie reside habitualmente. Por consiguiente, podría verse obligado a hacer frente a una considerable acumulación de cargas tributarias limitada únicamente por la prohibición constitucional de confiscatoriedad[35].

4.3 **El impuesto local sobre las viviendas deshabitadas de Navarra**

No se produce tal concurrencia de tributos, sin embargo, en la Comunidad Foral de Navarra, donde no existe un recargo de esta naturaleza en el ámbito del IBI, sino un impuesto local sobre las viviendas deshabitadas que presenta cierta semejanza con aquel[36], en la medida en que se sirve, para su cuantificación, de elementos –como es la base imponible– de la Contribución Territorial, que es el impuesto equivalente al IBI en este Territorio Foral[37]. Esta opción legislativa nos resulta más atinada que la prevista en el artículo 72.4 TRLHL, pues el diseño de la estructura jurídica de un tributo que atienda verdaderamente a la finalidad extrafiscal perseguida y recaiga, por ende, exclusivamente sobre los propietarios de viviendas que, de manera voluntaria y de forma prolongada, las mantienen desocupadas, requiere una sofisticada técnica legislativa y una gestión propia que dificulta, a nuestro juicio, su configuración como un mero tipo incrementado de un impuesto recaudatorio como el IBI.

La redacción del artículo 184 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, tras su reforma por el artículo 2 de la Ley Foral 31/2013, de 31 de octubre, establece que el impuesto «gravará la titularidad de viviendas radicadas en el término municipal que figuren en el Registro de Viviendas Deshabitadas regulado en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra». Y para la inscripción registral se requiere previamente que una vivienda –no habitual ni secundaria– que no se ha destinado al uso residencial durante más de seis meses consecutivos al año, sea declarada deshabitada mediante el

(35) En esta línea, Álvarez Menéndez, E., 2020, p. 220.

(36) Efectúa también este paralelismo Orón Moratal, G., *ADM*, p. 185.

(37) Sin embargo, el punto de conexión no es la cuota líquida de aquel impuesto, sino su base imponible, constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles. Al tratarse de una magnitud superior a la cuota, es lógico que el tipo de gravamen del impuesto navarro, aunque va aumentando anualmente en tanto se mantiene la desocupación hasta alcanzar un máximo del 1,5 %, sea muy inferior al del recargo.

procedimiento regulado en el artículo 42 *quinquies* de la Ley Foral 10/2010, que se encarga de tramitar el Departamento competente en materia de vivienda, o la propia entidad local, en caso de acreditar que dispone de los recursos necesarios para ello.

Se trata de una configuración legal que comparte con la del canon vasco de vivienda deshabitada una nota común en la mayoría de los gravámenes establecidos *ad hoc* para desincentivar la desocupación de las viviendas (también presente en el impuesto valenciano sobre las viviendas vacías y el recargo del artículo 72.4 TRLHL): el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible de estos tributos presenta una dimensión *sustantiva* y otra *procedimental*[38]. En otras palabras, para que una vivienda quede incluida en el ámbito objetivo de aplicación de estas figuras tributarias no solo es preciso que se haya mantenido desocupada, sin causa justificada, durante un determinado periodo de tiempo (vertiente sustantiva), además, es necesario que haya sido así calificada en virtud del correspondiente procedimiento administrativo de carácter contradictorio (vertiente procedimental).

A mayor abundamiento, estos dos tributos locales comparten la necesidad de recurrir a la *legislación autonómica de vivienda* para conseguir la integración del hecho imponible del tributo en cuestión, tal y como ocurría con el recargo del IBI sobre inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en su redacción anterior. En ella, se requería acudir a las definiciones autonómicas de vivienda deshabitada y, en su virtud, las ordenanzas fiscales de algunos Ayuntamientos, como el de Barcelona, buscando también esa conexión entre la vertiente sustantiva y procedimental, se remitieron directamente al procedimiento declarativo de vivienda desocupada establecido por la Comunidad Autónoma, pese a que el artículo 72.4 TRLHL encomendaba a las Entidades Locales la labor de regular este procedimiento. No obstante, la redacción vigente del precepto no permite lo anterior, por lo que las Entidades Locales necesariamente deben encargarse de conectar esa vertiente procedimental con una vertiente sustantiva definida, por primera vez, por el legislador estatal.

Esta vinculación con las correspondientes leyes autonómicas de vivienda se debe fundamentalmente a que estas figuras tributarias se introducen en ellas como complemento de otras medidas constrictivas de intervención administrativa (alquiler forzoso, expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, multas coercitivas, etc.) que

(38) Nos hemos permitido extrapolar esta idea de la conclusión que, con gran acierto, alcanza, en relación con el impuesto sobre las viviendas deshabitadas de Navarra, Vázquez del Rey Villanueva, A., 2022, pp. 264-268.

también constituyen consecuencias gravosas que se anudan al incumplimiento de la función social de la propiedad que se produce por la desocupación de la vivienda. Por esta razón, y debido a la gran dificultad y consiguiente despliegue de recursos que conlleva la determinación de esta situación, posiblemente la opción más idónea sea que las Comunidades Autónomas, que ostentan la competencia en materia de vivienda, establezcan sus propios tributos, siguiendo los pasos de Cataluña y la Comunidad Valenciana[39], arbitrándose, a la postre, la debida coordinación con estas otras medidas aflictivas de naturaleza no impositiva.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Barbeito, P., «Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 9-24.

Álvarez Menéndez, E., «Tiempos convulsos para la tributación sobre viviendas vacías: superproducción normativa, enjuiciamiento constitucional y reformas legislativas», en AA. VV. (Cordero González, E. M.ª, Dir.), *Reformas recientes y pendientes del sistema tributario español*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 205-240.

Navarro García, A., *Políticas fiscales para fomentar el acceso a una vivienda*, Navarra, 2019.

— «La Ley 12/2023, por el Derecho a la Vivienda, y su impacto en el recargo del IBI para viviendas desocupadas de manera permanente», en AA. VV. (Patón García, G., Dir.), *Fiscalidad y economía circular: sectores estratégicos de vivienda y transporte*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 21-41.

Orón Moratal, G., «Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015, pp. 175-200.

Ramos Prieto, J., *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.

Rodrigo Ruiz, M., «La fiscalidad de la vivienda desocupada en la Comunidad Autónoma del País Vasco», en AA. VV. (Varona Alabern, J. E., Dir.), *La fiscalidad de la vivienda desocupada*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 217-245.

Ruiz de Velasco Punín, C., «La vivienda desocupada en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en AA. VV. (Varona Alabern, J. E., Dir.), *La fiscalidad de la vivienda desocupada*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 117-153.

(39) Sin perjuicio de que pueda preverse la cesión total o parcial de su recaudación a las Entidades Locales, tal y como establecen el artículo 3 LIVVCAT y el artículo 33.3 de la Ley reguladora del IVVVAL.

Urbano Sánchez, L., *La imposición sobre la desocupación de la vivienda: sus principales límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Varona Alabern, J. E., «El sedicente recargo del IBI sobre las viviendas desocupadas con carácter permanente», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2020, pp. 1-26 (versión en línea).

— «El recargo del impuesto sobre bienes inmuebles aplicable a las viviendas desocupadas con carácter permanente», en AA. VV. (Varona Alabern, J. E., Dir.), *La fiscalidad de la vivienda desocupada*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 155-189.

Vázquez del Rey Villanueva, A., «El impuesto de las Viviendas Deshabitadas y otras medidas de política fiscal sobre la vivienda en Navarra», en AA. VV. (Varona Alabern, J. E., Dir.), *La fiscalidad de la vivienda desocupada*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 247-284.

