

LOS LÍMITES IMPUESTOS A LAS FACULTADES DE USO Y
DISFRUTE DE LOS PROPIETARIOS PARA LUCHAR CONTRA LA
ESCASEZ DE VIVIENDA DISPONIBLE EN ALQUILER EN ESPAÑA*

*THE LIMITS IMPOSED ON THE FACULTIES OF USE OF THE
OWNERS TO FIGHT
AGAINST THE SHORTAGE OF AVAILABLE RENTAL HOUSING IN SPAIN*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 334-383

* Este trabajo ha sido realizado también en ejecución del proyecto "Red temática para el estudio de los aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda" (Referencia: D5-2022_03), concedido por la Universidad de Málaga para el periodo 2022-2024 y dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera.

Antonio
GÁLVEZ
CRIADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo será analizar la controversia jurídica generada por las medidas de intervención pública en aspectos esenciales del mercado libre del alquiler para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada o su permanencia en la misma. Son medidas que han sido aprobadas por CCAA, Estado y ayuntamientos en los últimos años y que requieren un análisis desde una perspectiva interdisciplinar (constitucional, civil y administrativa) para determinar su eficacia e impacto social real. Adelantamos que este impacto ha sido muy limitado y desde luego no han contribuido a mejorar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Por este motivo, se defiende finalmente la necesidad de retomar el camino del Derecho civil como la vía más sensata para ayudar a que el mercado del alquiler alcance un equilibrio razonable; en concreto, se entiende que una más moderna y eficiente regulación del contrato de arrendamiento en España puede contribuir a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

PALABRAS CLAVE: Vivienda digna y adecuada; mercado del alquiler; arrendamiento; vivienda turística; intervención pública; derecho de propiedad; vivienda desocupada; función social de la propiedad.

ABSTRACT: *The main objective of this article will be to analyze the legal controversy generated by public intervention measures in essential aspects of the free rental housing market to facilitate citizens' access to adequate housing or their permanence in it. These are measures that have been approved by the Autonomous Communities, the State and town councils in recent years and that require an analysis from an interdisciplinary perspective (constitutional, civil and administrative) to determine their effectiveness and real social impact. We anticipate that this impact has been very limited and, of course, they have not contributed to improving citizens' access to adequate housing. For this reason, the need to resume the path of civil law is finally defended as the most sensible way to help the rental housing market reach a reasonable balance; Specifically, it is understood that a more modern and efficient regulation of the leasing contract in Spain can contribute to reducing existing imbalances and help to normalize this market.*

KEY WORDS: Adequate housing; rental housing market; leasing; touristaccommodation; public intervention; property rights; vacant housing; social function of property.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS MEDIDAS RECIENTES DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DEL ALQUILER.- 1. La intervención directa sobre la renta por parte de Cataluña.- 2. Las medidas aprobadas por algunas CCAA para el cumplimiento de la función social de la vivienda: en especial, el deber de destinarla a habitación y la expropiación temporal del uso de las viviendas desocupadas.- 3. El limitado alcance de la intervención del legislador estatal hasta la fecha.- 4. Otra vía de intervención pública: los límites a las viviendas turísticas por parte de las Administraciones Públicas.- A) Crítica a la afección exclusiva al uso turístico, con exclusión del uso residencial, de la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico.- B) Los instrumentos de planeamiento urbanístico como vía para incrementar la oferta de vivienda residencial limitando la vivienda turística.- 5. Los límites impuestos a las facultades de uso y disfrute desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad.- III. UNA CONCLUSIÓN Y UN CAMINO: HACIA UNA MODERNA Y EFICIENTE REGULACIÓN ESTATAL DEL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

La escasez de vivienda disponible en alquiler a precios asequibles es uno de los más acuciantes problemas sociales que existen hoy en nuestro país y una preocupación creciente para Administraciones Públicas y ciudadanos. A diario se publican en los medios de comunicación cifras sobre incrementos de los precios del alquiler, sobre todo en las grandes ciudades, que están haciendo cada vez más difícil acceder a una vivienda en alquiler a unos precios asumibles incluso por ciudadanos con rentas medias.

Por ejemplo, según el portal Fotocasa y tomando como referencia el mes de enero de 2023, la vivienda en alquiler ha experimentado un incremento mensual del 1,6% y anual del 8,7% de media en España, con algunas CCAA con subidas espectaculares (21% en Baleares, 19,8% en Canarias y 16,5% en la Comunidad Valenciana). A resultas de todo ello, el metro cuadrado se sitúa en 11,21 euros según los datos del Índice Inmobiliario de este portal¹. Y la tendencia es claramente alcista como señala un informe del portal Idealista, que fija el precio medio del metro cuadrado en alquiler en 11,7 euros en febrero de 2023² en un contexto de clara contracción de la oferta y fuerte demanda de viviendas en alquiler residencial o de larga duración.

Aparte del contexto económico general, entre los factores concretos de este desequilibrio se señalan el incremento actual de los tipos de interés, que está derivando parte de la demanda de compra de vivienda hacía el mercado

1 Datos disponibles en: <https://www.fotocasa.es/fotocasa-life/alquiler/conoce-el-precio-de-la-vivienda-en-alquiler-en-tu-zona/>.

2 <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/report/>.

• **Antonio Gálvez Criado**

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga (España). Correo electrónico: ancr@uma.es

del alquiler; el auge de las viviendas turísticas tras el COVID-19 en perjuicio de la finalidad residencial, o la sobrerregulación y los límites impuestos a los propietarios (prórrogas obligatorias extraordinarias y limitaciones a la renta y a su actualización), de manera que prefieren por ello retirarlas del mercado del alquiler tradicional, alquilar por temporada o por habitaciones e incluso poner sus inmuebles a la venta, como forma de eludir estos límites. No parece discutible que la oferta de alquiler residencial se ha reducido significativamente, sobre todo en zonas tensionadas.

No es una situación en absoluto nueva, pero es cierto que tras la pandemia del COVID-19 y la vuelta a una actividad económica de cierta normalidad se ha intensificado considerablemente. Trabajadores con salarios medios, estudiantes, jóvenes e incluso personas mayores que no disponen de una vivienda en propiedad se ven obligados a acometer cambios vitales de gran calado (cambiar su residencia, cambiar su centro de estudios, retrasar su “emancipación”) o se ven obligados a realizar un esfuerzo económico para pagar el alquiler mucho más allá de lo aconsejable y que repercute en su calidad de vida personal y familiar. Se encuentra entonces en entredicho el derecho de amplios sectores de la sociedad española a disfrutar de una vivienda (habitual) digna y adecuada al que alude el art. 47 CE como uno de los principios rectores de la política social y económica de los poderes públicos³.

Aparte de algunas de carácter coyuntural que ya se han señalado, seguramente existen causas estructurales de diversa índole que pueden ayudar a explicar el desequilibrio actual del mercado arrendaticio en España, como causas económicas, demográficas, sociales, políticas, etc., que no son fáciles de resolver en el corto plazo.

Quizás por esa situación de urgencia, lo cierto es que en los últimos años las Administraciones Públicas (Estado, CCAA y Ayuntamientos) están aprobando diversas medidas que, de manera más o menos directa, suponen una intervención pública en aspectos esenciales del mercado libre del alquiler para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada o su permanencia en la misma. Hablamos de topes o límites a las rentas, de la prórroga forzosa de los contratos, de la aprobación de normas frente a las viviendas desocupadas (así, la expropiación temporal del uso o la obligación de ofrecerlas en alquiler) o de

3 Es opinión común que el objeto del derecho protegido en el art. 47 CC es la vivienda que constituye la primera residencia de la persona: expresamente VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 23-24 (sobre el disfrute de la vivienda como contenido de este derecho, pp. 31 y ss.); implícitamente, BASSOLS COMA, M.: “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978”, *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, núm. 85, pp. 14 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, F.: “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, en AA.VV.: *Construyendo el derecho a la vivienda* (coord. por F. LÓPEZ RAMÓN), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-24. Lo mismo puede decirse respecto a los Tratados Internacionales: PÉREZ DAUDÍ, V.: “El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales”, en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.^a D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 329 y ss.

los límites impuestos a la proliferación de viviendas turísticas para potenciar el mercado del alquiler residencial. En consecuencia, también de una manera más o menos intensa y directa, estas medidas están incidiendo en las facultades de uso y disfrute de los propietarios.

El objetivo principal de este artículo es analizar desde una perspectiva interdisciplinar (constitucional, civil y administrativa) la controversia jurídica que tales medidas públicas han generado, así como su eficacia e impacto real en el mercado del alquiler. Realizada esta labor, finalmente se propondrán vías alternativas que contribuyan a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

II. ALGUNAS MEDIDAS RECIENTES DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DEL ALQUILER.

I. La intervención directa sobre la renta por parte de Cataluña.

Ante la situación descrita en nuestra introducción, una primera reacción con buena dosis de “carga política” ha consistido en implementar políticas públicas cuyo objetivo ha sido intervenir directamente el precio de los alquileres en el mercado libre y contenerlos o limitarlos (“toparlos”) en aquellos municipios o áreas que se encuentren en una situación de tensión conforme a unos determinados parámetros objetivos que sirven para fijar un precio (o índice) de referencia de las rentas de alquiler de vivienda. Siguiendo probablemente el ejemplo de ciudades como Berlín, es el camino que decidió emprender Cataluña desde la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda⁴.

La idea era limitar los precios de los alquileres destinados a residencia permanente en aquellas zonas de Cataluña en las que el mercado se encontrara tensionado por no existir una suficiente dotación de viviendas a precio asequible⁵. En estos casos los precios debían fijarse básicamente conforme a un índice de referencia aplicable a la zona en cuestión. Ello servía para limitar la renta de los nuevos contratos de arrendamiento para vivienda permanente (“renta inicial del alquiler”), pero también quedaba limitada la renta de los arrendamientos celebrados dentro de los cinco años anteriores, que no podía incrementarse, salvo

4 Esta Ley 11/2020 procede del Decreto-ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, que no fue convalidado.

5 En el preámbulo de la Ley 11/2020 se habla de “una fuerte escalada de los precios, que en Cataluña han crecido en torno a un treinta por ciento en los últimos cinco años”, que constituye una de las justificaciones de esta regulación.

algunos incrementos o actualizaciones permitidos y algunas excepciones en ambos casos. Se especificaba que esta medida era excepcional y quedaba limitada a un plazo máximo de cinco años. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la renta podía quedar también limitada por los ingresos de la unidad de convivencia del arrendatario.

Este índice de referencia de los precios de vivienda en alquiler (IRPVA) debía ser publicado por el departamento de la Generalitat competente en materia de vivienda. Además, se impuso a los propietarios la obligación de informar en todas las ofertas de arrendamiento del precio de referencia de la vivienda y de la renta consignada en el último contrato de arrendamiento (art. 13) y se otorgó a los arrendadores el derecho a obtener la restitución de las cantidades abonadas en exceso con el interés legal del dinero incrementado en tres puntos. Se completaba la regulación con la fijación de un régimen de infracciones y sanciones en caso de incumplimiento de estas obligaciones y con algunas normas de carácter procesal.

Publicada esta Ley, cincuenta diputados del grupo parlamentario popular del Congreso de los Diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la misma, que dio lugar a la STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022, 37). Sin ánimo de exhaustividad, se alegaba la vulneración de distintos preceptos constitucionales, como el art. 9.3 (principio de seguridad jurídica), el art. 33 (propiedad privada) o el art. 53.1 (reserva de ley). Sin embargo, cobra especial protagonismo la alegada vulneración del art. 149.1.8 CC, en cuanto se consideraba que la regulación autonómica invadía la competencia estatal exclusiva sobre "las bases de las obligaciones contractuales", en relación con los arts. 10.1 CE (libre desarrollo de la personalidad), 38 (libertad de empresa), 1255 CC (libertad contractual) y 17.1 LAU (libre determinación de la renta).

En concreto y respecto a este último punto, el argumento sería el siguiente: al limitarse la renta de los alquileres por el legislador autonómico se incide sobre la libertad contractual reconocida a arrendador y arrendatario para su fijación (arts. 1255 CC y 17.1 LAU) y este principio constituye una de las bases de las obligaciones contractuales a que se refiere el art. 149.1.8 CE, y por tanto, tal limitación está vetada a las CCAA.

Por esta razón, el TC analiza en primer lugar esta tacha de inconstitucionalidad, cuya procedencia determinaría la nulidad de las normas autonómicas que la contravinieran sin necesidad de entrar en el análisis de la vulneración de otros preceptos constitucionales. En efecto, entiende el TC que, con independencia de que la regulación autonómica pueda incidir sobre otros títulos competenciales como puedan ser señaladamente el referente a la vivienda o incluso afectar a derechos fundamentales, lo cierto es que la norma autonómica contiene una medida de contención del precio de la renta del alquiler que se inserta directamente en el

ámbito de la legislación civil, y más concretamente, en el de las obligaciones y contratos.

A estos efectos, el TC trae a colación la importante (y polémica) STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019, 132)⁶, sobre la determinación de lo que ha de entenderse por “bases de las obligaciones contractuales”, entendidas allí como “aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional”, es decir, normas entendidas como garantía estructural del mercado único. De hecho, esta sentencia llega a concretar la noción de “bases de las obligaciones contractuales” en los principios establecidos en los títulos I y II del Libro IV del CC⁷.

Como las bases “se refieren al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación” -dice el TC-, entre ellas es indudable que se sitúa el principio de autonomía de la voluntad que aquí se

6 La STC 132/2019, de 13 de noviembre, fue dictada a consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra tres preceptos de la Ley de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Se planteó la competencia de la Comunidad Autónoma catalana para legislar en materia de contratos y han resultado bastante discutibles sus conclusiones acerca de hasta dónde cabe admitir la “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles autonómicos tangencialmente conectados con instituciones jurídicas preexistentes al tiempo de aprobarse la CE, qué ha de entenderse por “bases de las obligaciones contractuales” (¿legislación básica?) a los efectos del art. 149.1.8 CE o a qué títulos competenciales corresponde la legislación de Derecho privado en materia de contratos con consumidores (¿Derecho civil, Derecho mercantil?). De hecho, esta sentencia contó con un total de cuatro votos particulares y cinco magistrados discrepantes del parecer de la mayoría.

7 Así se establece en el FJ 6 de la STC 132/2019:

“Dicho esto, también hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores.

En definitiva, hemos de afirmar que cuando el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional.

Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia”.

Sobre esta concreta cuestión en la STC 132/2019, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P.: “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat”, *Revista de Derecho Civil*, 2019, núm. 4, pp. 26 y ss. (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).; ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 260 y ss. (<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.01>).

concreta en la libre determinación de la renta (art. 17.1 LAU), de manera que la legislación autonómica impugnada vulnera la distribución competencial establecida en el art. 149.1.8 CE relativa a las bases de las obligaciones contractuales. Con ello quedan afectados también el art. 10.1 CE en cuanto libertad individual derivada del principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, el art. 1.1 CE o el 38 CE en sus aspectos económicos. En conclusión, la STC 37/2022, de 10 de marzo, termina declarando contrario a la CE el sistema de limitación de precios al alquiler de vivienda permanente establecido por la Ley de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre.