G. Las sociedades de inversión inmobiliaria: en particular, las SOCIMI y las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (EDAV) *

Cristina Bueno Maluenda.
Profesora Titular de Universidad de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza

Resumen: *La intervención del Estado para la ampliación del parque de vivienda libre en alquiler y para la profesionalización del mercado de alquiler se ha materializado en diversos regímenes especiales en el Impuesto sobre sociedades caracterizados por una tributación más benigna en sede societaria y, en definitiva, más competitiva. Se analizan los fines y el régimen fiscal de las SOCIMI y las Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (EDAV) en su evolución reciente, en orden a determinar si los objetivos en materia de la política de vivienda son los esperados.*

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

Palabras clave: *SOCIMI, EDAV, IS, arrendamiento de vivienda*

Abstract: *The State's intervention to expand the stock of free rental housing and to professionalize the rental market has materialized in various special regimes in the Corporate Tax characterized by a more lenient taxation at the corporate headquarters and, ultimately, more competitive. The purposes and the tax regime of the SOCIMI and the Entities dedicated to the rental of housing (EDAV) are analyzed in their recent evolution, in order to determine whether the objectives in terms of housing policy are as expected.*

Keywords: *Real State, EDAV, Corporate tax, housing lease.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda. 2.1 Finalidad y objeto social del régimen especial. 2.2 Tratamiento de las plusvalías y la cuestión de la eliminación de la doble imposición. 2.3 Beneficios fiscales en otros impuestos: IVA. 3. Las SOCIMI. 3.1 Evaluación y evolución de su objeto social y principales características. 3.2 Un apunte sobre el régimen fiscal de las SOCIMI. 3.3 Beneficios fiscales de la SOCIMI en ITPAJD. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La política fiscal de vivienda puede adoptar muchas formas, desde los incentivos directos en determinados impuestos para los inversores en vivienda, sea para su adquisición o rehabilitación o regeneración urbana, pasando por las subvenciones –directas o con financiación subvencionada– con o sin exención fiscal de las rentas percibidas. El legislador fiscal también ha actuado en esta materia de vivienda por medio de regímenes fiscales especiales para instrumentos societarios o entidades que impulsen los objetivos de la política de vivienda de turno.

En el ámbito del impuesto societario (IS), podemos referir varios de ellos que se alinean con diversos objetivos de inversión inmobiliaria, aunque –como veremos– no todos ellos tengan la misma implicación en las políticas de acceso a la vivienda. Por este motivo, centraremos el análisis en dos regímenes especiales cuyos protagonistas son empresarios de la economía real, cuya actividad económica, total o parcialmente, gira en torno a la adquisición o promoción de bienes inmuebles urbanos, con destino a su arrendamiento. Dejamos, de lado, por consiguiente, otros regímenes importantes como son los Fondos y Sociedades de Inversión Inmobiliaria y

las Cooperativas de vivienda, para primar el análisis de dos regímenes de características comparables, aunque muy diferentes entre sí.

2. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS ENTIDADES DEDICADAS AL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

2.1 **Finalidad y objeto social del régimen especial**

Con el objetivo principal de facilitar y promover una mayor oferta de vivienda (uso residencial) en alquiler podemos mencionar el régimen del Cap. III del Título VII, artículos 48 y 49 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) dedicado al régimen fiscal bonificado de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (EDAV). Se introdujo en la Ley por medio de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, con objeto de ampliar el parque de vivienda en alquiler en España. De acuerdo con el preámbulo de aquélla, se buscaba fomentar el acceso a viviendas en alquiler «de los sectores de poder adquisitivo medio o bajo». De ahí sus estrictos requisitos iniciales –particularmente en relación con el número de viviendas, sus tipologías o el número de metros cuadrados– los que fueron, a la postre, un impedimento para que el régimen tuviera éxito. En coherencia con esta función, la recompensa fiscal se traducía en varios tipos de bonificaciones en la cuota del impuesto –muy elevadas– según la tipología de vivienda arrendada, que iban desde el 97 %, tempranamente desaparecida en 2005, al 85 % –que se elevaba al 90 % en situaciones de rentas procedentes de arrendamientos a personas con discapacidad–. También quedó en el año 2005 el presupuesto que dio origen a este régimen especial, su función social, por la que las más bonificadas eran las viviendas protegidas y con un tamaño limitado: en resumen, las VPO y las libres de tamaño entre 110 m^2 y 135 m^2 además del cumplimiento de otros requisitos en cuanto renta anual a satisfacer por el arrendador. En la actualidad, la reforma realizada al artículo 49 de la LIS efectuada por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2022 deja el incentivo en el 40 % de la parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas[1] de aplicación a los periodos impositivos que comiencen a partir del 1 de enero de 2022. En paralelo, la exigencia acerca del número[2] de

(1) La bonificación es incompatible para las rentas bonificadas con la reserva de capitalización del artículo 25 de la LIS.

(2) V0315-16, de 27 de enero de 2016 señala que, ante la circunstancia de que las fincas no tengan hecha la división horizontal y solo conste una referencia catastral, eso no es óbice para computarlas individualmente a los efectos del cumplimiento del artículo 48 de la LIS.

viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento necesarias para acceder al régimen fiscal ha sido también objeto de revisión. Desde las iniciales 10 –en todo momento, se decía en la primera versión del régimen– con los límites en metros cuadrados antes señalados, a las actuales 8 –en cada período impositivo– sin limitación de superficie. Obsérvese, en la reforma de 2005 se mantenían las 10 unidades, pero todas a 135 metros cuadrados, el cambio en la orientación de este régimen es un hecho.

Lo que nos lleva al actual objeto societario principal de estas entidades que consiste en la realización de la actividad económica de arrendamiento de viviendas situadas en territorio español que hayan construido, promovido o adquirido. Las poseídas en virtud de un título jurídico diferente de la propiedad se excluyen[3]. Este objeto social no es incompatible con la obtención de plusvalías derivadas de la transmisión de elementos afectos –que hayan cumplido con el régimen de permanencia–, ni con la realización de otro tipo de actividades, llamadas por la Ley, «complementarias». Concepto éste no definido en la norma, pues esta solo incluye un criterio cuantitativo para distinguirlas de la actividad principal. De acuerdo con él y en todo caso, el peso del conjunto de las restantes actividades sobre la principal no habrá de superar el 45% del total; esto es, debe cumplirse que al menos el 55% de las rentas (por arrendamiento, excluidas las rentas obtenidas por la transmisión de los inmuebles) del periodo impositivo sean susceptibles de bonificación o alternativamente, que al menos el 55% del valor del activo de la entidad sea susceptible de generar dichas rentas con derecho a la bonificación. La exclusión del cómputo de las plusvalías/minusvalías derivadas de la venta de la transmisión de los inmuebles arrendados –al menos 3 años–es coherente y facilita la aplicación del régimen especial ya que, puntualmente, la obtención de una plusvalía podría provocar el incumplimiento de este requisito fundamental del régimen especial. A efectos de determinar el porcentaje estamos de acuerdo con la doctrina[4] que ha señalado que debe apreciarse en el conjunto de las de cada tipo [arrendamiento o complementarias], por tanto, en cada una de ellas compensando las rentas positivas con las negativas[5]. Por lo que se refiere a la determinación de la

(3) V0315-16, de 27 de enero de 2016 señala: «En consecuencia, las viviendas poseídas en virtud de cualquier otro título jurídico, como usufructo, derecho temporal de explotación, arrendamiento, etc., no serían aptas a los efectos de aplicar este régimen especial». Además, si fuera consecuencia de una aportación social se entendería que son aportadas a la sociedad en título de propiedad y por lo tanto se consideran adquiridas a los efectos del artículo 48 de la LIS.

(4) Rodríguez Márquez, J., *La nueva configuración del régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas.* Doc. Núm. 12/07. Instituto de Estudios Fiscales, 2007, p. 12.

(5) Cámara Barroso, M. C., «Régimen fiscal especial de las Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas y de las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias», en AA. VV., *Tratado de la SOCIMI. Un análisis multidisciplinar del REIT español,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 408 cita en este sentido, la consulta V1115-10, de 25 de mayo de 2010.

renta se aplicará la norma general que parte de los ingresos íntegros con deducción de los gastos fiscalmente deducibles, con la matización propia del régimen especial de deducir los gastos directamente relacionados con la obtención de cada ingreso y la parte de los gastos generales que proporcionalmente le correspondan. No obstante, en el caso de que por insuficiencia de cuota no pueda aplicarse la bonificación, en el régimen especial no se ha contemplado su traslado a ejercicios futuros, como así sucede con las deducciones generales del IS.

¿Qué son entonces, las actividades complementarias? A nuestro juicio, cabría mencionar las siguientes actividades propias relacionadas con el arrendamiento de las viviendas: servicios de limpieza, servicios de vigilancia y seguridad, acondicionamiento incluso rehabilitación de la vivienda, comercialización de aquellas, gestión de la publicidad y de la oferta de arrendamiento, etc. La doctrina recoge las referidas en las resoluciones administrativas y en la jurisprudencia: «las de gestión de cobro de alquiler, fijación de los precios y otras condiciones del alquiler, trato con bancos, proveedores y clientes, supervisión y aprobación de presupuestos de reparaciones y mantenimiento de edificios, búsqueda de proveedores de servicios de limpieza, jardinería, seguros, supervisión de presentación de cuentas anuales, supervisión de los gastos corrientes, atención de dudas de los arrendatarios, así como gestión de avisos en casos de impagos, llevanza de contabilidad y libros oficiales, preparación y presentación de declaraciones fiscales»[(6)], etc. Encajarán también, las rentas pasivas, como pueden ser la percepción de intereses o dividendos, aunque tuvieran derecho a deducción en el IS [V0791-06, de 21 de abril de 2006][(7)].

Finalmente, obsérvese que las entidades EDAV podrán realizar otro tipo de actividades económicas como son la construcción o la promoción de las viviendas, incluidas expresamente en el objeto social en la reforma de 2004, que habrán de destinarse al arrendamiento para cumplir con su objeto social. Sin embargo, nada se indica en relación al peso interno que pueden tener las actividades de promoción o de construcción respecto de las de arrendamiento[(8)]. El criterio cuantitativo se predica solo para distinguirlas de las complementarias. Parecería posible que una entidad se dedicase principalmente a la promoción y construcción de viviendas con destino al arrendamiento, sin que en ningún momento se hayan arrendado las viviendas,

(6) Mas Ortíz, A., «Régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda: Volatilidad e inseguridad. Recorte a la bonificación en 2022». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 472(1), 2022, p 60.

(7) Rodríguez Márquez, J., *Op. cit.*, p. 12.

(8) Lo que no ocurría en la redacción inicial de este régimen que disponía que el valor contable de las viviendas adquiridas por la entidad en fase de construcción no podría exceder del 20 % del valor contable del conjunto de las viviendas.

pues de acuerdo con el artículo 48.2 b) de la LIS se requiere que el inmueble haya estado arrendado *u ofrecido* en arrendamiento al menos 3 años. Por esto no es posible por el modo establecido para el cómputo de este plazo de mantenimiento en arrendamiento de los inmuebles. Si las viviendas figuraban en el patrimonio de la entidad antes de acogerse al régimen especial el plazo se contará desde el primer día del periodo impositivo en que se hubiera comunicado la opción por este régimen, pero la vivienda debería estar ya arrendada en ese momento. Si no lo estuviera se computará desde la fecha en que sean arrendadas por primera vez por la entidad en este régimen de EDAV. De igual forma, en el caso de que las viviendas fueran adquiridas o promovidas por la entidad con posterioridad al ejercicio de la opción, el plazo se contará desde la fecha de su primer arrendamiento.

El incumplimiento de este plazo de tres años no provoca la pérdida del régimen general de la entidad, sino la regularización de los beneficios fiscales aplicados sobre las rentas obtenidas de la vivienda/local en el que se haya producido el incumplimiento. Se ha planteado qué ocurre cuando se producen operaciones de reestructuración empresarial y ello da lugar a un cambio en el régimen fiscal de la entidad propietaria de los inmuebles arrendados. En este sentido, la doctrina administrativa[9] consiente en aceptar la continuidad del cómputo del plazo de mantenimiento tras el cambio de régimen fiscal, como consecuencia, por ejemplo, de una absorción o de una fusión, solo en el caso de que la nueva entidad (absorbente o la resultante de la fusión) sea una SOCIMI pues entiende que el requisito de mantenimiento es análogo en ambos regímenes y, por tanto, no es precisa ninguna regularización. Todo en el bien entendido de que la entidad objeto de la absorción, renuncia en primer término al régimen EDAV y ha cumplido con el resto de los requisitos de este régimen. De modo que, tras la renuncia, ya no podrá aplicar la bonificación del artículo 49 de la LIS pero no perderá las bonificaciones practicadas previamente en los inmuebles que no habían alcanzado el plazo mínimo de tres años en situación de arrendamiento o de oferta en arrendamiento. Relacionado con el eventual incumplimiento de los requisitos del artículo 48.2 de la LIS, la entidad EDAV deberá contabilizar de forma separada las actividades de promoción inmobiliaria de las actividades de arrendamiento de modo que, para cada inmueble adquirido o promovido pueda determinarse con el desglose necesario la renta correspondiente a cada vivienda, local o finca registral independiente en que estos se dividan –art. 48.2 2.ºc) de la Ley–. Sin embargo, aunque la ley no lo menciona, será muy conveniente recoger también en la contabilidad con la suficiente claridad los apuntes relativos a las actividades complementarias.

(9) V2666-20, de 17 de agosto de 2020.

Respecto de la consideración de la actividad de arrendamiento como actividad económica, solo recientemente el Tribunal Supremo (10) ha cerrado la polémica acerca de la cuestión de si una ERD puede aplicar los incentivos propios de este régimen especial sin cumplir los requisitos que configuran la actividad de arrendamiento como actividad económica por remisión al IRPF (local y empleado) (11). En el caso del régimen fiscal que nos ocupa, el Tribunal Supremo tiene también en su punto de mira la definición establecida en el artículo 5.1 de la LIS que exige tener una persona con contrato laboral a jornada completa: Autos de 10 de abril de 2024 (recurso 2197/2023) referido al ISD por remisión al artículo 27 de la LIRPF y de 13 de marzo de 2024 (recurso 4147/2023). Se da la curiosa circunstancia de que en el período que va desde la eliminación del régimen de las entidades patrimoniales, 2007 a 2014, en vista de la jurisprudencia del TS el TEAC ha cambiado su criterio dictaminando que en el IS no es procedente la remisión a los requisitos de la IRPF (Resolución del TEAC de 23 de marzo de 2021). En materia del régimen EDAV la resolución no se antoja tan clara como en el caso de las ERD patrimoniales, ya que choca con la literalidad del artículo 5.1 de la LIS que exige desde 2015 –entrada en vigor de la LIS– una persona contratada laboralmente a jornada completa (12). El criterio administrativo interpreta que la finalidad del citado artículo 5.1 es establecer cuándo una actividad tiene la consideración de económica en el IS y en relación con la concreta actividad de arrendamiento de inmuebles requiere contar con una infraestructura mínima que se refiere a la organización de medios lo que se concreta en la exigencia legal de la existencia de una persona empleada con contrato laboral y jornada completa que se dedique a su realización (13).

Acerca del concepto de arrendamiento de vivienda, la LIS acoge sin «matizaciones» propias, el establecido en el artículo 2.1 de la Ley 29/1994,

(10) Desde de la STS núm. 1114/2019, de 18 de julio, dictada en recurso de casación núm. 58/73/2017 y posteriores: núms. 3738/2020, de 5 de noviembre de 2020; 3408/2020, de 16 de octubre de 2020; 2427/2020, de 16 de julio de 2020; 1373/2020, de 3 de junio de 2020 y 1370/2020, de 28 de mayo de 2020. Desde la aprobación de la LIS, 2014, para la aplicación del régimen de incentivos para las ERD no es necesario que realicen actividades económicas, no cabe la remisión como se realizaba antes de la vigente LIS al concepto de arrendamiento como actividad económica del artículo 27 de la LIRPF. Así pues, las sociedades patrimoniales en las que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica podrán aplicar el régimen ERD.

(11) Mas Ortíz, A., *Op. cit.*, pp. 56-57.

(12) Rodríguez Márquez, J., *Op. cit.*, p. 9 recogía la interpretación dada a estos requisitos: la exclusividad del local debe entenderse referida a su destino, en cambio se admite el uso parcial del local. Y en cuanto a la persona empleada lo principal es que se dedique al desempeño y ordenación de las actividades de arrendamiento, por lo que un portero no lo cumple. Y en el caso de que fuera un administrador, solo se cumpliría el requisito si este fuera un administrador ejecutivo con control sobre la sociedad y con doble vínculo –mercantil y laboral– con la sociedad. La gestión del arrendamiento por terceros excluiría del régimen a la entidad, pues es ella misma la que debe realizar dicha actividad.

(13) V2685-21, de 5 de noviembre de 2021.

de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, siempre que cumplan los requisitos y condiciones previstos en dicha norma para los contratos de arrendamiento de viviendas. Por lo que se aplicarán las exclusiones (art. 5 LAU) allí previstas, particularmente, las viviendas VUT. Sin embargo, a los efectos del régimen especial no se describe qué es una vivienda. En tal caso ¿se asume el que tenga la LAU? O bien, ¿hay que buscarlo en las normas fiscales? Creemos que la remisión a la LAU incluye aceptar el concepto de vivienda que está ínsito en el artículo 2.1 LAU, a cuyo tenor será: «la edificación habitable cuyo fin primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario», lo que incluye el mobiliario y los anexos: trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador, pues así lo recoge el citado precepto. Sin embargo, para la aplicación del EDAV el número de garajes se limitará a dos y se excluyen los locales de negocio y, en todo caso, el mobiliario y anejos se requiere que se arrienden conjuntamente.