Por conexión o consecuencia, el TC también declara inconstitucionales todas aquellas previsiones de la Ley 11/2020 que se refieren a tales límites a las rentas de los contratos. Por tanto, se declaran nulos aspectos centrales que habían regulado el contrato de arrendamiento: objeto y ámbito de aplicación (art. 1), los ya reiterados sobre la determinación de la renta inicial del alquiler (art. 6), y la determinación del precio de referencia (art. 7), actualización de la renta (art. 8), gastos generales y de servicios individuales (art. 9), arrendamiento de viviendas nuevas o rehabilitadas (art. 10), obras de mejora (art. 11), reembolso de cantidades percibidas en exceso (art. 12), deber de informar sobre el régimen de contención de rentas en las ofertas de arrendamiento de viviendas en áreas con mercado de vivienda tenso (art. 13).

No obstante, el TC no otorgó efectos retroactivos a su resolución, sino solo "pro futuro", manteniendo en sus términos los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad.

Menos de un mes después de la STC 37/2022, recayó la STC 57/2022, de 7 de abril (RTC 2022, 57), dictada también frente a diversos preceptos de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre de Cataluña, pero en este caso a consecuencia de un recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno por invasión de las competencias del Estado establecidas en el art. 149.1.8.^a, 6.^a y 13.^a CE. Como los preceptos antes mencionados coincidían con los examinados y anulados por la STC 37/2022, el TC se remitió a lo ya establecido en ella en el punto que ahora interesa.

Con posterioridad se dictó también la STC 118/2022, de 29 de septiembre (RTC 2022, 118), en la que se declaró nulo el artículo 4 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler, que introdujo un nuevo apartado en el art. 9 de la Ley 11/2020. Lógicamente, el TC se ha pronunciado en este caso reiterando los mismos argumentos ya desarrollados por la STC 37/2022 en la que ya declaró inconstitucional este precepto concreto.

Por otra parte, debe citarse la STC 150/2022, de 29 de noviembre (RTC 2022, 150), recaída tras el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con las letras a) y b) del art. 2.1 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados. En este caso, las limitaciones impuestas a la renta en caso de falta de acuerdo entre los contratantes lo eran respecto a locales de negocio y durante la pandemia del COVID-19, pero la argumentación del TC es la misma que la sentada en su sentencia 37/2022 y por ello declara la inconstitucionalidad de estas normas sobre la base de la ausencia de competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Queda claro, como conclusión, que una Comunidad Autónoma no cuenta con competencia para limitar de forma directa la libertad de los contratantes para fijar la renta de los arrendamientos de vivienda libre.

2. Las medidas aprobadas por algunas CCAA para el cumplimiento de la función social de la vivienda: en especial, el deber de destinarla a habitación y la expropiación temporal del uso de las viviendas desocupadas.

En los últimos años y ante el problema de escasez de vivienda disponible en alquiler residencial o de larga duración, un amplio número de CCAA ha decidido, como una línea básica de actuación de su política de vivienda, combatir intensamente el fenómeno de las viviendas vacías, desocupadas o deshabitadas. La técnica básica utilizada ha sido la de establecer el deber legal del propietario de destinar la vivienda vacía a habitación, como un deber derivado de su función social, íntimamente vinculado al también deber de mantener su habitabilidad (conservación). Esta función social sería una parte integrante del derecho de propiedad mismo, que lo delimita, de manera que se trataría de uno de los tradicionales “límites” internos de la propiedad (o de las facultades del propietario) frente a las llamadas “limitaciones” externas, en la terminología doctrinal tradicional⁸.

8 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, Tomo III (*Derecho de bienes*), Vol. I (*Parte general y derecho de la propiedad*), Bosch, Barcelona, 1994, pp. 261-262; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 66; COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 198-203; BARRAL VIÑALS, I.: “Viviendas desocupadas procedentes de ejecución hipotecaria en manos de entidades bancarias: reformulando la función social de la propiedad de la vivienda”, en AA.VV.: *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho Privado europeo* (coord. por E. LAUROBA LACASA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 465 y ss.; PADIAL ALBÁS, A.: “La configuración de la propiedad en el Derecho civil catalán”, en AA.VV.: *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el Derecho civil de Cataluña* (coord. por A. PADIAL ALBÁS/ M.ª D. TOLDRA ROCA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39-43; PONS CÁNOVAS, F.: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 74-78. Desde una perspectiva que pretende superar esta distinción, el CC de Cataluña habla simplemente de “restricciones” y la función social de la propiedad no afecta a la propiedad como institución, sino al ejercicio de las facultades dominicales (arts. 541-1 y 541-2): ROCA I TRIAS, E., en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. IV (*Drets reals*), (dir. por L. PUIG FERRIOL/ E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 257-259; PADIAL ALBÁS, A.: “La configuración”, cit., pp. 33-34.

El incumplimiento de este deber puede dar lugar a variadas consecuencias, como multas o sanciones, la obligación de ofrecerlas viviendas en alquiler a determinadas personas (así, alquiler obligatorio en caso de ejecución hipotecaria o desahucio, en ocasiones con opción de compra o en la forma de alquiler social), e incluso la expropiación temporal del uso (o usufructo) de la vivienda. Naturalmente, muchas de estas normas han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, y el TC ha tenido que ir marcando el camino permitido a las CCAA conforme a sus competencias⁹. Realizaremos a continuación una exposición cronológica de las sentencias recaídas en esta materia.

El primer caso que debe mencionarse es el conocido por la STC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 93), dictada para resolver un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 1 y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía. Dicho precepto dio nueva redacción a varios artículos de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía y se impugnaban estos artículos¹⁰.

En resumen, el recurrente alegaba que estas normas eran inconstitucionales por tres razones principales: a) porque se habían aprobado mediante un decreto-ley, sin que se hubiere justificado la situación de extraordinaria y urgente necesidad; b) porque afectaban al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE) y a la reserva de ley para regular este derecho (art. 53.1 CE); y c) por invadir las competencias atribuidas al Estado por las cláusulas 1.ª, 8.ª y 13.ª del art. 149.1 CE.

En lo que aquí interesa, las normas recurridas fueron aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el contexto de la emergencia social y económica causada por la llamada “Gran Recesión” que se produjo en España a partir del año 2008. Las ejecuciones hipotecarias por impago de los préstamos contratados en los años previos y los procesos de desahucio y lanzamiento se multiplicaron y provocaron auténticas situaciones de alarma y drama social porque miles de personas perdían sus viviendas, que terminaban en manos de las entidades bancarias ejecutantes o sus filiales inmobiliarias. Con posterioridad a la interposición de este recurso, la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía, derogó el Decreto-ley 6/2013, de manera que el TC enjuició solamente aquellas normas que se mantenían en dicha ley.

9 Puede verse una exposición de algunos de los casos más relevantes en GARRIDO MAYOL, V.: “Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda”, en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.ª D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.286-294.

10 Ampliamente sobre esta legislación andaluza y su influencia en la normativa aprobada posteriormente por otras CCAA, IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: “Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal”, en AA.VV.: *Reflexiones sobre la vivienda en España* (dir. por F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ/ F. GONZÁLEZ GARCÍA), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 20-26.

En este contexto, el art. 1.3 de la Ley de vivienda de Andalucía quedó redactado así: “*Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística”, de manera que el incumplimiento de este deber conllevaba la comisión de una infracción administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias¹¹. Para el TC estaba claro que la parte aquí subrayada del precepto establecía una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no simplemente de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, y que además, tenía por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por este motivo, entiende el TC que se sobrepasaron los límites materiales del decreto-ley por tratarse de una materia reservada a ley formal (art. 53.I CE), y por ello la parte subrayada fue declarada contraria a la CE. En coherencia con ello, declaró también inconstitucionales el art. 53.I a), que tipificaba como infracción muy grave no dar efectivo uso de habitación a la vivienda siempre que su titular fuera una persona jurídica, así como los apartados 5 y 6 del art. 25, que también se referían a la potestad sancionadora en relación a las viviendas deshabitadas (en el caso de las personas físicas las medidas eran otras y no las sancionadoras).

Este art. 25 establecía la definición de vivienda deshabitada como aquella que no se destinara al uso residencial previsto por la legislación aplicable durante un plazo de seis meses consecutivos en el curso de un año y el TC mantuvo la constitucionalidad del resto de este precepto siempre que se interpretara simplemente como un instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler y no como afectación al art. 33 CE, por lo que no quedaba afectado por la reserva de ley. En definitiva, la categoría de “viviendas deshabitadas” no tenía más transcendencia que convertir a tales viviendas en destinatarias de las políticas de fomento de la legislación andaluza¹².

11 Como señala IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: “Una visión”, cit., p. 23, el antecedente de esta norma hay que buscarla en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña. En concreto, el art. 3d) contenía la definición de “vivienda vacía” (la desocupada permanentemente durante más de dos años), el art. 41a) incluía a las viviendas desocupadas dentro de las situaciones de utilización anómala de una vivienda, y finalmente, el art. 123.1 tipificaba esta situación como infracción muy grave. También ampliamente sobre la Ley 18/2007 de Cataluña, PONCE SOLÉ, J.: “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, 2008, núm. 7, pp. 179 y ss.; BARRAL VIÑALS, I.: “Viviendas desocupadas”, cit., pp. 466 y ss.

12 Este pronunciamiento de la STC 93/2015 permite concluir a MOREU CARBONELL, E.: “Viviendas vacías”, en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (dir. por M.ª T. ALONSO PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 37, que “En definitiva, es conforme a la Constitución española que una comunidad autónoma establezca deberes inherentes a la función social de la propiedad de la vivienda para atender a los intereses generales relacionados con la garantía de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (...) La imposición de un deber de destinar la vivienda a uso habitacional, es decir, obligar a los propietarios de viviendas a que las mantengan ocupadas, es un límite inherente a la función social de la propiedad que no

Por otra parte, estaba la impugnación de la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013 (que se correspondía con la disposición adicional primera de la Ley 4/2013). Esta disposición venía a establecer una “declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social”, y resultaba aplicable a las viviendas que hubieran sido objeto de ejecución hipotecaria por parte de entidades financieras cuando dichas entidades, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, hubieran sido sus adjudicatarias. En estos supuestos, se preveía la expropiación forzosa, con su correspondiente indemnización, del uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado en un proceso de desahucio por parte del órgano judicial competente, a favor de las personas que tenían su residencia habitual en dicha vivienda y se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad social conforme a unos requisitos establecidos.

En este caso, el TC entendió que la norma autonómica impugnada constituía un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplinaba en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según el TC, este era el parámetro que debía tenerse en cuenta para examinar si la disposición impugnada había invadido el ámbito competencial atribuido al Estado por el art. 149.1.13.^a CE. No obstante, esta declarada incompatibilidad entre la norma andaluza y la nacional y las limitaciones así impuestas a las competencias autonómicas fue objeto de reiterada crítica en los tres votos particulares formulados a esta sentencia.

A continuación, el TC tuvo que abordar un recurso de inconstitucionalidad en relación a diversos preceptos de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra, según la redacción dada a los mismos por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda de Navarra. En este caso, los preceptos impugnados tenían un contenido casi idéntico a los de la ley andaluza antes referida, el recurrente era también el Presidente del Gobierno y los argumentos esgrimidos por este eran también similares.

Por esta razón y tal y como se había hecho con la ley andaluza, la STC 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16) declaró inconstitucionales los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la ley navarra, que se correspondían

transforma el contenido esencial de tal derecho y que, como tal, no resulta indemnizable” (cursiva correspondiente a negrita del autor citado; sobre esta STC 93/2015, vid. pp. 36-37).

Sobre las legislaciones autonómicas acerca de las viviendas desocupadas y la obligación de destinarlas a uso habitacional vid. también ANDERSON, M.: “La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 38, pp. 104-105.

casi literalmente con la disposición adicional primera de la Ley 4/2013 andaluza. La diferencia más apreciable entre ambas disposiciones es que en la ley navarra se preveía una expropiación del uso por un tiempo máximo de cinco años (en la andaluza eran tres) a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano judicial competente o desde que finalizara la suspensión del lanzamiento en aplicación de legislación estatal sobre suspensión de los procedimientos de desahucio (esto último era otra diferencia).

Lo más relevante de esta STC 16/2018 fue que el TC sí se pronunció directamente en esta ocasión sobre el fondo de la constitucionalidad del deber de destinar las viviendas a uso habitacional. El nuevo art. 42 bis (apartados 1 y 2) de la Ley Foral 10/2010 establecía una definición de vivienda deshabitada (en general, la desocupada más de seis meses en el curso de un año) y se preveía la tipificación como infracción grave el hecho de no dar efectiva habitación a la vivienda durante dos años siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica; en definitiva, se venía a establecer un deber de destinar la vivienda a habitación. Las normas seguían, como decimos, prácticamente de forma literal a las normas andaluzas impugnadas con anterioridad.

Sin embargo, el TC entendió que estas previsiones de la ley navarra que establecen el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, teniendo en cuenta el contexto normativo en que se insertan, no se configuran como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, de manera que no puede afirmarse que formen parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad al que se refiere el art. 33 CE. Por este motivo, tales previsiones, así interpretadas, fueron declaradas conformes con la CE, como ya había hecho con la mayor parte del art. 25 del Decreto-ley 6/2015 andaluz.

Parece que esta interpretación de las normas impugnadas para que fueren conformes a la CE obtuvo el consenso en el TC, pues a partir de esta sentencia las resoluciones sucesivas sobre la misma cuestión cuentan con la unanimidad en el Alto Tribunal y no se presentan votos particulares¹³.

13 Debe precisarse que estas leyes autonómicas que se citan excluyen habitualmente del concepto de "vivienda vacía" las segundas residencias, la vivienda vacacional y la vivienda de temporada, aunque no constituyan vivienda habitual o permanente. Esto nos parece muy correcto y razonable, de manera que no compartimos la opinión de MOREU CARBONELL, E.: "Viviendas vacías", cit., pp. 40-41, en el sentido de entender que cualquier otro uso distinto de la vivienda como residencia habitual de sus propietarios o de terceros es un uso no amparado en el contenido esencial del derecho de propiedad. Por eso este autor defiende que las leyes autonómicas deberían incluir este tipo de viviendas en el concepto de "vivienda vacía", pues a su juicio se trata de viviendas con fines de inversión e indican que una parte importante del patrimonio residencial está infrutilizado (esta idea es ratificada en la p. 50). La posición de este autor solo se entiende teniendo en cuenta la base de la que parte, que no es otra que defender (en contra de los pronunciamientos del TC) que es incorrecto afirmar que el propietario puede decidir el uso que quiere dar a su vivienda, estando obligado a destinarla a uso residencial (habitual). No alcanzamos a entender cómo se llega a semejante conclusión a partir de algunos datos estadísticos, como que el 75% de quienes compran o quieren comprar una vivienda tienen la intención de utilizarla como

De esta forma, el TC tenía totalmente allanado el terreno para la STC 32/2018, de 12 de abril (RTC 2018, 32), que resolvió un nuevo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía, y que traía causa del Decreto-ley 6/2013 ya analizado en la STC 93/2015. El primer recurso se interpuso el día 9 de julio de 2013 y el segundo el día 18 de diciembre del mismo año.