La cuestión se debate en relación con las propiedades que están en situación de pro indiviso, previa a su división horizontal, edificaciones con viviendas y locales con una única referencia catastral. En tal caso, ¿habría una única vivienda o tantas viviendas como están en disposición de ser arrendadas? El criterio administrativo[14], admite la remisión al concepto de «arrendamiento de vivienda» y con ello el concepto de vivienda de la LAU. Y así, en ausencia de división horizontal en la medida en que la edificación arrendada u ofrecida en arrendamiento responda a la definición de «arrendamiento de vivienda» del artículo 2.1 LAU, será válida a efectos de la aplicación del régimen especial, «computando cada vivienda» que cumpla los requisitos señalados como una vivienda a efectos del cómputo del numero mínimo de unidades exigido por el artículo 48.1. a) LIS, esto es, excluyendo los locales de negocio y computando como vivienda, exclusivamente los garajes y trasteros en número máximo de dos que se arrienden de forma conjunta con la vivienda.

Respecto de las viviendas promovidas directamente por la entidad que aplica el régimen especial, cuando no ha finalizado su construcción y por tanto no se dispone del certificado final de obra ni de la cédula de habitabilidad, pero que se destinarán a su arrendamiento cuando finalicen las obras, el criterio administrativo señala que siendo su situación a la fecha del devengo del impuesto de viviendas en fase de construcción no cumplen el requisito de ser susceptibles de generar rentas con derecho a la bonificación por lo que no pueden formar parte del activo de la

(14) V3318-23, de 28 de diciembre de 2023 y V2685-21, de 5 de noviembre de 2021.

entidad a los efectos del artículo 48.2 letra d) de la Ley[15]. De forma similar[16], en el caso de inmuebles arrendados como oficinas pero que disponen de cédula de habitabilidad como vivienda, no encajarían en la definición de arrendamiento de vivienda contenida en la LAU, por lo que se entiende que no tienen por destino primordial satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, no podrían aplicar la bonificación y, por tanto, no computarán a efectos del cálculo del valor del activo de la entidad. Por otra parte, la LAU no excluye que los arrendamientos de vivienda se realicen con una opción de compra, por lo que su fin es mixto: arrendamiento-venta, «trasladando a las rentas, en realidad, parte del precio de la venta», lo que podría calificarse como una venta simulada perseguible por la cláusula antiabuso del artículo 16 de la LGT[17]. A ello se añadiría el hecho de que se distorsiona el test de rentas exigido por la Ley para beneficiarse del régimen especial, ya que a efectos del cálculo del 55 % de la renta por arrendamiento esta cifra se hallaría más abultada por el efecto de la incorporación a las cuotas de arrendamiento la parte del valor del bien.

Desde el punto de vista subjetivo, la LIS no ha establecido restricciones a la tipología de sociedades que puedan acogerse a este régimen fiscal. Así, se aplicará la norma general en tanto en cuanto sean personas jurídicas con objeto mercantil cuya actividad económica principal consista en el arrendamiento de viviendas situadas en el territorio español ya las hayan adquirido o hayan sido promovidas o construidas por ellas mismas, como señala el artículo 48 de la misma norma. Quedan fuera las comunidades de bienes, aunque se dediquen al mismo tipo de actividades por la sencilla razón de que no pueden ser sujetos pasivos del IS y por tanto no pueden acogerse a ningún régimen especial de este impuesto. Frente a este régimen, el de cooperativas, el de las SII y el de las SOCIMI exigen una forma jurídica determinada para optar al régimen fiscal especial, o su ausencia, como ocurre en el régimen de los FII. En todo caso, para que las entidades puedan gozar del régimen especial deberán manifestarlo a la Administración presentando la comunicación de opción[18] por el régimen especial, y este será de aplicación en el periodo impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación y

(15) V0102-23, de 31 de enero de 2023.
(16) V0102-23, de 31 de enero de 2023.
(17) Rodríguez Márquez, J., *Op. cit.*, p. 14.
(18) Entendemos, que la comunicación es un requisito sustancial para su aplicación y que debe interpretarse de forma similar a como hace la administración en las SOCIMI, «la ausencia de esa comunicación impide aplicar el régimen especial aun cuando se haya optado por el mismo en la junta general de accionistas», en Resolución del TEAR de Madrid, de 27 de septiembre de 2018 (procedimiento 28-13129-2015).

en los sucesivos que concluyan antes de que se remita la renuncia al citado régimen.

2.2 **Tratamiento de las plusvalías y la cuestión de la eliminación de la doble imposición**

Las plusvalías derivadas de la transmisión de bienes del activo y de participaciones en el capital social de la propia EDAV no tienen un régimen especial bonificado, aplican las reglas generales. La transmisión de los bienes inmuebles que han generado rentas bonificadas no dará lugar a la regularización de estas si el inmueble se transmite cuando haya transcurrido el periodo mínimo de 3 años en que los inmuebles deben permanecer en arrendamiento. Dado que la forma establecida en la Ley para el inicio del cómputo toma como fecha inicial la del primer arrendamiento bajo este régimen, el plazo de permanencia real en el activo de la sociedad podría ser superior a esos mencionados 3 años. A diferencia de lo que ocurre en la SOCIMI, en este régimen no se establece formalmente un plazo mínimo de permanencia de los activos (en aquel es de 3 años), sin embargo, debe recordarse que de acuerdo con el artículo 48.2 a) de la LIS el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento *en cada periodo impositivo* debe ser *en todo momento* igual o superior a 8. En este sentido, es más flexible ya que facilita las entradas y salidas de unidades inmobiliarias sin que les condicione un plazo mínimo de mantenimiento en el activo societario. Lo que permite deshacerse con mayor facilidad de viviendas que no se alquilan y sustituirlas por otras.

En el caso de la transmisión de participaciones en el capital social de la EDAV, los sujetos pasivos del IS podrían aplicar la exención del artículo 21 de la LIS, sin embargo, el artículo 49 de la LIS restringe esta posibilidad a la parte de la renta obtenida que se corresponda con reservas procedentes de beneficios no distribuidos, solo tendrán derecho a la exención del 50 % de dichas reservas. En ningún caso serán objeto de eliminación dichas rentas cuando la transmisión corresponda a una operación interna dentro de un grupo fiscal. Y, por otra parte, desde el punto de vista del régimen tributario de los socios que perciben dividendos o participaciones en beneficios distribuidos con cargo a las rentas que han disfrutado de la bonificación solo podrán aplicar la exención del artículo 21 de la LIS sobre el 50 % de su importe. La ley considera que el primer beneficio distribuido procede de rentas no bonificadas. Se advierte, además, que no cabe la aplicación de la exención en ningún caso cuando la entidad tribute en el régimen de consolidación fiscal.

2.3 **Beneficios fiscales del régimen especial EDAV en otros impuestos: IVA**

Por virtud del artículo 91. Dos. 1.6.º de la LIVA se aplicará un tipo superreducido del 4 % en las entregas de viviendas que sean adquiridas por las entidades que apliquen el régimen especial EDAV lo que se condiciona a que las rentas derivadas de su posterior arrendamiento gocen de la bonificación en el IS propia de este régimen especial[19]. Procederá la rectificación del tipo impositivo si tras la adquisición se modifica el régimen fiscal de la adquirente (por opción por otro diferente, por pérdida del mismo y paso a otro régimen incompatible o al régimen general) antes de que dicha entidad finalice el primer periodo impositivo que tiene lugar una vez comunicada a la Administración la opción por el régimen EDAV, con independencia de que las viviendas se mantengan arrendadas durante el plazo de tres años, pues las rentas derivadas del arrendamiento no van a poder disfrutar de la bonificación del artículo 49 de la LIS[20]. También, según el criterio administrativo, es posible aplicar el tipo del 4 % cuando se adquiera el inmueble aun cuando la entidad no cumpla con el número mínimo de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento, lo que es un requisito del régimen especial, si su intención –confirmada por elementos objetivos en el momento de la adquisición– es la de dedicar los inmuebles que adquiera en el año siguiente al arrendamiento y vaya a tener derecho a la bonificación del artículo 49 de la LIS. En tal caso no procederá la rectificación del tipo superreducido. En el ámbito del artículo 91. Dos. 6.º de la LIVA no se incluye la entrega de viviendas en construcción[21]. En este caso la entrega estaría sujeta y tributará al tipo del 21 % salvo que le sea de aplicación el tipo del 10 % recogido en el artículo 91. Uno. 3.1.º de la misma, para las ejecuciones de obras, con o sin aportación de materiales, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la construcción o rehabilitación de edificaciones o partes de las mismas destinadas principalmente a viviendas […] entendido este último requisito como aquellas edificaciones en las que al menos el 50 % de la superficie construida se destina a dicho uso. Por otra parte, en el número 6.º del artículo 91. Dos de la Ley tampoco se incluyen los locales de negocio, que tributarán al tipo general, aunque se transmitan conjuntamente con aquellos, salvo que se realice una interpretación extensiva del término vivienda utilizado en la LIVA. Finalmente, no se consideran tampoco ap-