En esta ocasión y como había hecho en la STC 16/2018, el TC tuvo que abordar la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 4/2013 desde la perspectiva de su afectación al derecho de propiedad, lo que no había hecho en la STC 93/2015, puesto que en este caso la declaración de inconstitucionalidad se debió a que los preceptos impugnados habían sido aprobados a través de un decreto-ley (el Decreto-ley 6/2013) y no de una ley formal.

El TC mantiene la inconstitucionalidad de la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, como había hecho con similar norma del Decreto-ley 6/2013 porque la medida consistente en la expropiación temporal del uso resultaba incompatible con las medidas adoptadas por el Estado ex art. 149.1.13.^a CE. Sin embargo y como decimos, ahora debe abordar abiertamente y como parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda, la cuestión del deber de destinar la vivienda al uso habitacional previsto en esta regulación (arts. 1.3 y 25 de la Ley 4/2013). Como fácilmente puede suponerse con los antecedentes previos, el TC se pronunció en términos semejantes a como lo había hecho con el art. 42 bis de la Ley navarra: la norma debe ser interpretada como parte integrante de las actuaciones de fomento de la Comunidad Autónoma andaluza para promover el uso social de las viviendas y no como la imposición de un contenido esencial del derecho de propiedad¹⁴.

Por la misma razón, las normas autonómicas que tipificaban como infracción administrativa el incumplimiento de este deber e imponían las correspondientes sanciones también se consideran simplemente parte de la política de vivienda de la Comunidad Autónoma. Teniendo en cuenta las cuantías de estas sanciones

vivienda habitual. Semejante conclusión convierte absurdamente a todas las viviendas destinadas a segundas residencias, alquileres turísticos y alquileres de temporada en supuestos de flagrante incumplimiento de la función social de la propiedad.

14 Los términos exactos utilizados por la sentencia son:

“En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber “forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad” y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el Abogado del Estado”.

(hasta 9.000 euros) y tal y como se alegaba en alguno de los motivos de impugnación, a las personas jurídicas propietarias de viviendas deshabitadas les saldría más barato tenerlas ocupadas sin cobrar el alquiler (por los anteriores propietarios desahuciados, por ejemplo) que tenerlas deshabitadas y pagar las multas. Probablemente esa era la medida más efectiva, pues Andalucía no contaba en esos momentos con presupuesto para llevar a cabo la expropiación forzosa del uso de las viviendas deshabitadas y el pago del justiprecio (el presupuesto previsto eran los intereses y recargos generados por los depósitos de las fianzas de los arrendamientos y los suministros en Andalucía, aparte de una pequeña contribución a cargo de los beneficiados por esta medida).

La doctrina sentada, de forma unánime, en las anteriores resoluciones vuelve a reiterarse con posterioridad con ocasión de nuevos recursos de inconstitucionalidad presentados por el Presidente del Gobierno frente a normas con un contenido y medidas similares aprobadas sucesivamente por otras CCAA, en resoluciones que casi se limitan a traer a colación las sentencias previas y ratificar su doctrina. Así ocurrió con la STC 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43), dictada en relación con la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Las medidas aprobadas son, como decimos, idénticas (obligación de destinar la vivienda a uso residencial, definición de viviendas deshabitadas, imposición de sanciones en este caso y expropiación temporal del uso) y la fundamentación y decisión del TC es la misma, como decimos.

En esta línea puede citarse también la STC 97/2018, de 19 de septiembre (RTC 2018, 97), que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad de la Presidenta del Gobierno en funciones frente a varios artículos de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco. Las normas que aquí interesan eran muy similares a las aprobadas previamente por Navarra, Andalucía y Canarias en cuanto al deber de dar uso habitacional efectivo a la vivienda derivado de la función social de la propiedad e incumplimiento de este deber en el caso de las viviendas desocupadas. La declaración como vivienda deshabitada daba lugar a una batería de medidas entre las que se encontraban básicamente la expropiación forzosa del uso temporal de la vivienda por un tiempo máximo de tres años, el alquiler forzoso (como un supuesto de expropiación forzosa sin más y no vinculado a la expropiación del uso) y sanciones pecuniarias.

El TC declaró otra vez la inconstitucionalidad de las normas relativas a la expropiación forzosa del uso temporal de viviendas incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria o arrendamiento y sin solución habitacional, pero no así las relativas al alquiler forzoso o las sanciones pecuniarias.

También la STC 106/2018, de 4 de octubre (RTC 2018, 106), en este caso dictada en un recurso similar frente a la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura, llega a las mismas conclusiones y resultado en una sentencia bastante breve y que se limita a reiterar lo anterior, con la salvedad de que la expropiación prevista se refería al usufructo temporal y no al derecho de uso. Sobre esta cuestión se volverá después con más detenimiento.

Otro tanto puede decirse de la STC 8/2019, de 17 de enero (RTC 2019, 8), dictada para dar respuesta a la impugnación de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016 de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial. Aunque el recurso era mucho más amplio, el desistimiento parcial del Gobierno del Estado (explicable porque se produjo un cambio de gobierno en España) hizo que finalmente solo se impugnara el art. 17 de esta Ley, que recogía la expropiación del uso de las viviendas en caso de compensación o dación en pago por parte de sus propietarios en situación de exclusión y sin una alternativa habitacional. El Alto Tribunal declaró inconstitucionales los apartados 3, 4 y 5 del precepto, que recogían esta expropiación.

Entre los preceptos cuya impugnación fue objeto de desistimiento deben señalarse el art. 15 (referido a la expropiación forzosa del uso por incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas vacías) y el art. 16 (sobre la obligación de ciertos propietarios de ofrecer a los ocupantes en riesgo de exclusión el realojo en una vivienda de su titularidad). Sobre estos preceptos se volverá más tarde, porque quedaron afectados por dos SSTC: la 16/2021, de 28 de enero (RTC 2021, 16) y la 57/2022, de 7 de abril (RTC 2022, 57).

Alguna novedad presenta la STC 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80), dictada tras la impugnación de algunos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana. En este caso y junto a las medidas ya reiteradas, existían dos puntos de interés: a) se preveían algunas medidas en relación al proceso de ejecución hipotecaria sobre viviendas, y entre ellas, un contrato de arrendamiento obligatorio con opción de compra entre la entidad financiera adjudicataria y el anterior propietario ejecutado en riesgo de exclusión (art. 12), y b) la expropiación forzosa en este caso se refería al derecho de usufructo sobre la vivienda (no solo al uso).

La expropiación del uso de nuevo se declara nula por inconstitucional sobre la base del art. 149.1.13.ª CE. También algunas medidas claramente procesales se declaran inconstitucionales y nulas por contrarias al art. 149.1.6.ª CE, pero respecto al contrato de arrendamiento obligatorio la cuestión es más compleja. Se preveía que esta medida pudiera ser efectiva una vez finalizado el proceso de ejecución hipotecaria y sin perjuicio de otras establecidas en la legislación estatal para la

protección de los deudores hipotecarios (como la suspensión o moratoria de los lanzamientos y el alquiler social), y se contaba asimismo para ello con la financiación de la propia Comunidad para el pago del alquiler en la cuantía ya concretada en la propia normativa autonómica). No obstante, debe añadirse que, en caso de ejercicio de la opción de compra, se establecía que las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario original serían consideradas cantidades pagadas a cuenta de precio establecido.

En principio, el TC entiende esta medida como sucesiva y complementaria de las medidas estatales, no coincidentes (ni contradictorias, por tanto), pero considera que es necesario analizar si la norma autonómica impugnada (el art. 12) tiene o no virtualidad para menoscabar las medidas de política económica aprobadas por el Estado al amparo del art. 149.1.13.ª CE. El problema es que el apartado 4 del precepto valenciano prevé la expropiación del usufructo de la vivienda en caso de negativa del adjudicatario a suscribir el contrato de alquiler obligatorio, y ya sabemos que esta medida viene siendo reiteradamente declarada inconstitucional.

En esta situación y reiterada dicha inconstitucionalidad, la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de este deber sería la comisión de una infracción administrativa y la imposición de una multa (de 3.001 a 30.000 euros en este caso). De nuevo y respecto a la imposición de sanciones económicas, el TC avala esta medida porque la incardina dentro de la acción de fomento de las CCAA en materia de vivienda y entiende que, aunque puede incidir negativamente en la valoración de los activos de las entidades financieras y en su solvencia, los efectos serían muy limitados.

Sin embargo y en este punto, resulta de interés el voto particular formulado por el magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho, al que se adhirió D. Santiago Martínez-Vares García. Entendían estos magistrados que la expropiación forzosa del usufructo prevista en la Ley valenciana (art. 13) producía los mismos efectos que el arrendamiento forzoso establecido en el art. 12, y coincidían también sus ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo, de manera que entendían que todas estas consecuencias sancionadoras deberían haber seguido la misma suerte¹⁵.

15 Las palabras exactas del voto particular son:

“(…) Expropiación y arrendamiento forzosos son, por tanto, simplemente dos técnicas alternativas para conseguir el mismo resultado, y por ello merecedoras de un mismo trato. Es más, apurando el examen de los preceptos legales citados, puede concluirse que el régimen del arrendamiento forzoso del artículo 12 es incluso más gravoso para el propietario que la expropiación de uso del artículo 13 y anexo I, pues a diferencia de lo que sucede en el caso de la expropiación, la inicial privación temporal del uso de la vivienda por la constitución del arrendamiento puede convertirse en una privación definitiva de la plena propiedad si el arrendatario ejerce su derecho de opción de compra establecido en la ley, con precio tasado e imputando al mismo las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario original, un efecto que no se prevé en caso de expropiación de uso temporal en el artículo 13”.

ANDERSON, M.: “La doble dimensión”, cit., p. 107, pone de relieve precisamente el especial interés de este voto particular y la incoherencia de la decisión de la mayoría al distinguir a efectos de constitucionalidad

Se entendía en el voto particular que la regulación diferente y más gravosa del mismo instituto de arrendamiento forzoso (como obligación nueva) efectuada por una Comunidad Autónoma menoscababa la competencia del Estado, amparada en el artículo 149.1.13 CE, para regular el sistema financiero por la importancia de este para el funcionamiento de la economía en su conjunto, de manera que el art. 12 debería haber sido declarado inconstitucional en su totalidad.

En el caso resuelto por la STC 16/2021, de 28 de enero (RTC 2021, 16), el 19 de junio de 2020 un total de ochenta y seis diputados del grupo parlamentario popular del Congreso interpusieron, en lo que aquí interesa, un recurso de inconstitucionalidad contra un importante número de artículos del Decreto-ley del Gobierno de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. El recurso era bastante complejo y eran varias las leyes y cuestiones jurídicas planteadas, pero nos centraremos básicamente en las tres siguientes en relación con la Ley mencionada:

a) El incumplimiento de la función social de la propiedad por no destinarla a una finalidad habitacional (con una nueva definición de “vivienda vacía” como aquella desocupada de forma permanente e injustificada durante más de dos años¹⁶) y con la regulación de las consecuencias del incumplimiento de esta función social. Estas podían ir desde multas (incluso coercitivas que en el caso de las personas jurídicas podían llegar hasta al 50% del valor de la vivienda), la expropiación forzosa de la vivienda o la obligación mencionada en el punto siguiente.

b) Vinculado al punto anterior como decimos, se establecía la obligación de ofrecer un alquiler social a determinados inquilinos. Esta obligación de ofrecer un alquiler ya había sido introducida en Cataluña desde la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética¹⁷. Sin embargo, ahora se ampliaba a otros sujetos y supuestos, también se ampliaba su duración a la establecida en la LAU (cinco y siete años, cuando anteriormente eran tres), y además y como otra novedad, se establecía como requisito procesal para interponer acciones judiciales de ejecución hipotecaria y de desahucio.

c) La obligación de los agentes que intervienen en el mercado de alquiler y a los arrendadores de hacer constar en la publicidad, en las ofertas de alquiler y en

entre expropiación del usufructo temporal y alquiler (social) forzoso. Esta autora señala que probablemente en la decisión de la mayoría incidiera el hecho de que, calculada la renta del alquiler conforme a la norma autonómica impugnada, la cantidad era similar a una renta de mercado en ese momento y el obligado a su abono era la Generalitat Valenciana.

16 Incluso se preveía que “en el caso de transmisión de la vivienda, el nuevo propietario se subroga en la posición del anterior a efectos de asumir las consecuencias del incumplimiento de la función social de la propiedad, con independencia de cuándo se inició la desocupación”.

17 Vid. al respecto, BARRAL VIÑALS, I.: “Viviendas desocupadas”, cit., pp. 480-482.

los contratos de arrendamiento que suscriban un índice de referencia del precio del alquiler de viviendas.

Las cuestiones a) y b), vinculadas a la función social de la propiedad plantean al TC la necesidad de determinar si esta regulación estaba permitida a un decreto-ley como era el impugnado (por afectar al derecho de propiedad en relación a la reserva de ley del art. 53.I CE) y para ello este Tribunal realiza este enjuiciamiento sobre la base de la doctrina ya sentada en la STC 93/2015 en relación al Decreto-ley andaluz 6/2013. En este caso, llega a la conclusión de que el Decreto-ley 17/2019 de Cataluña excede el marco permitido a los decretos-leyes en dicha sentencia, puesto que los preceptos impugnados van mucho más allá de establecer medidas de fomento en materia de vivienda, limitando de forma intensa las facultades del propietario¹⁸.

En consecuencia, el TC declara contrarios a la CE todos los preceptos que sirven de base a las cuestiones a) y b) señaladas. Respecto a la tercera cuestión (obligación de hacer constar el índice de referencia del precio del alquiler), el Decreto-ley impugnado establecía como consecuencia jurídica de su incumplimiento su tipificación como infracción leve (multa de 3.000 a 9.000 euros) y la imposibilidad del arrendador de beneficiarse de las ayudas públicas para el fomento del alquiler; pero no afectaba a la validez y obligatoriedad del contrato. Precisamente por este motivo, la medida se incluye entre las competencias autonómicas en materia de “policía administrativa” o de “disciplina del mercado” y no interfieren en las relaciones privadas, de manera que el recurso es desestimado en este punto. Debe tenerse en cuenta también que el propio Estado había arbitrado un índice de referencia de las rentas en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y permitía que las CCAA lo complementaran.

Con posterioridad al Decreto-ley 17/2019 y antes de recaer la STC 16/2021, el Gobierno de Cataluña aprobó el Decreto-ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19. En él reiteró, con algunas modificaciones, como requisito previo al ejercicio de acciones ejecutivas la acreditación de que se ha efectuado una oferta de alquiler social, que también interrumpe los procesos iniciados sin acreditar

18 STC 16/2021:

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

Sobre esta STC 16/2021, ANDERSON, M.: “La doble dimensión”, cit., pp. 109-111.

dicha oferta y que suspende los lanzamientos durante la vigencia del estado de alarma o restricciones de movilidad a causa de este virus.