(19) V2184-17, de 22 de agosto de 2017, cuyo términos siguen vigentes.
(20) V0171-19, de 28 de enero de 2019.
(21) V2169-20, de 20 de junio de 2020 y V0102-23, de 31 de mayo de 2023.

tos para su utilización como viviendas las edificaciones destinadas a su demolición con carácter previo a una nueva promoción, estas entregas gozan de la exención del artículo 20. Uno 22.º, parte A) letra c) de la Ley.

Resulta inexplicable la ausencia de beneficios fiscales específicos para las entidades EDAV en el ITPAJD a diferencia del tratamiento tan bonificado del que gozan, por ejemplo, las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias– artículo 45. I B) 20.3 LITP– y las SOCIMI – artículo 45. I B) 22 LITP–. No obstante, podrán disfrutar, como cualquier otro sujeto, de la exención en las transmisiones de edificaciones a empresas que se dediquen habitualmente al arrendamiento financiero, para ser objeto de arrendamiento con opción de compra a persona distinta del transmitente, cuando dichas operaciones estén exentas del IVA. Se exige que no existan relaciones de vinculación entre transmitente, adquirente o arrendatario. O las relacionadas con operaciones inmobiliarias de VPO. Respectivamente – artículo 45. I B) núm. 16 y núm. 12 LITP–. O finalmente, las operaciones societarias exentas contempladas con carácter general en los números 10 y 11 del citado precepto.

3. LAS SOCIMI

3.1 **Evaluación y evolución de su objeto social y principales características**

La crisis previa al estallido de la burbuja inmobiliaria fue uno de los desencadenantes de la introducción en España de la Ley 11/2009, de 26 de octubre del régimen jurídico y fiscal de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario [(22)]. Se trataba de dinamizar y ofrecer nuevos modelos de inversión en el mercado inmobiliario mediante el llamado REIT español. Es sabido que, en su primera versión, la Ley no se constituyó ninguna SOCIMI. La importantísima reforma de 2012 y alguna menor posterior dieron sus frutos, al equiparar el tratamiento fiscal a sus homólogas europeas e internacionales, por lo que las empresas SOCIMI se implantaron en España. Los objetivos declarados de esta Ley eran dar salida al *stock* de viviendas y proporcionar liquidez a las inversiones inmobiliarias. En España este mercado participaba en un 16 por ciento del PIB según la EM de la Ley. Profesionalizar el mercado del alquiler, dar liquidez, generar rentabilidad al stock inmobiliario eran sus verdaderos fines. Pero, no nos equivoquemos, este régimen no estaba pensado para ofrecer soluciones de vivienda, sino para poner inmuebles en alquiler para obtener rentabilidades atractivas para los socios.

(22) Bueno Maluenda, M. C., «El régimen fiscal especial de las SOCIMI en el Impuesto sobre Sociedades: evolución y evaluación», en AA. VV., Mate Satué/Hernández Sainz/Alonso Pérez (coords.), *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre,* Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 539-562.

Esta afirmación se confirma con la evolución en la regulación de su objeto social. Las SOCIMI tienen un objeto social principal que ha de representar como mínimo el 80 % del total de las rentas obtenidas en cada período impositivo (art. 3.2 Ley), eso deja un máximo del 20 % para las obtenidas de las llamadas actividades «accesorias»[23]. Estas últimas actividades solo se definen negativamente por contraste con las principales, por lo que estimamos que la Ley está pensando en otras actividades de la economía real de forma similar al concepto que hemos manejado en el régimen EDAV. En el caso de cesión en arrendamiento de edificios donde convivirían espacios destinados al arrendamiento tradicional junto con otros modelo-*coworking*, esto es, donde se ceden espacios de trabajo u oficinas flexibles junto con la prestación de otros servicios de oficina accesorios, necesarios para su disfrute (principalmente, electricidad, agua, acceso a internet, mensajería, seguridad, correo, escáner e impresora) la administración considera que en el caso de *coworking* se trata de un contrato mixto de arrendamiento de inmueble y de servicios que, aunque tenga la finalidad de dotar al arrendatario de la infraestructura necesaria (material y personal) para desarrollar su actividad, se está yendo más allá del mero arrendamiento. Por este motivo, las rentas del conjunto de servicios adicionales se considerarán rentas accesorias[24].

En el objeto principal se distinguen dos tipos de actividades o fuentes de rentas: las de la economía real –operaciones inmobiliarias para arrendamiento– y la tenencia de participaciones en otras entidades. En qué proporción hayan de estar estas actividades, no hay indicación legal. La Ley exige a las SOCIMI que deberán tener invertido, al menos, el 80 por ciento del valor de su activo[25] en: bienes inmuebles urbanos destinados

(23) No se consideran ingresos a efectos fiscales, los ingresos contables procedentes de la contabilización del Impuesto de Sociedades ni tampoco el ingreso contable que surge cuando la entidad mantiene en su balance pasivos por impuesto diferido derivados de una operación de reestructuración (V5012-16, de 18 de noviembre de 2016).

(24) V1256-23, de 12 de mayo de 2023 y V1885-23, de 29 de junio de 2023. En esta última se precisa que los espacios *coworking* se considerarán activos aptos a efectos del test de activos, en la parte proporcional del valor del activo que se corresponda única y exclusivamente con la actividad arrendaticia generadora de las rentas propias del objeto social (arrendamiento): «La idoneidad del criterio de proporcionalidad que aplique el contribuyente es una cuestión de hecho a valorar por la Administración tributaria».

(25) Son activos aptos para el cómputo del 80 % los derechos de crédito correspondientes a los contratos llave en mano que la entidad suscriba con titulares del suelo/promotores en la medida en que dichos derechos se correspondan inequívocamente con la adquisición futura de los inmuebles construidos; así se podrán considerar similares a la denominada «obra o construcción en curso». Asimismo, la adquisición de inmuebles para su demolición y posterior promoción inmobiliaria, siempre que la promoción se inicie en los tres años siguientes a su adquisición (V1905-16, de 29 de abril de 2016). También se consideran aptas como activo, las fianzas arrendaticias –art. 36 LAU– puesto que se considera que constituyen elementos del activo necesarios para garantizar el arrendamiento de los inmuebles, entendiéndose inherentes a los mismos (V4191-16, de 3 de octubre de 2016). El saldo de la cuenta de efectivo y otros equivalentes procedente de la ampliación de capital destinada a aumentar y mejorar el porfolio de activos inmobiliarios no debería interferir en el cómputo del

al arrendamiento; en terrenos para su promoción con la misma finalidad[26] o en participaciones en el capital o patrimonio de aquellas entidades que pueden formar parte del objeto social de la SOCIMI. La actividad inmobiliaria consiste en la «adquisición[27] y promoción[28] de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento»[29], a su vez, la «actividad de promoción incluye la rehabilitación de edificaciones[30] en los términos de

porcentaje del valor del activo exigido por la Ley. De manera que, los mismos habrán de distribuirse de manera proporcional entre el valor del activo correspondiente a bienes inmuebles, terrenos en promoción o valor de los demás activos con objeto de que su efecto sea neutral a los efectos del test de activos. Todo ello condicionado a que su destino sea el señalado, en un plazo «razonable y justificado». (V2014-17, de 26 de julio de 2017).