Estas normas fueron impugnadas por el Presidente del Gobierno por considerar que ello vulneraba la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art. 149.1.6.^a CE) y recayó la STC 28/2022, de 24 de febrero (RTC 2022, 28). En ella, el Alto Tribunal declara inconstitucionales los preceptos que se refieren a la obligación de acreditar la realización de una propuesta de alquiler social como requisito procesal para el ejercicio de acciones ejecutivas (o su suspensión) por este motivo. La misma suerte corrió la previsión también establecida en el precepto impugnado que suspendía los lanzamientos durante el estado de alarma o las restricciones de movilidad.

Por último, la STC 57/2022, de 7 de abril, ya referida respecto a otras cuestiones, insistió en la inconstitucionalidad de estos requisitos procesales previos establecidos por la Ley 24/2015.

3. El limitado alcance de la intervención del legislador estatal hasta la fecha.

Cabe preguntarse si el legislador estatal, que ha sido declarado competente para adoptar algunas de las medidas anteriores vetadas a las CCAA, ha hecho uso efectivo de esta competencia, al menos en fechas recientes. En este sentido, son conocidas algunas medidas tomadas por su parte para hacer frente a la pandemia del COVID-19 desde marzo de 2020.

Las primeras de ellas fueron introducidas por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Esta norma afectó a los arrendamientos de vivienda habitual entonces vigentes en tres puntos: a) la suspensión de los desahucios y lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional durante un periodo máximo de seis meses (art. 1); b) la posibilidad de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento durante un periodo máximo de seis meses a solicitud del arrendatario (art. 2); y c) una moratoria de la deuda arrendaticia para los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19 (arts. 3 y ss.)¹⁹.

19 Ampliamente sobre esta legislación COVID-19: NASARRE AZNAR, S.: "Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 281 y ss. (doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02>); GARCÍA RUBIO, M.^a P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, 2020, núm. 2 especial, pp. 15-46; QUICIOS MOLINA, M.^a S.: "Covid y arrendamientos de vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario 2021, Tomo II, pp. 183 y ss.

En este último caso y cuando los arrendadores fueran una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor²⁰, entonces y a falta de acuerdo entre las partes, se concedía a los arrendatarios la facultad de elegir entre una reducción del 50% de la renta durante un máximo de cuatro meses o un aplazamiento de las rentas por idéntico plazo máximo con la obligación de abonarlas fraccionadamente durante un plazo posterior no inferior a tres años sin penalización y sin intereses (art. 4). En caso de que el arrendador no estuviera incluido en los supuestos del precepto anterior y salvo que el arrendador aceptase un aplazamiento o condonación de la deuda, entonces el art. 8 permitía al arrendatario en situación de vulnerabilidad económica acceder a un programa de ayuda pública de financiación para el pago de esta deuda.

Como es sabido, con posterioridad el Gobierno del Estado ha ido reiterando en el tiempo la prórroga “extraordinaria” de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, así como el aplazamiento de la deuda arrendaticia a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad en contratos celebrados con entidades públicas o grandes tenedores. Así lo estableció el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (disposición final novena), el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (disposición final cuarta) y otras posteriores.

Ninguna de estas medidas, que sepamos, ha sido cuestionada ante el TC, y desde luego, la finalidad de las mismas no fue la intervención pública en un mercado arrendaticio tensionado y con escasa vivienda disponible. Su finalidad fue proteger a los arrendatarios actuales de vivienda habitual, sobre todo aquellos que se encontraban en una situación de vulnerabilidad económica (reducción de ingresos) a consecuencia del COVID-19, en dos aspectos básicos: uno, prorrogando la duración de los contratos de arrendamiento vigentes, y otro, ayudándoles al pago de la deuda arrendaticia mediante la rebaja temporal de la renta o su aplazamiento.

Es evidente que durante la fase más grave de la pandemia no existían los actuales problemas de tensionamiento de los precios de los alquileres o dificultades para acceder a una vivienda por escasez en el mercado, sino que los problemas derivaban sobre todo de las dificultades económicas generadas por una crisis sanitaria para el pago de las rentas o la necesidad de otorgar estabilidad habitacional a los arrendatarios en esa situación.

20 Se entendía por “gran tenedor” toda persona física o jurídica que fuera titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m².

La cuestión no es muy diferente cuando se inicia la guerra de Ucrania el día 24 de febrero de 2022. Entonces se intensifica significativamente la escalada general de los precios que ya se había iniciado con anterioridad, incluidos los precios de los alquileres, que han de actualizarse conforme a las previsiones contractuales que habitualmente remiten al Índice de Precios al Consumo. Téngase en cuenta que en España el IPC (anual) se situó en enero de 2022 en el 6,1%, en febrero en el 7,6%, en marzo en el 9,8%, en abril en el 8,3%, en mayo en el 8,7%, en junio en el 10,2%, en julio en el 10,8%, en agosto en el 10,5% y en septiembre en el 8,9%. A partir de ahí se inicia una desaceleración que lleva al 5,7% en diciembre de 2022.

Como puede apreciarse, en marzo de 2022 el IPC roza ya las dos cifras y durante el verano de ese año supera el 10%. Ante esta situación, el Gobierno aprueba en marzo el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Entre esas medidas, el art. 46 recoge una "limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda" hasta el 30 de junio de 2022.

Conforme a este precepto, la idea es que la actualización de las rentas se lleve a cabo conforme al Índice de Garantía de Competitividad (IGC) y no conforme al IPC, salvo acuerdo entre las partes, aunque en el caso de que el arrendador sea un gran tenedor no se permite que mediante el acuerdo pueda excederse dicho índice.

Debe decirse que este IGC está previsto desde 2015 en el párrafo segundo del art. 18.ILAU, de manera que será el índice que habrá de tomarse en consideración para la actualización de la renta cuando existiere en el contrato de arrendamiento un pacto expreso de actualización, pero no se detalle el índice o metodología de referencia. El IGC se introdujo por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y para entender su funcionamiento debemos tener muy presente su preámbulo, donde se explica que en la práctica supone una limitación al 2%, que es el objetivo a medio plazo de la inflación anual del Banco Central Europeo.

En otras palabras, la actualización de la renta en los arrendamientos de vivienda conforme al IGC supone su limitación al 2%, aunque el IGC sea superior (de hecho, en el periodo de noviembre 2021 a noviembre de 2022 se situó en el 8,17% según el INE). Con posterioridad, el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, ha mantenido la misma limitación del 2% para los contratos cuyas rentas hayan de actualizarse hasta el día 31 de diciembre

de 2022. Y lo mismo el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, que la mantiene hasta el 30 de junio de 2023. Lo mismo ha sido reiterado por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, cuya disposición adicional sexta señala la misma fecha.

Sin embargo y como puede comprobarse, la intervención pública estatal en el mercado arrendaticio a consecuencia de la guerra de Ucrania tampoco en este caso tiene como objetivo fomentar la disponibilidad de vivienda residencial a precios asequibles o intervenir el mercado con esta finalidad. La pretensión de estas normas es mucho más modesta y se trata simplemente de limitar la actualización de la renta sobre vivienda habitual conforme a las previsiones del contrato porque el índice generalmente pactado (el IPC) ha alcanzado unas cifras desconocidas en los últimos 35 años y que responden a un contexto económico actual ajeno al mercado de la vivienda. En esta situación, el Estado interviene para proteger a los actuales inquilinos de vivienda habitual, no para fomentar el acceso a la vivienda en general.

En conclusión, ni a través de la llamada "normativa COVID-19", ni a través de la legislación aprobada para paliar los efectos de la guerra de Ucrania, se ha producido una intervención legislativa estatal en el mercado de la vivienda con la finalidad específica de garantizar el acceso a una vivienda digna por parte de los ciudadanos y luchar contra la escasez de vivienda disponible, limitando para ello las facultades de uso y disfrute de los propietarios. No existe hasta la fecha, por tanto, una legislación estatal paragonable con la aprobada por diversas CCAA y que, como ya ha sido explicado, ha sido declarada inconstitucional en buena medida.

Muy al contrario, las dos principales medidas adoptadas por el Estado (prórroga obligatoria del contrato y limitación de la actualización de la renta) parecen haber tenido un efecto distorsionador del mercado no esperado. Por un lado, los propietarios que ofrecen nuevos contratos de arrendamiento se blindan ante estas medidas a través de varias vías: subiendo extraordinariamente la renta inicial que les compense de futuras limitaciones de su actualización conforme al IPC, exigiendo a los nuevos inquilinos asumir ciertos costes (IBI, seguros, gastos de comunidad) o derivando la vivienda hacia otras opciones no afectadas por estas medidas. En este último sentido debe señalarse el incremento exponencial del alquiler por habitaciones que se está produciendo en la actualidad o el crecimiento

constante del alquiler turístico²¹. Incluso parece que los propietarios también están retirando del mercado arrendaticio viviendas por estos motivos.

Al final, la consecuencia es que las medidas gubernamentales terminan por restringir la oferta y tensionara un más el mercado del alquiler residencial y con ello se dificulta más si cabe el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna en la que residir, que es la situación en la que nos encontramos ahora mismo en España.

No obstante lo anterior, la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (publicada en el BOE n.º 124 de 25 de mayo, entró en vigor al día siguiente) ha incorporado importantes y novedosas medidas que son defendidas como idóneas para garantizar el acceso a una vivienda digna. Esta iniciativa legislativa había estado paralizada por desavenencias entre los grupos políticos impulsores, pero recientemente se había anunciado un acuerdo político al respecto, que ha desembocado finalmente en su aprobación. Algunas de estas medidas van en la línea de las previamente aprobadas por las CCAA y declaradas en buena parte inconstitucionales, aunque no se llega ni mucho menos a la intensidad de las medidas autonómicas, pero ahora es el Estado quien impulsa su implantación.

Entre estas medidas, cabe destacar algunas como:

a) Se limita el precio del alquiler y su actualización en todas las viviendas residenciales en áreas de mercado tensionado, tanto para los nuevos alquileres como para los vigentes, aunque parece que los topes variarán dependiendo del tipo de contrato y de quién sea el propietario, gran tenedor o pequeño propietario, (disposición final primera, que modifica el art. 17 LAU).

Aparte de las zonas tensionadas, la actualización de la renta se limita con carácter general y en función de determinadas circunstancias al 3% en 2024 y se prevé la creación futura de un nuevo índice de referencia para su aplicación a partir de 2025, excluyendo en todo caso al IPC como índice aplicable (disposición adicional sexta).

b) Se establece la posibilidad de que en áreas de mercado residencial tensionado el concepto de "gran tenedor" incluya a los titulares de, al menos, cinco viviendas ("inmuebles urbanos de uso residencial"). En las demás áreas se mantiene en más de diez (art. 3k).

21 Resultan habituales noticias como la publicada en La Vanguardia el día 11 de febrero de 2023 bajo el título "El alquiler por habitaciones, un coladero en tiempo de crisis", donde se deba cuenta del frecuente uso de este tipo de alquiler para sortear las medidas del Gobierno, entre otros motivos (<https://www.lavanguardia.com/vida/20230211/8749704/alquiler-habitaciones-coladero-crisis.html>).

En esta publicación se da cuenta de los siguientes datos sobre el alquiler de habitaciones: "compartir una vivienda en España cuesta de media 440 euros al mes, es decir, un 15,8% más que hace 5 años (desde 2017) y un 66% más respecto a hace 7 años (2015), según el estudio de «Viviendas compartidas en España en 2022» basado en los precios de la vivienda en alquiler de los últimos siete años del Índice Inmobiliario Fotocasa".

c) Se facilita que la administración autonómica o local pueda declarar una zona de mercado como tensionada a través de la relajación de los requisitos exigidos inicialmente en el proyecto (art. 18). Esta declaración abre las puertas a la puesta en marcha por parte de la Administración competente de un plan específico con las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados y un calendario de actuaciones, aunque no se concretan tales medidas (art. 18.4).

d) Se limita en cierta manera la posibilidad de que el arrendador pueda atribuir al inquilino algunos gastos que, en principio, serían de su cuenta (comunidad, basura, IBI, seguros), pero que podría utilizar como vía indirecta para lograr una mayor actualización de la renta, salvo que ello estuviere previamente pactado. Por ello se exige que “este pacto deberá constar por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato” (disposición final primera cuatro, que modifica el art. 20 LAU).

e) Se establece imperativamente que “los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato serán a cargo del arrendador” (modificación del art. 20 LAU).

Llama especialmente la atención la relajación de las condiciones exigidas para que una zona pueda ser declarada como tensionada por un ayuntamiento o una CCAA, pues tras la nueva Ley 12/2023, ahora bastará con cumplir alguna de las dos siguientes (antes eran acumulativas): primera, que la carga media del coste de la cuota hipotecaria o de la renta del alquiler más los gastos y suministros básicos supere el 30% de la renta media de los hogares; o segunda, que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya aumentado al menos tres puntos (inicialmente eran cinco) por encima del IPC de la comunidad autónoma en los cinco años anteriores a la declaración de área tensionada (art. 18.3). Esta declaración tendrá una duración de tres años prorrogables, pero también se ha previsto la posibilidad de revisar estos criterios en el futuro (disposición adicional tercera).

Los expertos se han apresurado a hacer público que el primer parámetro ya se cumple en 28 capitales de provincia, que aglutina a la población de más de media España (en gran parte ello se debe al incremento de las cuotas hipotecarias causado por la subida de los tipos de interés). También avisan de que estas nuevas medidas, si se implantan finalmente, conseguirán el efecto contrario al buscado: disminuir la oferta de alquiler residencial y tensionar aun más el mercado.

Aparte de ello, se prohíben también los desahucios sin fecha y hora predeterminada (disposición final quinta, que modifica el art. 440 LEC), así como se han incluido nuevas prórrogas en los procesos de lanzamiento, calculándose por los expertos que estos se aplazarán más de dos años. Finalmente, también se prevé una nueva prórroga extraordinaria del alquiler durante un año para inquilinos en

situación de vulnerabilidad social o económica (disposición final primera uno, que modifica el art. 10.2 LAU).

Está por ver el impacto de estas nuevas medidas cuando todas ellas sean implantadas (sobre todo las aplicables a las zonas de mercado tensionado), pues algunas requerirán su tiempo. Sin embargo y como puede observarse, parece haberse dejado de nuevo a la iniciativa de las CCAA otras medidas que habían sido más polémicas, sobre todo la relacionadas con las viviendas desocupadas o deshabitadas (expropiación de uso, arrendamiento forzoso, obligación de ofrecerlas en alquiler social, sanciones, etc).

4. Otra vía de intervención pública: los límites a las viviendas turísticas por parte de las Administraciones Públicas.

A) Crítica a la afección exclusiva al uso turístico, con exclusión del uso residencial, de la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico.

Junto con el desarrollo de las competencias propias en materia de “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (art. 148.1.3.^a CE) para la lucha contra la escasez de vivienda disponible en alquiler, las CCAA cuentan con otra importante vía para la consecución del mismo objetivo: la competencia exclusiva en materia de “promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial” (art. 148.1.18.^a CE). En este caso y con el objetivo, entre otros, de aumentar el número de viviendas ofertadas en régimen de alquiler residencial o permanente, se ha intentado poner en marcha medidas para restringir o limitar el número de viviendas turísticas (generalmente denominadas “viviendas de uso turístico” o VUT). Lógicamente, estas medidas están pensadas para ser aplicadas sobre todo en las llamadas zonas tensionadas del mercado del alquiler.

Tomaremos como punto de referencia la reciente legislación andaluza en materia de viviendas turísticas. En abril de 2022 se sometió al trámite de audiencia a distintas entidades un nuevo proyecto de decreto de establecimientos de apartamentos turísticos y de las viviendas con fines turísticos en Andalucía (proyecto de 2022 en adelante). Unos días después, en el BOJA núm. 73 de 19 de abril, se publicó la Resolución de la Dirección General de Calidad, Innovación y Fomento del Turismo de la Consejería competente en materia de Turismo de dicha Comunidad, que lo sometía a información pública.

Sin embargo, en ese mismo año se celebraron en Andalucía unas elecciones autonómicas que derivaron en una mayoría absoluta del Partido Popular y un cambio en la consejería competente en materia de Turismo, que ha pasado de estar en manos del Partido Ciudadanos al Partido Popular. Esto ha propiciado que el anterior proyecto de decreto haya sido sustituido por uno nuevo que

finalmente ha sido sometido a información pública mediante la Resolución de 30 de mayo de 2023, publicada en el BOJA n.º 104 de 2 de junio. En este caso, el proyecto de decreto es simplemente una modificación de la normativa previa en materia de viviendas con fines turísticos (ahora denominadas “viviendas de uso turístico”, adoptando la terminología usual) y en materia de apartamentos turísticos (proyecto de 2023 en adelante).

Un punto que generó la crítica del sector de las VUT fue el hecho de que el proyecto de 2022 limitaba de forma absoluta a dos el número de viviendas que cada persona que no fuera una empresa gestora podía destinar a la explotación turística en Andalucía, tanto si la explotación la realizaba él directamente, como si lo hacía a través de un tercero (así, a través de esta empresa explotadora). El proyecto de 2023 mantiene esta limitación, aunque ahora la circunscribe a “dos viviendas de uso turístico por provincia”.

La justificación de tal norma parece estar en la intención del legislador autonómico de incrementar el número de viviendas disponibles para el llamado alquiler residencial o alquiler de vivienda habitual. En el fondo, supone culpabilizar a las viviendas turísticas de la escasez de vivienda disponible para aquella finalidad.

Sin embargo y aunque este otro aspecto no ha tenido especial trascendencia pública, creemos importante destacar otra importante novedad del proyecto de 2022, que hay que celebrar haya desaparecido totalmente en el proyecto de 2023, pero que creemos de gran interés destacar aquí. Se trata de la afección al uso turístico de las viviendas de uso turístico, en los términos que establecía el art. 5 del proyecto de 2022:

Artículo 5. Uso turístico.

“Las unidades de alojamiento integrantes de los establecimientos de apartamentos turísticos y las viviendas con fines turísticos están afectas a la prestación del servicio de alojamiento turístico, constituyendo tal afección un presupuesto para el ejercicio de la actividad, quedando prohibido durante el ejercicio de la misma destinar aquéllas a un uso distinto, como el residencial, bajo cualquier título y, expresamente, a la actividad de arrendamiento de vivienda.

En las viviendas con fines turísticos del grupo por habitaciones, la afección al servicio de alojamiento turístico se limitará a las habitaciones declaradas al Registro de Turismo de Andalucía”.

Esta afección al uso turístico parece derivar del principio de la “unidad de explotación”, que ya estaba establecida para los apartamentos turísticos (por supuesto también para los establecimientos hoteleros) en el art. 5 del Decreto

194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía. Esta norma exige que la explotación de los apartamentos turísticos (se exigen tres o más unidades de alojamiento para ser calificados como tales) se realice por un único titular y quedarán afectos al uso turístico, con prohibición expresa de cualquier otro, como se encarga de explicar el apartado 3 de aquella norma²². Todo ello deriva, a su vez, del mismo principio establecido en el art. 41 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía²³.

La novedad estaba en la aplicación de este principio de unidad de explotación y sus consecuencias también a las viviendas turísticas. Esto parecía responder a un movimiento “en cascada”: desde los establecimientos hoteleros a los establecimientos de apartamentos turísticos, y de estos a las viviendas turísticas. La consecuencia de todo ello era la prohibición de que una VUT pudiera ser destinada en Andalucía a uso residencial, fuera a través de un arrendamiento de temporada o lo fuera a través de un arrendamiento para uso de vivienda habitual en el sentido de la LAU. Se prohibía, por tanto, una complementariedad de usos²⁴.

La norma podía tener sentido para los establecimientos hoteleros, pues su uso propio y natural es el turístico entendido en sentido amplio, de manera que es complicado pensar en un uso residencial, ni siquiera de temporada, aunque lo cierto es que durante la pandemia del COVID-19 incluso se han permitido arrendamientos de temporada en hoteles. Pero entendemos que no tenía sentido en el caso de las VUT hablar de unidad de explotación, y consecuentemente, imponer una afección exclusiva al uso turístico.

Por el contrario, lo lógico sería que, una vez obtenida la autorización (a través de una declaración responsable) para explotar una VUT, el propietario o cedente quedara automáticamente autorizado a realizar un uso residencial de la misma, tanto de temporada como incluso de vivienda habitual o por habitaciones. Lógicamente, no sería posible lo contrario.

22 “3. La afectación de la unidad de alojamiento a un uso no permitido por la legislación aplicable supondrá, con independencia de lo establecido en el apartado anterior, la aplicación de los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística y sancionador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre”.

23 “Artículo 41. Principio de unidad de explotación

1. Los establecimientos de alojamiento turístico serán gestionados bajo el principio de unidad de explotación, correspondiéndole su administración a una única persona titular, sobre la que recae la responsabilidad administrativa derivada de su funcionamiento.

2. La unidad de explotación supone la afectación a la prestación del servicio de alojamiento turístico de la totalidad de las unidades de alojamiento integrantes de la edificación, o parte independiente y homogénea de la misma, ocupada por cada establecimiento, siendo ejercida la gestión del conjunto por una única empresa titular”.

24 ARANA GARCÍA, E.: “La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias”, *REALA*, 2018, núm. 10, pp. 10 y ss. (DOI: 10.24965/reala.v0i10.10545), pone de relieve las ventajas de la complementariedad de usos (residencial y terciario-turístico), como es la diversidad y la flexibilidad necesarias en las ciudades.

Esto es así porque un propietario no necesita autorización alguna para explotar con una finalidad residencial su vivienda a través de un contrato de arrendamiento, y el hecho de que exista una autorización para llevar a cabo un uso turístico no debería cambiar esta situación. Lógicamente y cuando se ceda en alquiler una vivienda completa, no sería posible realizar simultáneamente en la misma un uso turístico y un uso residencial, pero nada debería impedir los usos sucesivos, pero excluyentes unos de otros. Y no encontramos razones para defender otra cosa también en el caso de la cesión de habitaciones.

No está claro cuál era el objetivo de una previsión como la establecida en el art. 5 del proyecto de 2022. Pudiera pensarse que iría en consonancia con el objetivo de restringir o desincentivar el alta de viviendas para su explotación como VUT, pues una vez realizada la declaración responsable e inscritas en el registro correspondiente, al cedente le queda prohibida su explotación como uso residencial, que es lo que parecía querer potenciarse.

Pero si la finalidad fuera justamente esta, la norma parecía más bien encaminada a la obtención del resultado exactamente contrario: el registro de la vivienda como VUT resultaba incompatible con su destino residencial mientras se mantuviera como tal VUT. Lo lógico hubiera sido, como venimos manteniendo, establecer la compatibilidad entre el uso turístico y un uso residencial, de manera que quedara siempre la puerta abierta a los propietarios/cedentes para destinar la vivienda a un uso residencial y luchar así contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento (de temporada o de vivienda habitual).

De esta manera, una vivienda que contara con autorización para ser destinada a VUT podría, sin más requisitos, ser destinada a un uso residencial, pero una vivienda destinada a un uso residencial no podría ser destinada a un uso turístico si no cuenta con la debida inscripción en el registro correspondiente. Esta situación introduciría la flexibilidad necesaria para contribuir a luchar contra la escasez de viviendas en régimen de arrendamiento tradicional.

En consecuencia, la finalidad no parecía otra que limitar de forma absoluta la explotación de VUT, pues los dos límites que se han descrito eran complementarios: dada de alta una vivienda como VUT, esta quedaría afecta a la finalidad turística (principio de unidad de explotación) y cada propietario solo podría poner en explotación turística dos viviendas como máximo (y solo podrá ser titular de dos viviendas para este fin), fuera cual fuera el título jurídico que le habilitara para ello.

Debe celebrarse, por tanto, la desaparición de este art. 5 en el nuevo proyecto de 2023, que sigue manteniendo la definición de VUT en los términos de la regulación actual, que la entiende incluida en el uso residencial: "Se entiende por viviendas de uso turístico aquellas *ubicadas en inmuebles situados en suelo de uso*

residencial donde se vaya a ofrecer mediante precio el servicio de alojamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de forma habitual y con fines turísticos” (art. 3.1 subrayado nuestro).

De lo contrario, ello hubiera obligado a los propietarios/cedentes a tener que realizar un cambio de uso (bajas y altas) de forma continuada en el tiempo, de manera que para un simple contrato de arrendamiento de temporada por más de dos meses continuados hubieran necesitado dar de baja su vivienda de uso turístico, y volver a darla de alta otra vez por el mismo procedimiento y acompañando la misma documentación, como hicieron en su momento.

Además, la complejidad burocrática para realizar este tipo de cambios, que no se ha previsto y que seguiría la vía habitual de altas/bajas, desincentivaría al propietario que ya tiene de alta su vivienda como turística a destinarla a un uso residencial, produciendo unos efectos contrarios a los pretendidos por el legislador autonómico del proyecto de 2022.

Por otra parte, la antigua opción del legislador autonómico andaluz por la incompatibilidad de usos que acaba de exponerse daría la espalda totalmente a una realidad social que es muy variada y que demuestra los beneficios de la compatibilidad de usos (turístico y residencial) de las viviendas catalogadas como turísticas. Y es que resulta sobradamente conocida la práctica habitual en muchos destinos turísticos españoles, sobre todo en áreas costeras, consistentes en ofrecer una vivienda en arrendamiento denominado “de larga temporada” durante 9-10 meses al año, mientras que se destina a un uso turístico durante la temporada alta, que normalmente coincide con los meses veraniegos de julio-agosto, y en ocasiones, también septiembre.

Es muy frecuente ofertar un arrendamiento de septiembre/octubre a junio, durante el periodo de temporada baja a un precio bastante asequible, mientras que en los meses de temporada alta es explotado como vivienda turística. Los inquilinos de larga temporada suelen ser estudiantes o trabajadores que pueden estar interesados en alquilar durante esos meses a un precio razonable, pero que no están interesados en ocupar esas viviendas durante la temporada alta y pagar los precios exigidos entonces. Por su parte, los propietarios obtienen de esta manera unos ingresos razonables en temporada baja.

Se trata de un producto mixto complementario del alquiler turístico y del alquiler residencial, bastante frecuente, y que si no cambia la regulación autonómica andaluza proyecta, se encontrará en un limbo jurídico. La rigidez normativa y el excesivo intervencionismo público puede resultar contraproducente y puede terminar provocando el efecto diametralmente opuesto al perseguido: reducir aun más la oferta de vivienda disponible para uso residencial.

Suele tratarse con frecuencia de edificaciones destinadas de forma mayoritaria a segundas residencias con una finalidad claramente vacacional. En ellas, es posible que algunos propietarios habiten durante todo el año en sus viviendas, pero la mayoría de ellos únicamente hacen uso de las mismas durante un periodo muy concreto de tiempo que hacen coincidir con sus vacaciones. Es lo que ocurre, por ejemplo, en zonas de la Costa del Sol, donde en los meses de verano (y algunos fines de semana u otros periodos muy señalados) este tipo de viviendas son ocupadas por sus propietarios como segundas residencias, pero el resto del año permanecen vacías o son alquiladas a inquilinos de larga temporada.

En estos casos también es frecuente que una parte de la temporada veraniega, que no es ocupada por sus propietarios, la vivienda sea cedida a terceros como vivienda de uso turístico. Incluso para algunos propietarios la adquisición de dichos inmuebles responde a una finalidad claramente inversora destinada al alquiler, combinando en el tiempo el alquiler de larga y/o corta duración.

En este tipo de viviendas no tiene sentido prohibir un uso residencial por el hecho de que hayan sido declaradas como VUT, pues dicha prohibición produciría exactamente el efecto contrario al deseado. Esto es así porque los propietarios no estarán en absoluto interesados en desprenderse del uso de sus viviendas durante el año completo, ya que ello impediría su disfrute durante la temporada de vacaciones, que es precisamente el fin básico de la adquisición habitualmente. Así, las cosas, la regulación mencionada produciría como efecto la disminución del número de viviendas disponibles para el alquiler de larga duración.

Además, en este tipo de viviendas destinadas básicamente a segunda residencia, no suelen producirse conflictos entre propietarios residentes y usuarios de VUT, porque generalmente el uso que dan unos y otros a la vivienda suele ser similar.

Quede claro como conclusión que una prohibición o limitación generalizada a toda una Comunidad Autónoma carece del más mínimo sentido.

B) Los instrumentos de planeamiento urbanístico como vía para incrementar la oferta de vivienda residencial limitando la vivienda turística.

A diferencia de lo que ocurría, como se ha comprobado, con el proyecto de decreto andaluz de 2022 sobre las VUT, no es frecuente que en la legislación autonómica turística se establezca una incompatibilidad de usos entre uso turístico y uso residencial. Esta distinción generalmente se encuentra en las normas autonómicas de planeamiento, o a nivel municipal, en los planes generales de ordenación municipal o en los planes de ordenación urbana, donde se establecerán de forma detallada los usos mediante la técnica de la zonificación.

Perfectamente, la Comunidad Andaluza podía realizar esta concreción a través de un reglamento de zonificación, como han hecho otras CCAA. Incluso sería hasta razonable que fueran las CCAA a través de normas con rango de ley quienes llevaran a cabo esta regulación dado que estas decisiones restringen derechos fundamentales y deben adoptarse de la forma más transparente y garantista posible para los ciudadanos²⁵.

El problema es que el proyecto de decreto de 2022 realizaba una adjudicación de usos y un régimen de afección al margen de las normas urbanísticas y de planeamiento sobre clasificación y calificación de los suelos. Así, adjudicaba a todas las VUT situadas en Andalucía un uso turístico y no residencial y declaraba incompatible en una misma vivienda uno y otro uso, sin tener en cuenta los instrumentos de ordenación urbanística.