(26) En este caso, la promoción debe iniciarse dentro de los tres años siguientes a su adquisición. En V4191-16, de 3 de octubre de 2016, se precisa que para el supuesto de que la entidad ya tuviese terrenos para la promoción con anterioridad a acogerse al régimen especial, el plazo de tres años para iniciar la promoción se contará desde la fecha de inicio del primer periodo impositivo en que se aplique dicho régimen. En cuanto al cómputo del plazo de 3 años para iniciar la promoción y la aplicabilidad de la DA 1.ª de la Ley SOCIMI, la cual permite el cumplimiento de determinados requisitos esenciales del régimen en los dos años siguientes al ejercicio de la opción por este, se indica que dicho plazo no se ve afectado por dicha posibilidad. Es doctrina reiterada del TS que, a efectos de la DA 1.ª citada, el plazo de dos años se computará de fecha a fecha, tomando como primer día la fecha en que la sociedad opte por el régimen especial (V4461-16, de 17 de octubre de 2016). Se entiende que en esta DA 1.ª el legislador ha establecido una condición resolutoria de la aplicación del régimen especial (V4908-16, de 14 de noviembre de 2016 y V5098-17, de 27 de febrero de 2017). El cómputo se acreditará por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (V5219-16, de 7 de diciembre de 2016). Acerca de los elementos esenciales según la DA 1.ª véase en V0181-16, de 26 de enero de 2017. Las modificaciones estatutarias en sede de sociedad para adaptar su objeto social y la política de distribución deben llevarse a cabo mediante la modificación de los Estatutos con anterioridad al ejercicio de la opción, lo que es requisito esencial a los efectos de la aplicación de la DA 1.ª (V2392-20, de 13 de julio de 2020).

(27) Como formas de adquisición admitidas están la compraventa con subrogación hipotecaria y mediante procedimientos de ejecución hipotecaria en las que el titular de los derechos de crédito garantizados por hipoteca cede el remate previo abono de una cantidad o precio de la cesión facultando ser adjudicatarias de la vivienda en el caso de que la puja quede desierta. Por otra parte, los anticipos contabilizados como paso previo, computan como activo apto a efectos del cómputo del 80 % del valor de los activos (V4908-16, de 14 de noviembre de 2016).

(28) En V5219-16, de 7 de diciembre de 2016 se precisa que la actividad de promoción se refiere en particular al terreno de que se trate, debe hacerse abstracción de que la entidad con anterioridad hubiera desarrollado otras operaciones de promoción. Se entiende iniciada la promoción cuando se hayan realizado actuaciones tendentes a la misma. Si con anterioridad al ejercicio de la opción se había urbanizado los terrenos que ya poseía, se entiende que el requisito de que la promoción se haya iniciado en los tres años siguientes a la fecha de inicio del primer periodo impositivo bajo el régimen especial se habría cumplido, pero se advierte de que para que la inversión pueda considerarse válida, debe concluir dando como resultado bienes urbanos destinados al arrendamiento (V4191-16, de 3 de octubre de 2016).

(29) De acuerdo con V1905-16, de 29 de abril de 2016, se consideran rentas de arrendamiento las obtenidas en contratos de arrendamiento de los edificios de los hoteles, conjuntamente con los elementos necesarios para su explotación (mobiliario, enseres, material dotacional y de funcionamiento) en la medida en que no haya diferenciación respecto a los mismos en el precio pagado. Las rentas computan a los efectos del cumplimiento del 80 % de rentas y de activos del artículo 3, apartados 2 y 1 de la Ley, respectivamente.

(30) Un inmueble que no está arrendado u ofrecido en arrendamiento por estar siendo objeto de rehabilitación o reforma para su alquiler posterior puede entenderse una inversión computable a efectos del test de activos. No se considerará que está arrendado a efectos del cómputo del plazo de mantenimiento en arrendamiento (V4191-16, de 3 de octubre de 2016).

la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido», esto es, conforme al artículo 20.22.º B, cuando su objeto principal es la reconstrucción o cuando las obras de rehabilitación supongan más de la cuarta parte del precio de adquisición o de su valor de mercado o sean análogas a la rehabilitación en los términos del citado precepto legal. Los bienes inmuebles que integren el activo deberán permanecer arrendados al menos 3 años, sumando como máximo un año el tiempo en que hayan estado ofrecidos en alquiler[31]. Plazo que contrasta con el mínimo de la LAU. Se ha planteado la situación en la que, adquirida la propiedad la posesión no sea pacífica por estar ocupada por terceros sin justo título, por lo que se imposibilita el destino de dicho inmueble al arrendamiento. En estos casos, el criterio administrativo ha admitido que los inmuebles computen a efectos del test de activos (80 % de activos), bajo la condición de que, finalmente, una vez recuperada la posesión se destinen al arrendamiento. Sin embargo, no se considerará que está arrendado u ofrecido en arrendamiento a efectos del cómputo del citado plazo de 3 años. De la misma forma, cuando un inmueble está siendo objeto de rehabilitación, reforma, acondicionamiento o mejora para su alquiler posterior también se admite que compute a efectos del test de activos, pero no respecto del plazo de arrendamiento[32].

Las entidades en las que la SOCIMI puede participar –tenencia de participaciones[33]– podrán ser de varios tipos: otras SOCIMI o bien entidades no residentes que tengan el mismo objeto social y una política similar en cuanto a la política obligatoria de distribución de dividendos –entidades del artículo 2.1 b)– o bien siendo entidades diferentes a SOCIMI o REIT tener como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento que estén sometidas a la obligación de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión, relativos a porcentajes de activos y de obtención de determinados tipos de rentas –entidades del artículo 2.1 c)[34]–. Estas últimas, desde 2012 podrán también realizar actividades de promoción inmobiliaria al eliminarse el impedimento legal en la reforma de la ley de

(31) En el caso de que el bien sea un edificio completo, no es necesario que todas las unidades hayan estado arrendadas, debe entenderse que dicho arrendamiento puede ser total o parcial (V1905-16, de 29 de abril de 2016). El criterio administrativo admitido es que el conjunto de dichas unidades haya permanecido sustancialmente arrendado, V2666-20, de 17 de agosto de 2020.

(32) V4908-16, de 14 de noviembre de 2016.

(33) Los derechos de superficie sobre unas viviendas, temporales y con derecho a hacer suyo lo construido en un periodo determinado parecen responder al criterio de propiedad exigido por el artículo 2.4 de la Ley, por lo que forman parte del activo. Además, los ingresos derivados de los mismos se considerarán provenientes del arrendamiento de bienes inmuebles, aunque su calificación contable sea de ingresos financieros, según la V1537-16 de 13 de abril de 2016.

(34) Estas entidades en las condiciones del citado artículo podrán optar por el régimen fiscal SOCIMI. No debe interpretarse que entre tales requisitos se encuentren los de forma social, negociación, capital social mínimo o denominación, según la V1540-16, de 13 de abril de 2016.

dicha fecha. Y finalmente, las señaladas en la letra d) «[…] tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva». Las entidades no residentes no deben estar situadas en países o territorios donde no exista un efectivo intercambio de información tributaria (paraísos fiscales) pues en tal caso no se cumpliría con lo dispuesto en la Ley y no sería posible aplicar el régimen fiscal especial.

Las acciones o participaciones deberán mantenerse en el activo al menos durante tres años desde su adquisición o, en su caso, desde el inicio del primer periodo impositivo de aplicación del régimen fiscal especial. En cualquier caso, por aplicación supletoria del artículo 5.1 del Código Civil, los plazos fijados por meses o años se computan de fecha a fecha[(35)]. Relacionado con este doble objeto es lógica la obligación legal de la contabilización separada. Como su objetivo es parcialmente financiero es coherente también la obligación de cotización de estas entidades y que sus acciones sean nominativas[(36)], aunque este último requisito tiene que ver más bien con su régimen fiscal que hace tributar las rentas en sede del socio.

Tal y cómo habíamos anticipado, una SOCIMI está obligada a cumplir una condición relacionada con el origen de las rentas obtenidas, pues al menos el 80 por ciento de las rentas del periodo impositivo deberán provenir: o bien, del arrendamiento de bienes inmuebles afectos al cumplimiento del objeto social principal con personas no vinculadas, con independencia de su residencia; o bien, de dividendos o participaciones en beneficios procedentes de sus participaciones afectas al cumplimiento de su objeto social principal. Se excluyen las eventuales plusvalías que se hayan podido realizar en el ejercicio. El artículo 6 de la Ley establece una amplia obligación de distribución[(37)] con el objetivo de hacerlas atractivas

(35) V4461-16, de 17 de octubre de 2016.

(36) Cuando en el ámbito internacional el carácter nominativo no esté establecido por la legislación mercantil correspondiente pero sí sea posible identificar a los socios en el momento de la distribución de los dividendos a través –como era en este caso de Sudáfrica– de las anotaciones en el registro del mercado de valores (*de Johanesburgo*) se entenderá cumplido el requisito cuando la identificación de los socios sea tal que se garantice la correcta tributación pretendida por la Ley, esto es, cuando estén identificados más del 95 % de los socios (V5108-16, de 25 de noviembre de 2016). Criterio que se mantiene desde V2759-13 a V1479-22, de 21 de junio de 2022 acerca de *Sociétés Immobiliéres Réglementés* (SIR) del régimen belga.

(37) El cumplimiento de la distribución de dividendos no puede ser excepcionado en aplicación de la DTr 1.ª de la Ley SOCIMI (V4461-16, de 17 de octubre de 2019). Los porcentajes establecidos se refieren al resultado contable procedente de cada una de las fuentes de renta según V1761-16, de 21 de abril de 2016. No cabe exigir una distribución mayor ni existe obligación de hacerlo cuando no se haya obtenido beneficio alguno, desde el punto de vista del IS. Sin embargo, sí pueden repartir otros beneficios o reservas, incluso dividendos a cuenta de los beneficios del ejercicio (V1761-16). Mismo criterio en V1989-23, de 7 de julio de 2023, en tal caso el devengo del tipo del 19 % si resulta aplicable se corresponderá con el día del acuerdo de distribución del dividendo a cuenta. En V1905-16, de 29 de

a los inversionistas y para favorecer la liquidez de las inversiones del mercado inmobiliario. El pago de los dividendos puede realizarse también en especie, mediante la entrega de acciones, siempre que tenga la consideración de ingreso en sede de los accionistas[38].

De esta forma, no puede sino concluirse que las SOCIMI son más un instrumento de inversión en materia inmobiliaria que un verdadero impulsor de objetivos de política de vivienda como, por ejemplo, la ampliación del parque de vivienda en alquiler. Como instrumento para la realización del derecho constitucional a una vivienda las SOCIMI carecen de este propósito explícitamente[39]. A finales de 2019, un 82% de la cartera de las SOCIMI españolas estaba invertido en hoteles, oficinas, locales, centros comerciales y centros logísticos, en cambio la inversión en viviendas solo representaba el 11,2% de sus activos y únicamente suponía un 0,1% del parque estimado de viviendas en propiedad de las familias y alrededor del 15 del *stock* de viviendas principales en régimen de alquiler[40]. Pinta del mismo color en el escenario internacional. Como concluye el informe BME, si aumenta el número de viviendas en alquiler será como consecuencia de las propias circunstancias del mercado por sus perspectivas de rentabilidad. Si estas son buenas el mercado crecerá. En España las mejores expectativas se sitúan en el llamado «sector multifamily» donde se percibe como un mercado con potencial para el producto *Bult to Rent (BTR)* ya que no existe un parque de vivienda institucional en alquiler *(Private Rental Sector, o PRS)*[41].

3.2 **Un apunte sobre el régimen fiscal de las SOCIMI**

La tributación de la SOCIMI está diseñada, desde su radical cambio ocurrido en 2012, para que la entidad tribute a tipo cero en el IS, relegando el peso de la tributación en los perceptores de los dividendos o participaciones en beneficios. En consecuencia, no cabrá aplicación de las bases negativas ni podrán aplicar el régimen de deducciones o bonificaciones en la cuota establecidas en la LIS. Esta tributación es residual, esto es, salvo

---

abril de 2016 se precisa que no existe obligación de reparto si no se hubiera obtenido beneficio en el ejercicio, por tanto, con independencia de que en alguna de las fuentes de rentas se hubiera obtenido un resultado contable positivo. La indicación legal –art. 6– de que estarán obligadas a distribuir una vez cumplidas las obligaciones mercantiles incluye el respeto al artículo 273 TRLSC que impide repartir dividendos si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social (V4191-16, de 3 de octubre de 2016).

(38) V4461-16, de 17 de octubre de 2016.

(39) Bueso Guillén, P. J., «La SOCIMI como instrumento jurídico-mercantil para una política de fomento del mercado de alquiler de viviendas», en AA. VV., *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda.* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 223.

(40) Bolsas y Mercados Españoles y JLL, *cit.*, pp. 5-6.

(41) Bueno Maluenda, M. C., *Op.cit.*, p. 559 y Bolsas y Mercados Españoles (BME) y JLL, *cit.*, p. 27.

que resulten aplicables los otros tipos de gravamen del 19 por ciento o del 15 por ciento[42], introducido con efectos de 1 de enero de 2021. La aplicación de estos tipos está directamente conectada con la obligación de reparto de los beneficios. De acuerdo con el artículo 6 de la Ley es obligatorio distribuir el 100 % de los dividendos o participaciones en beneficios percibidos por la misma[43]. La SOCIMI verá gravado el importe íntegro de estas rentas al 19 % en la parte distribuida a socios relevantes que gocen de exención o tributen por debajo del 10 por ciento. Se entiende por socio relevante aquellos que tienen una participación en el capital social de la entidad, de al menos el 5 por ciento. Sin embargo, este gravamen no se produce cuando el socio sea a su vez una SOCIMI o una entidad a la que le resulte de aplicación la Ley SOCIMI.

Por otra parte, cuando estas rentas sean percibidas por entidades no residentes –art. 2.1 letra b) Ley 11/2009– aunque formalmente no son SOCIMI tienen el *mismo* objeto social que aquéllas y están sometidas a un régimen *similar* en cuanto a la obligatoriedad, legal o estatutaria, de distribución de dividendos, la Ley les otorga un tratamiento análogo. De esta forma la entidad extranjera también estará obligada a repartir obligatoriamente las rentas percibidas entre sus socios. Pues bien, las rentas que la SOCIMI distribuya a estas entidades extranjeras –análogas a las SOCIMI– no tributarán al tipo del 19 % (o sea se aplicará el tipo cero) cuando sean distribuidas a perceptores (socios) que tengan una participación igual o superior al 5 % en el capital social de la entidad extranjera y que tributen por dichos dividendos o participaciones en beneficios, al menos al tipo del 10 %. En caso contrario, la SOCIMI deberá tributar por esas rentas repartidas al tipo del 19 %. Por tanto, los dividendos y participaciones en los beneficios distribuidos a socios minoritarios que además tributan en sede personal al tipo del 10 por ciento o superior no tributarán en sede de sociedad, la SOCIMI tributa al cero por ciento. A este respecto, recordamos que la Ley establece la obligación a los socios relevantes de comunicar a la SOCIMI si su tributación personal estará por encima o por debajo del tipo del 10 %. Ante la falta de notificación la Ley presume que estos socios estarán exentos o su tributación quedará por debajo de ese 10 por ciento. El plazo para la comunicación es bastante breve, 10 días desde el siguiente a aquel en que las rentas son satisfechas.

(42) La Ley 11/2021, de 9 de julio, medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016.

(43) En V1905-16, de 29 de abril de 2016, se admite la posibilidad, durante el propio ejercicio en que se obtiene el beneficio, de distribución de cantidades a cuenta de los futuros dividendos, pero para dar cumplimiento a la exigencia del artículo 6 de la Ley SOCIMI que exige que el dividendo debe ser pagado dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de distribución, se entiende cumplido este requisito si el dividendo a cuenta se paga dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de distribución cantidades a cuenta.

No obstante, entendemos que cabrá atender a una comunicación tardía recibida antes del vencimiento del plazo para la presentación de la autoliquidación del Impuesto.

Siguiendo con el artículo 6 mencionado, deben distribuirse también, al menos un 50 % de las plusvalías[44] que obtenga la SOCIMI por la transmisión de inmuebles o de acciones o participaciones. En este caso, para permanecer en el régimen especial es preciso que los activos hayan respetado el plazo de permanencia de 3 años exigido en el artículo 3.3 de la Ley. El resto de las plusvalías, estaría sometido a la obligación de ser reinvertido en la adquisición de otros inmuebles o participaciones, en un plazo de 3 años posteriores a la fecha de la transmisión. De esta forma, las rentas acogidas al plazo de reinversión no tributan al nuevo gravamen del 15 % (expresamente se señala en el artículo 9.4 de la Ley) y las plusvalías distribuidas tributarán en sede de la SOCIMI al cero por ciento. Sin embargo, ante el incumplimiento de la condición de la reinversión en el plazo de 3 años porque no se hayan adquirido los activos o porque habiéndolos comprado dentro de ese período se hayan transmitido antes de cumplir con el plazo, también de tres años, de mantenimiento de los activos (art. 3.3 de la Ley) o por otra causa de incumplimiento como, por ejemplo, reinvirtiendo en otros objetos, la consecuencia es que esas plusvalías deben traerse a la tributación de la sociedad. Si la causa es el incumplimiento del plazo de reinversión, se añadirán a las rentas del ejercicio, esto es, deberán distribuirse en su totalidad conjuntamente con los beneficios que procedan del ejercicio en que finaliza el plazo de reinversión. En el caso de que el incumplimiento proceda de la transmisión de elementos (reinvertidos) se procederá del mismo modo, pero en el ejercicio en que se haya producido dicha transmisión. En otro caso, de forma análoga, en el período en que se haya producido la reinversión en elementos no aptos para ello. El tipo que se aplicará será el del 15 % al tratarse de parte del beneficio obtenido por la entidad que no fue objeto de distribución y tampoco tributaron al régimen general (art. 9.4 Ley).