Por ejemplo, en el actual Plan de Ordenación Urbanística de la ciudad de Málaga de 2011, la explotación de una vivienda como vivienda turística es considerado un uso residencial, pues la calificación de uso "turístico" se refiere exclusivamente al uso "hotelero". Lo que queremos decir es que una norma como el art. 5 del proyecto de decreto andaluz de 2022, antes referido, no podía servir para modificar todos los planes de ordenación urbanística de Andalucía y adjudicar a todas las VUT ubicadas en dicha Comunidad un uso turístico ignorando la regulación establecida en cada uno de estos planes.

Son las normas de planeamiento urbanístico quienes realizan la clasificación y calificación de los suelos y adjudican los usos que corresponden a cada zona y la compatibilidad o incompatibilidad entre ellos, no una norma general de ordenación de los alojamientos turísticos. Esta norma no puede decidir que la explotación de una vivienda turística constituye un uso turístico (y no residencial), y a partir de ahí, establecer prohibiciones e incompatibilidades de uso de una forma generalizada a una Comunidad Autónoma.

Por esta razón, los ayuntamientos han recurrido a su planeamiento urbanístico cuando han querido adjudicar a las VUT un uso turístico (terciario o de equipamiento) y declararlo incompatible con el uso residencial. DOMÉNECH PASCUAL identifica en este sentido dos tipos de reglas de incompatibilidad: unas reglas de "incompatibilidad horizontal", que prohíben o limitan el uso turístico de vivienda en determinadas zonas del municipio, particularmente en aquellas destinadas al uso residencial, y unas reglas de "incompatibilidad vertical", que limitan la coexistencia en un mismo edificio del uso residencial y el turístico, aunque a veces ambos

25 ARANA GARCÍA, E.: "La intervención", cit., pp. 13-14.

tipos de incompatibilidad se combinan entre sí. Ello da lugar a diversos tipos de restricciones y prohibiciones²⁶.

Debe añadirse que, en general, este tipo de decisiones se han venido fundamentando en razones de diversa índole relacionadas con las VUT. Siguiendo los modelos regulatorios de las ciudades de Madrid y Barcelona, ROMÁN MÁRQUEZ concreta los objetivos pretendidos en tres categorías: a) la búsqueda de un uso equilibrado del suelo; b) la reducción de externalidades negativas (básicamente, evitar la degradación del entorno urbano y evitar problemas de ruidos y convivencia entre turistas y residentes); y c) la promoción del derecho a una vivienda digna²⁷.

Pero en este caso, tales decisiones de los ayuntamientos han sido con frecuencia recurridas ante los tribunales y estos han tenido que pronunciarse sobre diversas cuestiones planteadas en los recursos. En estos momentos nos centraremos básicamente en la admisibilidad de estas decisiones desde la óptica de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios amparadas en las normativas europea y española sobre unidad de mercado.

En este sentido, en el caso resuelto por la STS 19 noviembre 2020 (RAJ 2020, 344337)²⁸, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había impugnado el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, adoptado en su sesión de 25 de enero de 2018, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva de la modificación pormenorizada del PGOU de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. Mediante este acuerdo, esta normativa urbanística había incluido el “uso de alojamiento turístico” dentro del “uso de equipamiento” y no como “uso residencial” y lo había sometido a importantes restricciones en cuanto a las plantas permitidas para su ubicación y los accesos a las viviendas de uso turístico (VUT). Por ello, la entidad recurrente consideraba que se habían establecido barreras de entrada desproporcionadas e innecesarias al mercado del alojamiento turístico afectando a la libertad de empresa y libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios, entre otros motivos del recurso.

26 DOMÉNECH PASCUAL, G.: “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico”, *Anuario de Derecho Municipal*, 2017, núm. 11, pp. 57-58.

27 ROMÁN MÁRQUEZ, A.: “Planificación urbanística del urbanismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona”, *REALA*, 2018, núm. 10, p. 29. La expresión “externalidades negativas” procede de DOMÉNECH PASCUAL, G.: “La regulación”, cit., pp. 57 y ss.
Por ejemplo y respecto a la ciudad de Madrid, resulta de interés el análisis del proceso de turistificación de los distintos barrios de esta ciudad durante los años 2018-2019, a partir de los datos de alquiler suministrados por la plataforma Airbnb, que pueden actuar como una especie de “alerta temprana” de posibles problemas: CERDÁ MANSILLA, E./ RUBIO, N./ GARCÍA HENCHE, B./ CAMPOS, S.: “Airbnb y la turistificación de los barrios en las ciudades: un análisis de segmentación por barrios del alojamiento extrahotelero en Madrid”, *Investigaciones Turísticas*, 2002, núm. 23, pp. 210-238 (<https://doi.org/10.14198/INTURI2022.23.10>).

28 Analiza esta sentencia AGUIRRE I FONT, J. M.: “La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo”, *REALA*, 2021, núm. 15, pp. 36-37 (DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916>).

Sin embargo, el TSJ del País Vasco desestimó este recurso y avaló la inclusión de las VUT dentro de la definición de uso equipamental del PGOU en contraposición al uso residencial. Asimismo, justificó las restricciones impuestas sobre la base de la protección del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) y del medio urbano, entendiéndolas necesarias, proporcionales y justificadas estas medidas conforme a la memoria que acompañaba al PGOU²⁹:

Por su parte, el TS también considera ajustada al principio de necesidad y proporcionalidad la intervención del Ayuntamiento de Bilbao a través del planeamiento urbanístico para promover el acceso de los ciudadanos a una vivienda a través del arrendamiento de larga duración como razón imperiosa de interés general y estableciendo para ello ciertas restricciones de uso a la explotación de las viviendas como turísticas. Analizada su jurisprudencia anterior y las importantes decisiones relativas a esta cuestión adoptadas por el TJUE, llega a la conclusión de que, en definitiva, se trata de medidas enfocadas a la lucha contra la escasez de vivienda disponible y dirigida a la protección del constitucional “derecho a la vivienda”.

En ese punto, debe resaltarse la influencia que parece haber tenido la STJUE 22 septiembre 2020 (Gran Sala, ECLI:EU:C:2020:743), dictada en los Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 (*Cali Apartments SCI y HX y le Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris*), y que es citada por la propia STS 19 noviembre 2020. La cuestión está precisamente en determinar si la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al alquiler de larga duración puede ser una “razón imperiosa de interés general” que permita la intervención del mercado del alquiler turístico. En este caso y como ha resaltado MACHO CARRO, que ha estudiado con

29 Así lo afirmó el TSJ del País Vasco:

“29. Siendo ello así, y puesto que el uso de las VUT puede sustraer del parque residencial previsto por el planificador para dar satisfacción al derecho a la vivienda de los ciudadanos, un número indeterminado de viviendas para destinarlas al alojamiento turístico, uso completamente ajeno al residencial, no cabe desconocer que el planificador se halla legitimado e incluso obligado a promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico, sin que resulte razonable la alternativa de dejar en manos del mercado la decisión al libre albedrío de los propietarios de las viviendas, puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial.

30. Además, tal y como alega el Ayuntamiento de Bilbao, concurre otra importante razón para regular la implantación del uso de las VUT, cual es la de protección del medio urbano. No cabe desconocer que el planificador ha de calificar el suelo necesario para satisfacer el derecho a la vivienda, y lo ha de hacer dando cumplimiento simultáneo a la red dotacional de sistemas generales y locales exigida por los arts. 54 y 57 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), en la proporción establecida por el Decreto 123/2012, de 3 de julio, de estándares urbanísticos, ordenación que puede verse alterada y resultar incongruente, si el destino al uso de VUT se deja en manos del mercado, puesto que ello puede suponer el indeseable efecto de su concentración en ámbitos más propicios para la satisfacción del interés de los turistas con desplazamiento de la población residente”.

Resalta ARANA GARCÍA, E.: “La intervención”, cit., p. 18, la importancia de una completa motivación que justifique estas medidas o restricciones: “Pero, en cualquier caso, lo que se considera imprescindible, como en cualquier potestad discrecional, es que esta decisión venga avalada por una completa motivación que justifique el porqué de estas medidas limitadoras del ejercicio de derechos económicos tan importantes como la libertad de establecimiento o la libertad de empresa”.

detenimiento esta sentencia, el TJUE deja un amplio margen de maniobra a los Estados, y muy especialmente, a las autoridades municipales³⁰.

En este caso, el Ayuntamiento de una concreta ciudad como es Bilbao introduce restricciones de acceso al mercado de las VUT sobre una base argumentativa y documental que sirve para sostener su decisión en un determinado territorio. Pero esto no es lo que ocurría en el caso del art. 5 del proyecto de decreto de regulación de las VUT de 2022, que generalizaba para todos los municipios y territorios de la Comunidad Andaluza unas restricciones de uso y explotación a todas las viviendas turísticas situadas en su territorio. No se realizaba ningún juicio de necesidad y proporcionalidad de tales medidas sobre la libertad de empresa y de libre prestación de servicios, ni tampoco sobre su afectación a las facultades de uso y disfrute de los propietarios, sino que, a partir de una genérica alusión a la lucha contra la “escasez de vivienda”, se establecían restricciones generalizadas e injustificadas a toda Andalucía.

No se justificaba ninguna “razón imperiosa de interés general” a que alude el art. 3.11 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, al que se remite el artículo 5.1 (principio de necesidad y proporcionalidad) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esto es lo que no puede sostenerse en ningún caso y es lo que justamente hacía este proyecto de decreto en la versión de 2022.

El proyecto de decreto andaluz de 2023 ha corregido esta situación y ahora esta tarea es lógicamente encomendada a los ayuntamientos (bajo el control de la Administración autonómica sectorial) conforme al art. 2.2 del mismo: “Las viviendas de uso turístico se someterán igualmente a la normativa sectorial que, en su caso, le sea de aplicación. En este sentido, los ayuntamientos, por razón imperiosa de interés general, podrán establecer limitaciones proporcionadas a dicha razón, en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico, por edificio o sector”.

30 MACHO CARRO, A.: “Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia *Cali apartments* y su recepción en España”, *Revista de Estudios Europeos*, 2022, núm. 79, p. 679: “Sea como fuere, lo cierto es que la sentencia *Cali* viene a dejar un amplio margen de maniobra a los Estados miembros en general, y a las autoridades municipales en particular, para que, en el marco de sus políticas de vivienda, puedan contrarrestar los efectos de determinadas actividades comerciales sobre la oferta de vivienda en alquiler y, por tanto, sobre el derecho de acceso a una vivienda adecuada. Incluso aunque las medidas adoptadas para hacerlo constituyan una clara e intensa restricción a la libre prestación de servicios dentro del mercado interior de la UE. (...) Como se verá a continuación, esta doctrina ha sido ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, y utilizada para amparar las limitaciones impuestas por las entidades locales españolas a la proliferación de viviendas de uso turístico”. Sobre esta sentencia, vid. también AGUIRRE I FONT, J. M.: “La regulación”, cit., pp. 28-29; HATZOPOULOS, V.: “Disarming Airbnb-Dismantling the Services Directive? *Cali Apartments*”, *Common Market Law Review*, 2021, núm. 58-3, pp. 905-928.

En la misma línea, la propia STS antes aludida hace referencia a la también STS 12 diciembre 2018 (RAJ 2018, 5689) en relación al art. 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de Canarias (también afecta a otras posteriores sobre la misma cuestión). Esta norma había excluido de su ámbito de aplicación (y excluido, por tanto) la oferta de VUT en zonas turísticas y en aquellas donde existiera un uso mixto, que eran las zonas donde se ubicaban básicamente las viviendas turísticas.

En este caso, el TS confirmó la sentencia del TSJ de Canarias que había anulado dichas restricciones al ejercicio de esta actividad económica porque no estaban previstas en la Ley de turismo de Canarias y carecían, por tanto, de cobertura legal. Además y en todo caso, tales restricciones no se ajustaban a razones imperiosas de interés general ni se había realizado un juicio de necesidad y proporcionalidad que las justificara.

De hecho, el TSJ de Canarias había llegado a la conclusión de que: "la única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios", es decir, que se trataba de una razón de tipo económico como era que las viviendas turísticas no compitieran con el resto de establecimientos turísticos hoteleros o extrahoteleros, como puso de manifiesto el propio TS.

En sentido similar al caso del PGOU de Bilbao, puede citarse también el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona (plan especial de usos), aprobado en el Pleno del día 27 de enero de 2017, que fue impugnado y dio lugar, entre otras, a la STS 26 enero 2021 (RAJ 2021, 145). De nuevo, se trataba de precisar en qué medida los instrumentos de planeamiento urbanístico pueden regular las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de explotación de VUT en el sentido de limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de esta actividad, y la incidencia que ello puede tener en la libre prestación de servicios.

En este caso se imponían importantes restricciones y prohibiciones para el destino de la vivienda a la finalidad de alojamiento turístico según las zonas y que afectaban especialmente al distrito de Ciutat Vella. Por ejemplo, se impuso un número máximo de VUT, de forma que era necesario que se diera una baja de licencia para que pudiera darse de alta otra (autorización previa), o se estableció la obligación de que todas las VUT se situaran en lo sucesivo en un edificio completo

no destinado a uso residencial y que las existentes en edificios no completos se extinguieran a los seis años de la entrada en vigor del Plan³¹.

El TSJ de Cataluña había estimado parcialmente el recurso interpuesto por dos particulares y había anulado varios artículos de este Plan especial, pero había mantenido el resto, de manera que los recurrentes acudieron a casación por entender que el Plan era contrario a diversos preceptos de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que la había transpuesto parcialmente.

El TSJ había entendido que se estaba básicamente ante una materia (ordenación del territorio y urbanismo) que quedaba fuera del ámbito de aplicación de la normativa antes citada porque no afectaba al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. En cualquier caso, consideraba que nos hallaríamos en presencia de “razones imperiosas de interés general” admitidas por la Directiva de servicios, en cuanto la normativa impugnada respondería a un modelo urbanístico que persigue un desarrollo urbanístico sostenible en un territorio concreto, de manera que exista en el mismo una densidad máxima de ciertas actividades de servicios.

Por su parte, el TS sí entiende aplicable la Directiva de servicios y la regulación de transposición a la normativa, como la impugnada, en cuanto establece las condiciones de acceso específicas a la actividad de servicios consistente en el arrendamiento de VUT, siguiendo en este punto lo establecido con anterioridad en su ya analizada STS 19 noviembre 2020.

A partir de aquí, el TS también considera que se ha realizado un “adecuado ejercicio por el planificador de la potestad de ordenación urbanística, enraizada en el principio de desarrollo sostenible y debidamente justificada en la protección del derecho a la vivienda y del entorno urbano”, de manera que se ha buscado un equilibrio razonable entre, por un lado, el derecho a la vivienda digna y la protección de un entorno urbano de calidad, y por otro, el ejercicio de una actividad económica de explotación de viviendas para alquiler “de paso” (VUT). En definitiva, se trata de “razones imperiosas de interés general” a que alude la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva de servicios, que han quedado debidamente justificadas en la Memoria que acompaña al Plan especial y

31 En realidad, la “cruzada” del Ayuntamiento de Barcelona contra las viviendas de uso turístico se ha alargado desde 2010 durante más de una década a través de diversos planes especiales, como relata ampliamente AGUIRRE I FONT, J. M.: “La regulación”, cit., pp. 31-36. En muchos casos el TSJ de Cataluña ha terminado dejando sin efectos muchas de las medidas aprobadas por el Ayuntamiento para limitar las viviendas turísticas: “Las lecciones parecen claras: es posible limitar el crecimiento de las viviendas turísticas mediante la técnica de la densidad urbanística, pero no modificar la regulación turística o extinguir títulos sin previa indemnización. Y en cualquiera de los casos la planificación urbanística, de una innegable importancia económica, debe contar con un buen estudio económico y financiero” (p. 34).

que justifican en este caso la necesidad de una autorización previa. Por todo ello, el TS termina declarando no haber lugar al recurso interpuesto³².

Esta conclusión y las razones que la avalan han sido ratificadas con posterioridad en la STS 2 junio 2021 (RJ 2021, 3163), también referidas a la ordenación urbanística de la ciudad de Barcelona y su afectación a las VUT contenidas en el Plan especial antes referido (posteriormente derogado y sustituido por un nuevo Plan especial en 2017 que contiene los mismos límites que el anterior). En este caso, fue la Asociación de Apartamentos Turísticos de Barcelona la entidad recurrente, con el mismo resultado como hemos dicho.

La última sentencia que conocemos sobre esta cuestión es la STS 31 enero 2013 (RJA 2013, 56210). En este caso la impugnación afectaba al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de 26 de junio de 2018, mediante el cual se aprobó la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial en este municipio. En realidad, venía a prohibir en todo el municipio la comercialización de estancias turísticas en viviendas sitas en edificios plurifamiliares de uso residencial (pero no en viviendas unifamiliares), junto a otros límites. Debe decirse que los edificios plurifamiliares son claramente los preponderantes en este término municipal.

La recurrente fue la Asociación de apartamentos y viviendas de alquiler de temporada de Baleares, y de nuevo, la cuestión a decidir era si tal acuerdo resultaba o no conforme con los principios de proporcionalidad y necesidad ínsitos a las “imperiosas razones de interés general” definidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

El TSJ de Baleares había estimado en parte el recurso y declarado nula la parte del Acuerdo que establecía la prohibición mencionada respecto a las viviendas plurifamiliares. Consideró este Tribunal que la tajante y radical prohibición del Ayuntamiento no era un sacrificio proporcional, idóneo y necesario que hubiera de asumir la actividad turística para la defensa de los intereses generales (medio ambiente y protección del entorno urbano), pues existían otras medidas menos radicales y más ponderadas ya establecidas para otros ámbitos. Sin embargo, el TSJ de Baleares fue más allá y también declaró en su sentencia que todas las viviendas del municipio de Palma eran aptas para desarrollar la actividad turística, sin tener en cuenta la legislación autonómica turística que sería de aplicación en caso de no haberse aprobado el Acuerdo impugnado.

32 Sobre este caso y la argumentación del TSJ de Cataluña, ARANA GARCÍA, E.: “La intervención”, cit., pp. 15-17.

En efecto, hasta la aprobación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, solo se permitía la comercialización turística en viviendas unifamiliares aisladas y esta Ley amplió la posibilidad a viviendas pareadas sometidas al régimen de propiedad horizontal y a las viviendas unifamiliares entre medianeras siempre que fueran únicas en parcela. Dicha regulación sería la aplicable supletoriamente para el supuesto de que el Ayuntamiento de Palma no hubiera aprobado la zonificación provisional, que en ningún caso admitía las viviendas turísticas en edificaciones plurifamiliares. Ni la Asociación recurrente ni el propio TSJ habían solicitado el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE ni una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC sobre dichas normas autonómicas.

Por ello, interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el TS entiende que las normas supletorias autonómicas no pueden ser ajenas al proceso judicial, aun sin poner en duda que pudiera ser procedente el juicio de proporcionalidad y necesidad llevado a cabo por el TSJ acerca de la prohibición impuesta por el Acuerdo del Ayuntamiento a las viviendas turísticas en los edificios plurifamiliares. Entiende que el TSJ no puede eliminar de esta manera los límites impuestos por la legislación turística autonómica a estas viviendas, de manera que procede estimar el recurso de casación y dejar sin efecto la sentencia de instancia³³.

El camino iniciado por la normativa urbanística de ciudades como Bilbao, Barcelona (también Madrid y Valencia) o Palma de Mallorca está siendo seguido en la actualidad por otras muchas. En realidad, entre las grandes ciudades españolas Málaga es la excepción, pues Burgos, Cádiz, Toledo, San Sebastián, Santiago de Compostela o Girona ya cuenta con normativa restrictiva en el sentido ya mencionado respecto a las VUT.

Un caso reciente en Andalucía es la ciudad de Sevilla, que también ha incluido el uso turístico de las VUT dentro del uso terciario³⁴. Como era de esperar, se

33 Dice el TS: "Formalmente los razonamientos de la sentencia recurrida pueden ser acertados, pero en la medida que eluden las consideraciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, en su caso, con carácter previo dudas de prejudicialidad por disconformidad con las Directivas europeas o de inconstitucionalidad sobre la misma, no podemos confirmarla y debemos estimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Palma, casar la sentencia de instancia y rechazar el recurso contencioso-administrativo de Habtur Balears".

34 Se trata de la modificación puntual 44 introducida al texto refundido del PGOU 2006 de esta ciudad, aprobada en el Pleno del día 28 de abril de 2022 y cuya entrada en vigor se produjo el día 7 de junio. Los efectos prácticos de esta equiparación de las VUT al resto de los alojamientos de hospedaje (como hoteles, apartamentos turísticos, etc.) parecen claros: el alta de nuevas VUT (la modificación no tiene efectos retroactivos) en Sevilla se va a someter a sus mismos requisitos o condiciones (se exige un cambio de uso y una licencia de utilización a través de una declaración responsable) y queda sujeto asimismo a las limitaciones propias del uso terciario de hospedaje en relación al uso residencial. Así, solo se permite el alta de una VUT en aquellos edificios en los que exista un uso exclusivo de hospedaje, o cuando tal uso exclusivo no exista y dependiendo del tipo de edificación donde se pretenda desarrollar, entonces solo se permite en planta baja y primera, salvo en algunas zonas admitidas por el PGOU en las que se permite también en planta segunda, siempre que se cuente con acceso independiente desde el exterior.

han sucedido algunas reacciones a esta nueva regulación, y en este sentido, se ha publicado en los medios que la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía ha recurrido esta modificación del PGOU de Sevilla en un recurso formalizado en el mes de septiembre. Con anterioridad y a principios del mismo mes, la Asociación de Profesionales de Viviendas y Apartamentos Turísticos de Andalucía (AVVAPro) había formalizado otro recurso.

La conclusión es que resulta paradójico que, en la lucha contra la escasez de vivienda disponible en alquiler, la Administración local sea la que está teniendo actualmente un papel protagonista frente a los problemas competenciales de las CCAA y a la muy limitada intervención del Estado. En efecto, a través del planeamiento urbanístico y de las competencias delegadas en materia turística, algunos ayuntamientos de grandes municipios españoles están estableciendo fuertes e importantes restricciones a las viviendas turísticas. Se imponen restricciones geográficas, cuantitativas o en relación al uso permitido, generalmente mediante la técnica de equiparlas a un uso terciario de hospedaje, incompatible con el uso residencial. No obstante, está por ver el grado de cumplimiento real de este tipo de limitaciones a las VUT que, en todo caso, no podrán tener efectos retroactivos, de manera que solo resultará de aplicación a las nuevas viviendas turísticas.

Sin embargo, seguimos pensando que este uso terciario de hospedaje no debería ser un obstáculo para que una VUT que cuente con todas las autorizaciones o permisos pertinentes para el ejercicio de su actividad, pueda ser destinada a un uso residencial, tanto en régimen de arrendamiento de temporada como en régimen de arrendamiento para uso de vivienda en la terminología de la LAU.

Se está hablando de cosas distintas: una cosa es que el uso residencial de un edificio impida que todas o ciertas viviendas de dicho edificio puedan ser destinadas a VUT, y otra cosa bien distinta es que, obtenida la autorización para su explotación como VUT, una vivienda no pueda destinarse a un uso residencial sin necesidad de instar un nuevo cambio de uso (de hospedaje a residencial). Sería absurdo y contrario al mismo interés general que se alega en todas las Memorias que sirven de fundamento a las medidas de planeamiento adoptadas por estos ayuntamientos y que ha sido avaladas por los tribunales, esto es, la disponibilidad de vivienda residencial y la lucha contra su escasez.

¿Prohíben estas normas de planeamiento el destino residencial de las VUT? Una respuesta negativa sería justamente contraria a la finalidad perseguida por ellas, de manera que una interpretación de conformidad con los criterios establecidos en el art. 3.1 CC debe conducir a una respuesta claramente negativa en nuestra opinión.

5. Los límites impuestos a las facultades de uso y disfrute desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad.

Ha podido constatarse que la doctrina sentada por el TC al resolver los recursos interpuestos contra la normativa intervencionista de las CCAA en el mercado de la vivienda no ha tenido nunca como fundamento la vulneración del art. 33 CE; las decisiones se han basado esencialmente en la vulneración de las competencias estatales.

Y debe decirse que la oportunidad no podía ser más propicia para ello, pues se han enjuiciado sobre todo normas que establecían concretos deberes jurídicos impuestos a los propietarios en cumplimiento de la función social que habían de cumplir sus viviendas desocupadas. Pero el TC ha deslizado la cuestión hacía otros terrenos: por un lado, hacia la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE), y por otro lado, interpretando que algunas normas impugnadas no incidían en el derecho de propiedad mismo, sino que debían ser entendidas simplemente como objetivos de la política pública de vivienda de las CCAA.

Este planteamiento explica que el TC no se haya visto obligado a entrar a analizar si las medidas aprobadas por las CCAA respetaban o no el contenido esencial del derecho de propiedad a que hace referencia el art. 53.1 CE, a pesar de la frecuente alegación sobre la infracción del art. 33 CE realizada en los recursos interpuestos. La verdad es que resulta un tanto decepcionante que, ante unas medidas que claramente han sido aprobadas con la intención de incidir en el contenido esencial del derecho de propiedad, la cuestión no haya merecido apenas la atención del TC. La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no recoge finalmente las medidas más intervencionistas (así, las aplicables a las viviendas desocupadas o deshabitadas) y será complicado que el TC se vea obligado a un pronunciamiento claro sobre esta cuestión, en caso de que pudieran ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad. No obstante, durante la tramitación de esta Ley ya se hizo pública la intención de algunos presidentes de CCAA no afines políticamente a los promotores de dicha Ley de impugnarla ante el TC.

Sin embargo, somos plenamente conscientes de las enormes dificultades de que este concreto motivo de inconstitucionalidad hubiere prosperado en los recursos ya analizados, aunque el TC lo hubiere abordado directamente. La doctrina constitucional tradicional sobre el contenido esencial del derecho de propiedad y la “reconoscibilidad” de cada tipo de derecho dominical en cada momento histórico parece una barrera difícil de sortear también en este caso. En nuestra opinión y dadas también las circunstancias sociales y económicas en que tales medidas fueron dictadas, difícilmente el TC hubiere entendido que las

restricciones impuestas a las facultades de uso y disfrute del propietario hacían irreconocible su derecho de propiedad³⁵.

Como se viene mencionando, otro buen ejemplo de ello lo hemos tenido de nuevo en la proyectada regulación andaluza de las VUT de 2022. En este caso podían señalarse hasta cuatro restricciones básicas de las facultades de uso y disfrute de los propietarios:

a) Limitaba a dos el número de viviendas que un mismo propietario, con independencia de su cuota de propiedad, podía explotar por sí mismo como vivienda de uso turístico (art. 26).

b) Limitaba a dos el número de viviendas que un mismo propietario podía ceder a terceros para que estas fueran explotadas como viviendas turísticas, tanto si se cedían a una empresa gestora como si se cedían mediante otra forma de explotación.

c) Prohibía de forma absoluta al propietario que explota una VUT la cesión de la misma para uso residencial, tanto si lo era como arrendamiento de temporada como si lo era como arrendamiento de vivienda habitual, lo fuera de forma completa o por habitaciones.

d) Finalmente y no menos importante, prohibía al propietario un uso personal de su VUT mientras permaneciera registrada como tal.

Aunque no se ha hecho referencia a ello hasta ahora, el punto d) anterior debe ser también muy tenido en cuenta. Una afección al uso turístico como la establecida en el art. 5 del proyectado decreto andaluz de 2022, en los términos ya analizados, afectaba también y de manera directa al uso personal de la vivienda turística que podía hacer el propietario y su familia. Y es que, en este caso, parece claro que resultaba inaplicable la excepción del uso personal a favor de los propietarios establecida en el art. 42.3 de la Ley 13/2011 de Andalucía, que viene a establecer este derecho a favor de ciertos propietarios. Esto es así porque esta norma resulta aplicable a las unidades de alojamiento constituidas en régimen de propiedad horizontal que son cedidas para su explotación turística (edificios de apartamentos o apartoteles, por ejemplo), en cuyo caso esta Ley obliga a realizar tal cesión a favor de una única empresa explotadora y por un plazo de tiempo no inferior a diez años. Por este motivo, se reconoce a estos propietarios la posibilidad de reservarse en los contratos de cesión el derecho a realizar un uso personal de estos alojamientos, que no tendría la consideración de uso residencial

35 COLINA GAREA, R.: *La función*, cit., pp. 355 y ss.; BARRAL VIÑALS, I.: "Viviendas desocupadas", cit., pp. 471-473. Una exposición resumida de esta doctrina también en PONS CÁNOVAS, F.: *La incidencia*, cit., pp. 76-78.

(incompatible con el uso turístico), pero siempre que este no sea superior a dos meses al año³⁶.

Como decimos, esta previsión normativa no es trasladable por motivos obvios a las viviendas de uso turístico, y el art. 5 del proyecto de decreto de 2022 no había establecido excepción alguna. Parece que aquí la lógica de la ley era que los propietarios de VUT podían recuperar de forma inmediata el uso residencial de la vivienda registrada como turística simplemente instando su baja en el registro, de manera que no necesitarían protección especial ni excepción alguna.

Pero, de nuevo y en este caso, el propietario se encontraría con todas las dificultades y obstáculos que puede conllevar para él dar de baja temporalmente una vivienda turística para disfrutarla él mismo y tener que volver a darla de alta una vez que quisiera reiniciar su explotación turística. No se trataba de una simple incomodidad, nos parece una limitación importante a las facultades de uso y disfrute del propietario de una vivienda por el simple hecho de haberla inscrito en un registro administrativo autonómico de viviendas turísticas.

La legislación autonómica incidía de una forma directa limitando las facultades del propietario, pero se antoja muy lejana la posibilidad de que un hipotético recurso ante el TC pudiera prosperar por este concreto motivo si se mantuviera de alguna forma en la normativa finalmente aprobada.

III. UNA CONCLUSIÓN Y UN CAMINO: HACIA UNA MODERNA Y EFICIENTE REGULACIÓN ESTATAL DEL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA.

Llegados a este punto no podemos sino constatar, como conclusión, el fracaso de la mayor parte de las medidas públicas adoptadas en los últimos años en España para luchar contra la escasez de vivienda disponible en alquiler a precios razonables.

El impacto ha sido muy limitado y desde luego no han contribuido a mejorar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Las medidas más osadas, que han sido adoptadas por las CCAA, han sido declaradas inconstitucionales en buena parte, la intervención legislativa del Estado ha sido muy limitada hasta la fecha

³⁶ Establece este art. 42.3:

“En ningún caso las personas propietarias o cesionarias podrán darle un uso residencial a las unidades de alojamiento, prevaleciendo su naturaleza mercantil y turística sobre cualquier otro destino.

A efectos de esta Ley, se considerará uso residencial:

a) El reconocimiento en el contrato a que se refiere el apartado anterior de una reserva de uso, o de un uso en condiciones ventajosas, a las personas propietarias de las unidades de alojamiento por un periodo superior a dos meses al año.
b) El uso de la unidad de alojamiento por parte de las personas propietarias por un periodo superior al señalado en la letra anterior”.

(está por ver, como venimos diciendo, el impacto de la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda), y las normas municipales para la limitación de las viviendas turísticas están ahora mismo en desarrollo en algunas grandes ciudades con muchas dificultades y gran dependencia de decisiones claramente políticas, y en todo caso, no pueden tener efectos retroactivos respecto a las viviendas ya declaradas como tales. Y lo cierto es que todo ello no viene sino a añadir más "leña al fuego"³⁷.

Por este motivo, defendemos la necesidad de retomar el camino del Derecho privado como la vía más sensata para ayudar a que el mercado del alquiler alcance un equilibrio razonable; en concreto, entendemos que una más moderna y eficiente regulación del contrato de arrendamiento en España puede contribuir a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

Sin perjuicio de otras posibles soluciones no excluyentes, abogamos en este sentido por una regulación unitaria y flexible de los arrendamientos que recaen sobre una vivienda (arrendamiento de vivienda habitual, arrendamiento de temporada y arrendamiento turístico, incluida la cesión de habitación de vivienda), que equilibre los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario y pueda ayudar en el objetivo perseguido.

Por este motivo, nuestra posición iría en la línea marcada por la doctrina especializada en el sentido de otorgar un mayor protagonismo al Derecho civil en el mercado de la vivienda. Así, NASARRE AZNAR, tras analizar la mayor parte de las medidas públicas en materia de vivienda en los últimos años, las califica de "soluciones mágicas" que han de ser superadas con una visión mucho más general: "Para superar estas «soluciones mágicas» es necesaria una mayor reflexión y estudio, alterar elementos estructurales del sistema si es necesario, intentar comprender la problemática desde una óptica general. Es decir, el derecho civil"³⁸.

En este punto, un elemento esencial lo constituye lógicamente el mercado del alquiler libre, pues es conocida la escasez de vivienda social en España (casi todos los datos apuntan a la cifra del 3% del parque total). Por ello, hay que centrarse especialmente en medidas de fomento para conseguir vivienda asequible sin

37 Por ejemplo, NASARRE AZNAR, S.: "Llueve sobre", cit., p. 277, señala también los efectos negativos de la reforma de la LAU por la Ley 4/2013 sobre la oferta de alquiler residencial tras el Covid-19: "Esta reforma tuvo ya efectos negativos en la oferta de viviendas en alquiler y es en buena parte la responsable de que mucha de la vivienda de alquiler turístico que había quedado vacía a causa del COVID-19 no acabase en el mercado residencial (sino en meros «alquileres de temporada» o «por razón profesional» de dudosa legalidad): con duraciones mínimas obligatorias tan altas (5 y 7 años), una cosa es que el arrendador turístico pueda circunstancialmente hospedar arrendatarios residenciales y otra cosa es que, una vez alquilada la vivienda, los deba tener ese mínimo de años obligatoriamente, pues previsiblemente el turismo vendrá antes y le es mucho más rentable".

38 NASARRE AZNAR, S.: "Llueve sobre", cit., p. 280.

intervención pública y aquí es imprescindible una reforma para la modernización y flexibilidad del contrato de arrendamiento que recae sobre una vivienda en España.

NASARRE AZNAR cita dos pilares clave: un sistema de renta referenciado al precio de mercado pactable opcionalmente e incentivado, y la posibilidad incentivada de contratar arrendamientos de duración indefinida³⁹.

Sin perjuicio de ello y siguiendo en este punto la propuesta formulada por MARTENS JIMÉNEZ, esta reforma obligaría a una nueva sistematización de todas las categorías de arrendamientos que recaen sobre una vivienda⁴⁰. Resulta imprescindible mantener un arrendamiento cuya finalidad sea satisfacer las necesidades de vivienda habitual o permanente del inquilino, en la línea del actual arrendamiento para uso de vivienda de la LAU y otorgando una especial protección al inquilino e incluso a ciertos inquilinos que pudieran encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. Puede pensarse en los arrendamientos contratados con terceros por las empresas a favor de sus trabajadores, por un organismo o Administración Pública a favor de ciertos colectivos sociales, aquellos celebrados por las universidades u otros centros de formación públicos o privados con sus alumnos, o por los empresarios arrendadores con sus propios empleados, así como por supuesto los arrendamientos por habitaciones, entre otros.

Junto a él deberían recogerse otros arrendamientos que recaen también sobre una vivienda, pero con una función o finalidad muy diferente, como los arrendamientos de temporada⁴¹, los arrendamientos con fines turísticos, y otros posibles casos que pudieran presentar singularidades concretas y que por ello debieran recogerse también. Aparte quedarían los arrendamientos de fincas urbanas “celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente” (art. 3.2 LAU), como arrendamientos permanentes para un uso distinto al de vivienda en sentido propio (equivalentes a los arrendamientos de locales de negocio de la LAU de 1964)⁴².

39 NASARRE AZNAR, S.: “Llueve sobre”, cit., p. 298.

40 MARTENS JIMÉNEZ, I. L.: “Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 4, pp. 92-96.

41 De hecho, la disposición adicional quinta de la Ley 12/2023 prevé la constitución de un grupo de trabajo en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor con el objetivo de presentar una propuesta de regulación de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda de la LAU, y en particular, los arrendamientos de una vivienda por temporada.

42 Existe en la actualidad un “Avant projecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibresisè del Codi civil de Catalunya”, que pretende aprobar en Cataluña una regulación específica en su CC y separarse así de la regulación contenida en la legislación estatal (la LAU respecto a los arrendamientos de fincas urbanas), aunque en muchos aspectos esenciales la sigue. El anteproyecto se presentó en diciembre de 2021 y actualmente se encuentra todavía en fase de audiencia e información pública (la última versión consultada es de fecha 1 de agosto de 2022 en: <https://justicia.gencat.cat/ca/detalls/Article/arrendamentbens>).

En todos estos casos, parece que el hilo diferenciador lógico entre unos arrendamientos y otros debe ser la finalidad acordada de los mismos y no tanto su plazo de duración, en la línea de la jurisprudencia que ha venido delimitando a los arrendamientos para uso de vivienda de los arrendamientos de temporada de la LAU y sin perjuicio de que en algunos casos una corta duración pueda ser un indicio cualificado de cuál ha sido la voluntad de las partes y la finalidad del arriendo⁴³.

Parece claro que cada uno de estos tipos de arrendamiento requiere de unas respuestas diferenciadas en aspectos esenciales de su regulación jurídica tales como: duración del contrato, posibles prórrogas y plazos de preaviso, regulación y su comienzo y finalización exactos, posibilidad de desistimiento y posibles penalizaciones, renta y su actualización, repercusión de ciertos gastos y suministros al inquilino, derechos de adquisición preferente reconocidos al inquilino, cesión del contrato, subrogación y subarriendo, resolución por incumplimiento, enajenación de la vivienda arrendada y efectos sobre el contrato, muerte del arrendatario como causa de extinción, etc.

No hace falta advertir de lo absurdo que resulta plantear, respecto a un arrendamiento con fines turísticos, la regulación de aspectos como: la posibilidad de prórrogas y plazos de preaviso, la actualización de la renta pactada, el reconocimiento de derechos de adquisición preferente, la subrogación y subarriendo (no así la cesión del contrato mismo), la repercusión de ciertos gastos y suministros al inquilino o usuario de la vivienda, la enajenación de la vivienda arrendada, etc. Por el contrario, sí serían aspectos importantes a tener en cuenta: la regulación supletoria del momento exacto del inicio y de finalización del periodo de alojamiento, la determinación de si es posible una cancelación o desistimiento anticipado del contrato, así como sus condiciones de ejercicio y posibles penalizaciones, la posibilidad de cesión de la reserva (contrato), entre otros ejemplos.

Una cuestión central estaría en decidir la ubicación de esta hipotética reforma, si en una ley especial arrendaticia (una nueva LAU) o si en el Código civil. Lo lógico creemos que sería en este último, de manera que se llevara a cabo una modernización del contrato de arrendamiento y su adaptación a las nuevas

En el texto, el art. 623-36 distingue dentro de los arrendamientos de una vivienda entre: a) arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente, y b) arrendamiento de vivienda para otros usos (residencia secundaria u ocasional y limitada en el tiempo por razones personales, laborales, de estudios, vacacional, etc).

Aparte, se regula el alquiler de habitaciones (que puede ser tanto temporal, que es el tipo tomado por defecto, como el destinado a residencia permanente). Sin embargo, no se ha previsto la posibilidad de que el arrendamiento de una vivienda pueda ser indefinido.

43 VALLADARES RASCÓN, E.: "Comentario al artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda", en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 73 y ss.

realidades en un único texto normativo que contribuyera a clarificar y simplificar la regulación jurídica. Se podrían establecer unas normas generales comunes para todos los arrendamientos de vivienda, y acto seguido, unas normas especiales para los tipos concretos que hemos citado u otros que interesara incluir, como hace MARTENS JIMÉNEZ⁴⁴.

La consecuencia sería la derogación de la LAU y la recuperación de la centralidad del CC respecto a este contrato, rompiendo en consecuencia con la tradición que se ha venido imponiendo en España desde antiguo, y si contamos desde la aprobación del CC, desde la LAU de 31 de diciembre de 1946, y mucho antes de esa fecha, con el Real Decreto de 21 de junio de 1920 y sus sucesivas prórrogas anuales que vinieron a declarar la prórroga forzosa de los arrendamientos de fincas urbanas en poblaciones de cierto tamaño⁴⁵.

Sin embargo y siendo realistas, una reforma así no parece muy factible en estos momentos, de manera que aunque solo fuera por razones prácticas y para que pudiera dar comienzo una modernización del contrato de arrendamiento lo más pronto posible, la alternativa por una nueva LAU sería lo más recomendable, sin perjuicio de su futura incorporación al CC que sería, sin duda, la opción más deseable.

44 MARTENS JIMÉNEZ, I. L.: "Propuesta de introducción", cit., pp. 90 y ss.

45 Vid. ARGELICH COMELLES, C.: "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", *e-Legal History Review*, núm. 25, 2017, pp. 15 y ss.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE I FONT, J. M.: "La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, 2021, nueva época núm. 15, pp. 21-41.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, Tomo III (Derecho de bienes), Vol. I (Parte general y derecho de la propiedad), Bosch, Barcelona, 1994.

ANDERSON, M.: "La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 38, pp. 81-117.

ARANA GARCÍA, E.: "La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias", *REALA*, 2018, núm. 10, pp. 6-21.

ARGELICH COMELLES, C.: "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", *e-Legal History Review*, 2017, núm. 25, pp. 15 y ss.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 235-272 (doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.01>).

BARRAL VIÑALS, I.: "Viviendas desocupadas procedentes de ejecución hipotecaria en manos de entidades bancarias: reformulando la función social de la propiedad de la vivienda", en AA.VV.: *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho Privado europeo* (coord. por E. LAUROBA LACASA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 461-487.

BASSOLS COMA, M.: "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, núm. 85, pp. 13-42.

CERDÁ MANSILLA, E./ RUBIO, N./ GARCÍA HENCHE, B./ CAMPOS, S.: "Airbnb y la turistificación de los barrios en las ciudades: un análisis de segmentación por barrios del alojamiento extrahotelero en Madrid", *Investigaciones Turísticas*, 2002, núm. 23, pp. 210-238 (<https://doi.org/10.14198/INTURI2022.23.10>).

COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

DOMÉNECH PASCUAL, G.: “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico”, *Anuario de Derecho Municipal*, 2017, núm. 11, pp. 43-73.

GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat”, *Revista de Derecho Civil*, 2019, núm. 4, pp. 1-43. (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>)

GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *Revista de Derecho Civil*, 2020, núm. 2 especial, pp. 15-46.

GARRIDO MAYOL, V.: “Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda”, en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.^a D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 267-296.

HATZOPOULOS, V.: “Disarming Airbnb- Dismantling the Services Directive? Cali Apartments”, *CommonMarketLawReview*, 2021, núm. 58-3, pp. 905-928.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: “Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal”, en AA.VV.: *Reflexiones sobre la vivienda en España* (dir. por F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ/ F. GONZÁLEZ GARCÍA), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 15-61.

LÓPEZ RAMÓN, F.: “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, en AA.VV.: *Construyendo el derecho a la vivienda* (coord. por F. LÓPEZ RAMÓN), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-24.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

MACHO CARRO, A.: “Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia Cali apartments y su recepción en España”, *Revista de Estudios Europeos*, 2022, núm. 79, pp. 668-686.

MARTENS JIMÉNEZ, I.L.: “Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 4, pp. 49-101.

MOREU CARBONELL, E.: “Viviendas vacías”, en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (dir. por M.^a T. ALONSO PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 27-72.

NASARRE AZNAR, S.: "Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 273-308 (doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02>).

PADIAL ALBÁS, A.: "La configuración de la propiedad en el Derecho civil catalán", en AA. VV.: *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el Derecho civil de Cataluña* (coord. por A. PADIAL ALBÁS/M.^a D. TOLDRÁ ROCA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 17-56.

PÉREZ DAUDÍ, V.: "El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.^a D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 329-350.

PONCE SOLÉ, J.: "La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", *Revista d'Estudis Autonòmics y Federals*, 2008, núm. 7, pp. 175-195.

PONS CÁNOVAS, F.: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

QUICIOS MOLINA, M. S.: "Covid y arrendamientos de vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario 2021, Tomo II, pp. 183-202.

ROCA I TRÍAS, E.: en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. IV (*Drets reals*), (dir. por L. PUIG FERRIOL/ E. ROCA I TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROMÁN MÁRQUEZ, A.: "Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2018, nueva época núm. 10, pp. 22-39.

SOLA TEYSSIERE, J.: "Delimitación material de la razón imperiosa de interés general protección del entorno urbano a través de la jurisprudencia urbanística", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2020, núm. 207, pp. 211-234.

VALLADARES RASCÓN, E.: "Comentario al artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda", en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Navarra, Navarra (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 73 y ss.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011.