Finalmente, cualesquiera otras rentas[45] que no han sido objeto de distribución y no estén sometidas al régimen general tributarán al 15 %,

(44) Si la plusvalía procede de un inmueble del que era titular la entidad SOCIMI con anterioridad a la aplicación del régimen especial y ha transcurrido también el plazo de permanencia de 3 años, la plusvalía tributará linealmente y la parte de la renta generada con anterioridad a la aplicación del régimen especial tributará en el régimen general y la otra en el régimen especial (V2388-20, de 13 de julio de 2020).

(45) La pérdida por deterioro de valor de los activos contabilizada dio lugar a un ajuste extracontable positivo en la declaración IS, la posterior reversión del deterioro en un ejercicio posterior determina revertir con ajuste de signo negativo. El ingreso contable derivado de la reversión debe ser ignorado a efectos de la distribución de beneficios en el régimen SOCIMI, «única y exclusivamente en la medida en que se corresponda con reversiones de deterioros que en el periodo impositivo en que fueron

esto es, principalmente, las procedentes de las actividades accesorias, en la parte 20 % o menos, que no sea objeto de distribución. El otro 80 % o proporción superior tributarán al tipo cero en la SOCIMI. Por otra parte, téngase en cuenta que las SOCIMI están excluidas de la tributación mínima establecida en el artículo 30 bis de la LIS. Todo ello siempre partiendo de la premisa de que la SOCIMI no ha perdido el régimen especial. Dejamos de lado los supuestos en que se incumplen las condiciones y llevan a la regularización[46] y la aplicación del régimen general, tipos del 25 o del 23 %, en este último caso cuando el importe neto de la cifra de negocios en el periodo impositivo sea inferior a 1 millón de euros.

3.3 **Beneficios fiscales de la SOCIMI en ITPAJD**

En este impuesto se ha previsto un beneficio fiscal – artículo 45. I. B) 22.º del texto refundido de la LITP– que específicamente se aplica a las SOCIMI en relación con la transmisión de viviendas residenciales. Se trata de la bonificación[47] del 95 % de la cuota de la modalidad de transmisiones patrimoniales por las adquisiciones de viviendas destinadas al arrendamiento y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento condicionado este beneficio fiscal a que las viviendas permanezcan arrendadas durante al menos tres años. Contrasta este hecho con la ausencia de beneficios en el IVA, cuando las EDAV sí pueden aplicar, como vimos el tipo superreducido. Y, al contrario, las entidades EDAV, cuyo objeto es la vivienda en arrendamiento carecen de una

---

contabilizados como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias no hubiesen reducido el importe del beneficio contable a distribuir en el periodo de la imputación del gasto contable. Si como fue el caso, en dicho periodo no se produjo ese efecto porque el resultado contable previo a la deducción del gasto ya era negativo, no procederá realizar ninguna regularización ni aplicación del tipo del 15 por ciento. *Vid.* en V1275-23, de 12 de mayo de 2023 y V1334-23 y V1335-23, ambas de 18 de mayo de 2023.

(46) Una entidad que había optado por el régimen especial, pero renuncia antes de que efectivamente se produzca el incumplimiento de los requisitos de la Ley para mantener dicho régimen especial, procede a la regularización tributando por el régimen general. Se considera entonces que la entidad no ha aplicado el régimen SOCIMI y que podrá optar sin tener que esperar al menos tres años, de esta forma se excluye por tanto la limitación del artículo 13 d) de la Ley SOCIMI (V2390-20, de 13 de julio de 2020 y 0582-24, de 9 de abril de 2024). Sobre las consecuencias de la regularización la V2939-20, de 30 de septiembre de 2020, explica cómo ha de entenderse la mención legal a recargos y sanciones, excluyendo los del artículo 27 LGT –salvo incumplimiento de los plazos de presentación de la autoliquidación de la regularización–. Los recargos del 28 LGT procederían sin se hubiera iniciado el periodo ejecutivo. En todo caso, si la regularización es acorde al 179.3 LGT no procederán sanciones. Sí procederán los intereses de demora. En el mismo sentido V2937-20, de 30 de septiembre de 2020.

(47) La dotación de una provisión por la eventual devolución de la bonificación por incumplimiento de los requisitos, no es gasto fiscalmente deducible en el IS, sino que de acuerdo con su tratamiento contable reduce la valoración del inmueble, *vid.* V2939-20, de 30 de septiembre de 2020 sobre la base de un Informe al ICAC de 2 de abril de 2020. En la misma se consideran los intereses de demora, gastos financieros y, por tanto, deducibles.

bonificación similar en el Impuesto de transmisiones. Sobre el ámbito subjetivo, la administración ha señalado que puede ser cumplido por otro tipo de entidades que reuniendo las condiciones establecidas en el artículo 2.1 c) de la Ley 11/2009 pueden acogerse al régimen fiscal especial SOCIMI. De modo que les resultará de aplicación dicha bonificación. Por otra parte, también resulta aplicable a todas las entidades del grupo (sub-socimi) en virtud del principio *ubi lex non disnguit, nec nos distinguere debemus*[48]. Las SOCIMI en la modalidad de operaciones societarias gozan, además, de la exención en las operaciones de constitución y aumento de capital y en las aportaciones no dinerarias a dichas sociedades.

4. CONCLUSIONES

La experiencia de la SOCIMI ha logrado alcanzar hasta la fecha gran parte de los objetivos perseguidos con la norma, pero no siendo su finalidad exclusiva la de cubrir la demanda de vivienda en uso habitacional, el mercado y la política empresarial han sido y serán las que determinen los sectores hacia los que se oriente la actividad del arrendamiento de bienes inmuebles. Por su parte, el régimen EDAV, único cuyo objeto social se incardina directamente en la política de incremento de la oferta de vivienda residencial, al contrario de lo que podría suponerse, ha reducido su atractivo fiscal, de la misma forma que ha sucedido también con las SOCIMI con la intensificación del gravamen de rentas anteriormente exentas. Da la impresión de que el legislador va en la dirección contraria a sus objetivos de política de acceso a la vivienda. Los incentivos fiscales podrían servir para fomentar una inversión (residencial) frente a las otras (comerciales, turísticas, etc.) por lo que de *lege ferenda* se podría fomentar de forma más intensa y coordinada los incentivos fiscales en la actividad del arrendamiento residencial.

BIBLIOGRAFÍA

Bolsas y Mercados Españoles y JLL, *Informe España 2021. SOCIMIs Un futuro sostenible,* 2021. En: https://www.bolsasymercados.es/esp/Estudios-Publicaciones/Documento/5471_SOCIMIs__Un_futuro_sostenible *Acceso: 26 de enero de 2024.*

(48) V0508-17, de 27 de febrero de 2017; V4908-16, de 14 de noviembre de 2016 y V1540-16, de 13 de abril de 2016.

Bueno Maluenda, M. C., «El régimen fiscal especial de las SOCIMI en el Impuesto sobre Sociedades: evolución y evaluación», en AAVV, Maté/Hernández/Alonso (coords.), *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre,* Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 539-562.

Bueso Guillén, P. J., «La SOCIMI como instrumento jurídico-mercantil para una política de fomento del mercado de alquiler de viviendas», en AA. VV., *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda.* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 193-227.

Cámara Barroso, M. C., «Régimen fiscal especial de las Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas y de las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias», en AA. VV., *Tratado de la SOCIMI. Un análisis multidisciplinar del REIT español,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 397-429.

Mas Ortíz, A., Régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda: Volatilidad e inseguridad. Recorte a la bonificación en 2022. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 472(1), 2022, pp. 39-62.

Rodríguez Márquez, J., *La nueva configuración del régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas.* Doc. Núm. 12/07. Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES