

LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD
SOBRE LA VIVIENDA EN LA ERA DE LOS BIENES COMUNES.
A PROPÓSITO DE LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA
VIVIENDA*

*THE REDEFINITION OF PROPERTY RIGHTS TO HOUSING IN
THE ERA OF THE COMMONS. CONCERNING LAW 12/2023 ON
THE RIGHT TO HOUSING*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 630-663

* Este artículo se ha realizado también en el marco del Centro de Investigación de Economía Social (CIDES) de la Universidad de Almería y el Proyecto de Investigación 2023-2024 sobre "Instrumentos civiles de tutela de bienes comunes" financiado para el Grupo Derecho Privado y Comparado por esta Universidad (SEJ 500139).

M.^a Belén
SAINZ-
CANTERO
CAPARRÓS

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: La propiedad de la vivienda, como la de los demás bienes, se ha regido hasta ahora por el Código Civil, además de un buen número de normas especiales de Derecho Privado y Derecho Público que consideran las dimensiones social y económica propias de dicho bien. Entre ellas las normas autonómicas sobre vivienda, respecto de las cuales se ha tenido que manifestar el Tribunal Constitucional, prácticamente cada vez que una de ellas veía la luz. A partir de la ley 12/2023, el Estado y las Comunidades Autónomas, también los Entes Locales en alguna medida, atribuirán en cada momento las facultades que, según consideren, deben corresponder a los titulares de las viviendas, atendiendo a las circunstancias particulares de estas y las del mercado en que se encuentren, así como las atribuyen, hace mucho, sobre el suelo, el agua, las costas, o el suelo para enterramientos.... En esa tarea deberían respetar el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad consagrado en la Constitución y descrito en el Código Civil aun considerando su "función social", pues tiene declarado el Tribunal Constitucional que esta función no puede justificar una alteración tan sustancial de este derecho que quede desnaturalizado. El legislador de la ley 12/2023 expresa una consideración de la vivienda como un "bien común" que aporta una perspectiva esencial desde la que analizar la norma, y que conduce finalmente a la conclusión de que si la vivienda es un bien común, necesita de soluciones e instrumentos de atribución y gestión adecuadas a un bien común. Estas soluciones e instrumentos no son las propias del Derecho administrativo, a las que el legislador se confía absolutamente en la ley 12/2023, sino a las propias del Derecho Civil, a las que habría sido mucho más conveniente que acudiera la ley 12/2023.

PALABRAS CLAVE: Vivienda; bien común; propiedad; Derecho Civil; economía civil; comunidad; mercado; expropiación; cooperación.

ABSTRACT: *The ownership of dwellings, like that of other assets, has been regulated until now by the Civil Code, in addition to a good number of special rules of Private Law and Public Law that take into account the social and economic dimensions of this asset. Among them are the autonomous regulations on housing, for which the Constitutional Court has had to express its opinion, practically every time one of them came into force. From Law 12/2023 onwards, the State and the Autonomous Communities, and to some extent also the Local Bodies, will attribute at any given time the powers that they consider should correspond to the owners of dwellings, taking into account their particular circumstances and those of the market in which they are found, just as they have done for a long time with regard to land, water, coasts, or land for burial sites.... In this task, they should respect the essential content of the fundamental right to property enshrined in the Constitution and described in the Civil Code, even considering its "social function", as the Constitutional Court has declared that this function cannot justify such a substantial alteration of this right that it is distorted. The legislator of Law 12/2023 expresses a consideration of housing as a "common good" that provides an essential perspective from which to analyse the regulation, and which finally leads to the conclusion that if housing is a common good, it needs solutions and instruments of attribution and management appropriate to a common good. These solutions and instruments are not those of administrative law, to which the legislator relies entirely in Law 12/2023, but those of civil law, to which it would have been much more appropriate for Law 12/2023 to have recourse.*

KEY WORDS: *Dwelling; common good; property; civil law; civil economy; community; market; expropriation; cooperation.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA VIVIENDA.- II. LA VIVIENDA UN “BIEN COMÚN” EN “LA ERA DE LOS BIENES COMUNES”. LA “FUNCIÓN SOCIAL” DE LA VIVIENDA EN LA NUEVA LEY.- III. EL PROBLEMA DE LA OFERTA DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO O PROPIEDAD PARA RENTAS MEDIAS O BAJAS Y EL “DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA” PARA TODOS, SIN DISCRIMINACIÓN POSIBLE.- IV. EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: “SOLO” UN DERECHO A NO SER EXCLUIDO POR EL MERCADO DEL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.- V. LA “ADMINISTRATIVIZACIÓN” DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS VIVIENDAS PARA “CIVILIZAR” LOS MERCADOS: POSIBLEMENTE INCONSTITUCIONAL. PROBABLEMENTE INEFICAZ.- VI. EL DERECHO CIVIL Y LAS FORMAS CIVILES DE ATRIBUCIÓN Y GESTIÓN DE BIENES COMUNES, LA RESPUESTA NECESARIA AL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA VIVIENDA.

Tras un camino lleno de dificultades, ya está en vigor la ley 12/2023, de 24 de mayo, llamada “por el derecho a la vivienda” que dice tener por objeto: “regular, para todo el territorio español, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma” (art. 1.1); y que para asegurar el ejercicio del “derecho a la vivienda”: “será asimismo objeto de esta ley la regulación de la función social de la vivienda, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias.”(art. 1.2)¹

En la tramitación del proyecto de ley en el Congreso y el Senado, fue objeto este de cerca de un millar de enmiendas, con interesantes debates que la cuestionaban en su totalidad o en determinados aspectos, tanto desde una perspectiva económica, como jurídica. En particular, en cuanto a esta última, sobre la cuestión competencial y los límites jurídico-constitucionales de las medidas propuestas. A este respecto, recibió así mismo un contundente informe del Consejo General del Poder Judicial, cuestionando su constitucionalidad, y el anuncio de los gobiernos

1 El párrafo 3 del art. 1 señala que “La ley también tiene por objeto reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda”

• M.ª Belén Sainz-Cantero Caparrós

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: bsainz@ual.es

autonómicos de que inaplicarían la norma, además de recurrirla ante el Tribunal Constitucional.²

Ciertamente la competencia sobre el régimen jurídico relativo a la vivienda lo han asumido las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.3 CE, por lo que el Estado solo sería competente, -ya que pretende sostener su labor de legislador en esta materia sobre el art. 149.1.1-, para establecer una legislación básica o ley de bases, relativa a las condiciones básicas que garanticen el ejercicio del " derecho de acceso a la vivienda digna en condiciones de igualdad".³ Pero no parece inoportuna ni inútil , sino muy necesaria, una ley estatal sobre la vivienda, que sirva de marco delimitador y de coordinación a las Comunidades Autónomas en una materia tan importante. Así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre algunas de las leyes autonómicas aprobadas en relación con la vivienda⁴, considerando además que la vivienda "puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador". [STC 37/2022, de 10 de marzo, (ECLI:ES:TC:2022:37)].

Dicha complejidad competencial sería consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda: "económica" y "social"⁵ [STC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152), FJ 2]". Y por esta doble dimensión, la vivienda

2 Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 27 de enero de 2022. Le acompañaron votos particulares concurrente de los vocales, Juan Manuel Fernández Martínez Y Juan Martínez Moya y discrepantes de los vocales Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez De Careaga García, Rafael Mozo Muelas, María Concepción Sáez Rodríguez Y Pilar Sepúlveda García De La Torre. La lectura del acuerdo del pleno con el informe al anteproyecto de ley y los votos particulares al informe es imprescindible para comprender el significado y la trascendencia jurídica de las soluciones al problema del acceso a la vivienda por las que ha optado el legislador en la Ley 12/2023.

3 Al respecto la STC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152) dispuso que: "(...) habida cuenta de la competencia general del País Vasco en materia de vivienda, la posibilidad del Estado de incidir sobre la misma, mediante una regulación propia, se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica"; que "(...) el Estado puede aportar recursos vinculados al ejercicio de sus competencias materiales y en garantía de su efectividad. Por el contrario, no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto y en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de la planificación y la coordinación de la actividad económica y sobre las bases de ordenación del crédito"; y que "tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado [...] Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional". Vid. ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, abril-septiembre 2019, núm. 11, pp. 106-121. También ARAGÓN REYES, M.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada -a propósito de la STC sobre la ley andaluza de reforma agraria-", *La Reforma Agraria, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, núm. 10, Madrid, pp. 181 y ss.

4 La STC 80/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TC:2018:80), afirmó igualmente : "No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1^o CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional". Esta misma reflexión se reitera en otras Sentencias como la STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16); STC 32/2018, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32) y la STC 43/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:2018:43).

5 También en este sentido se pronuncia la STC 59/1995 de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:59).

debe ser considerada, para el tribunal Constitucional, como “el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”, pero también “constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado⁶ [STC 37/2022, de 10 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:37)].

Parte esta ley de esta perspectiva económica y social, disponiendo medidas estructurales dirigidas a facilitar el acceso a una vivienda “digna y adecuada” a precios “asequibles”, que involucran, unas a los poderes públicos (estatal, autonómico o local) y otras, a los particulares. Su exposición de motivos y su articulado expresan la intención central de comprometer a los poderes públicos y a los particulares (también entidades del “tercer sector”) en colaborar para resolver los problemas de la insuficiente oferta de vivienda, con medidas fiscales y anunciando políticas públicas, pero también disponiendo deberes y limitaciones de uso y disposición a los particulares, especialmente los propietarios de las viviendas, y controlando los precios del mercado de la vivienda, en particular del alquiler.⁷ Es en relación con estas últimas medidas, la que afectan a los propietarios de las viviendas y a los mercados que la constitucionalidad de la nueva norma puede venir también comprometida, si, como se ha puesto de manifiesto desde que se iniciara el largo recorrido del proyecto de ley en las Cortes antes de su aprobación definitiva, se considera que puede suponer una quiebra a la libertad de mercado y al derecho constitucional de propiedad, que, redefinido, quedaría vacío de contenido cuando tenga por objeto una vivienda, en atención a la “función social” que la ley señala a este bien.⁸

6 Sobre la compleja problemática del mercado de la vivienda en los últimos años es también obligada la obra de NASARRE AZNAR, S.: *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas 'subprime' a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

7 Los objetivos que persigue la ley según se indica en la exposición de motivos (III) son los siguientes: «1. Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todos el territorio nacional; 2. Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles; 3. Dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad y la habitabilidad de las viviendas, garantizando así la dignidad y la salud de las personas que las habitan; 4. Definir los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con objeto de favorecer el ejercicio del derecho constitucional en todo el territorio; 5. Regular el régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, asegurando su desarrollo, protección y eficiencia para atender a aquellos sectores de la población con mayores dificultades de acceso; 6. Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares; y 7. Mejorar la protección de las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.»

8 TORNOS MAS, J.: “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre 2014, núm. 99-100. También AGUDO GONZÁLEZ, J.: “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de administración pública*, 2011, núm. 185, pp. 9-47

En relación con esta redefinición de la propiedad sobre las viviendas basada en la función social que la ley le asigna, se ha puesto de manifiesto que la Constitución Española (en adelante CE) habla de la función social del derecho de propiedad, y no de “la vivienda” como lo hace la Ley, y que detrás de esta justificación se pone de manifiesto que la ratio legis de la norma es convertir a la vivienda (incluso las de titularidad privada) en un “servicio público”⁹. El propio legislador en la Exposición de Motivos afirma que las políticas públicas de vivienda deben orientarse a satisfacer el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada como un servicio de interés general.

Lo que, en mi opinión, expresa el legislador al asignar esa función social a la vivienda es sobre todo, una consideración de la vivienda como un “bien común”. Esta consideración aporta una perspectiva esencial desde la que analizar la norma, que conduce finalmente a la conclusión de que si la vivienda es un bien común, necesita de soluciones e instrumentos de atribución y gestión adecuadas a un bien común. Y estas soluciones e instrumentos no son las propias del Derecho administrativo, a las que el legislador se confía absolutamente en la Ley 12/2023, sino a las propias del Derecho Civil¹⁰.

II. LA VIVIENDA UN “BIEN COMUN” EN “LA ERA DE LOS BIENES COMUNES”. LA “FUNCIÓN SOCIAL” DE LA VIVIENDA EN LA NUEVA LEY.

En el último siglo se ha desarrollado entre los economistas y los juristas, pero también en otras ciencias y en relación con ellas, un debate muy importante entorno a los denominados “bienes comunes”. El aire, el agua, el clima, la fertilidad del suelo, las semillas, la biodiversidad, el conocimiento o la cultura, el patrimonio histórico... se han ido sumando a la relación de estos bienes, sobre los que existe acuerdo que es preciso conservar y garantizar a todos, facilitando su acceso a quienes tengan dificultades, por resultar esenciales a todos los individuos y al mantenimiento del orden social democrático.

Los bienes comunes, por sus características, son una categoría distinta a los bienes públicos y los privados. Los bienes públicos, son bienes accesibles a todos; el uso individual que hacen de ellos los ciudadanos, es independiente del uso de los demás y no excluye ni impide su uso por todos los demás. Los bienes privados, por el contrario, son por naturaleza de uso y disfrute excluyente para su titular, respecto de los demás (erga omnes si está atribuidos a través de un derecho real,

9 En este sentido NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley de vivienda 2022”, *Apuntes 2022/II*, Abril de 2022, FEDEA. [fedea.net](https://documentos.fedea.net) <https://documentos.fedea.net> > 2022 > ap2022-II

10 ZAMAGNI, S.: “Bienes comunes y economía civil”, *Revista Cultura Económica*, junio 2014, Año XXXII, núm. 87, pp. 8-25. Sobre la Economía Civil, su origen y su desarrollo, vid también ZAMAGNI, S y BRUNI, L.: *L'economia civile (Farsi un'idea)*, Ed. il Mulino, Bologna, 2015. Y así mismo BRUNI, L., SANTORI, P., Ed S.T. y ZAMAGNI, S.: *Lezioni di storia del pensiero economico. Un percorso dall'antichità al Novecento*, 2021.

o interpartes, si se disfrutan o están atribuidos como de derecho de crédito). La utilidad que obtiene su titular de un bien privado está relacionada precisamente con la exclusión de su uso para los demás. A diferencia de los bienes privados y de los bienes públicos, los bienes “comunes” son bienes sobre los que se proyectan intereses privados, pero también públicos y colectivos o difusos, por lo que su atribución a un sujeto, a través de un derecho subjetivo, no puede ser excluyente de los demás sujetos. Esta exclusión no está justificada.

Como punto de partida es preciso considerar que el derecho subjetivo sobre un bien que cualquier norma puede reconocer, lo que tutela es el interés sobre los bienes, la utilidad que el bien procura al titular del derecho y no los bienes en sí y que implica siempre una posición jurídica que es relación de su titular con otros¹¹. Pues bien, la utilidad que un individuo obtiene con el uso de un bien común está forzosamente relacionada con el provecho que los demás obtienen o pueden obtener también de este mismo bien, de modo que la utilidad que el individuo obtiene de ese bien común “se materializa junto con otros, no puede excluir la de los demás (como sucede a los bienes privados), ni de forma independiente (como sucede con los bienes públicos)”¹². Y es por esta característica, en particular, que el uso ilimitado o ilegítimo del bien por un individuo al que se ha atribuido su goce y disfrute en cualquier modo (como derecho real o como derecho de crédito) perjudica siempre a los demás; pone en peligro el interés de todos: Es “la tragedia

11 Sin poder entrar en la complejidad de las teorías que se han desarrollado y que se formulan en torno al derecho subjetivo, partimos del concepto de VON HERING, R.: *El Espíritu Del Derecho Romano*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 945 y 946 “: (...) Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines (...) Dos elementos constituyen el principio del derecho [subjetivo]: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho [subjetivo], acción de la justicia. (...) Los derechos son intereses jurídicamente protegidos.” Y así mismo de la más reciente teoría de George W. Rainbolt en su obra *The Concept of Rights*, tratando de superar las deficiencias de la teoría del interés de Joseph Raz y la teoría de la voluntad o la elección de H.L.A. Hart y de Carl Wellman. Para George W. Rainbolt y su teoría de la restricción justificada del derecho subjetivo cada posición jurídica es una relación. Así la comprensión del derecho subjetivo requiere considerar las posiciones jurídicas o relaciones que implica para analizar si los atributos del titular del derecho subjetivo están justificados. RAINBOLT, G.W.: *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 86 y 87. Vid. También LEÓN UNTIVEROS, M.Á.: “Breves apuntes sobre el derecho subjetivo”, *Sapientis*, 2011, Vol. 1, Núm. 1, <http://hdl.handle.net/20.500.14127/45>. Interesa también destacar, que como afirma PEÑA FREIRE, A.M.: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 42, 2008, p. 251-257 en la teoría de RAINBOLT “Otro aspecto que llama la atención es que se admita la existencia de derechos-deber (duty rights), derechos-sujeción (liability rights), o derechos-incompetencia (disability rights), o derechos de no-pretensión (no-claim rights) (p. 34). RAINBOLT reconoce que las expresiones suenan extrañas, pero señala que está en la lógica del cuadro de categorías hohfeldianas y que es un efecto de la definición del derecho en términos de restricción normativa justificada: cuando cualquiera de esas relaciones está protegida por una pretensión o una inmunidad, estaremos en presencia de un derecho”. Para PEÑA FREIRE, “Aunque la tesis es coherente con la definición de derecho, lo cierto es que sigue sonando bastante extraño hablar de un derecho al deber, por mucho que uno pueda exigir poder cumplir con su deber”. *La ley 12/2023* ofrece, sin duda, muestras de estas categorías.

12 Como destaca ZAMAGNI, ya el Código Justiniano de 529 d.C. oponía *res privatae* y *res publicae* a *res communes* y *res nullius*, en ZAMAGNI, S.: “Bienes comunes”, cit., p.18.

de los comunes” que acompaña a estos bienes inexorablemente, debido a su naturaleza¹³.

Con los bienes comunes se produce un permanente conflicto entre los intereses privados y los colectivos que se proyectan sobre ellos, de modo que los usuarios de estos bienes, deben considerar que mientras actúan en interés propio explotando el bien común, este se está reduciendo para todos¹⁴. Y así, cuando las circunstancias determinan que se produzca una carrera de maximización del consumo, como afirma ZAMAGNI, aquello que constituye la esencia de los bienes comunes es también el límite en el cual reside su “tragedia”, de modo que es posible que cuando los interesados en el bien común tomen conciencia de que el bien común no puede recuperarse, sea demasiado tarde.

Dice en efecto, ZAMAGNI, desde la Economía Civil: “si las personas que se benefician de un bien común no reconocen (y aceptan) que existe un vínculo de reciprocidad entre ellos, entonces, ni el contrato social de Hobbes – que encomienda al Leviatán contener el riesgo de exclusión– ni el individualismo libertario –que concede a las conciencias individuales la responsabilidad de autolimitarse–podrán conformar soluciones satisfactorias al problema de los bienes comunes”¹⁵.

Para los economistas de la Economía Civil es imprescindible una teoría articulada de la demanda de los bienes comunes (no solo de la oferta), pues estos bienes precisan de formas distintas de atribución y las formas de atribución han de adecuarse a esa demanda. Pero precisan también de formas distintas de gestión: no pública ni privada, sino cooperativa o colaborativa, porque resulta esencial a los bienes comunes que quienes los necesitan y aprovechan, consideren la necesidad de los demás y se autolimiten en su aprovechamiento. Necesitan una perspectiva de “reciprocidad” en su atribución y su gestión¹⁶.

La protección jurídica de los intereses privados, colectivos y sociales sobre los bienes comunes, con el reconocimiento y atribución de derechos subjetivos sobre esos bienes, entre ellos el de propiedad, debe en efecto afrontar dos aspectos esenciales:

13 La expresión “La tragedia de los comunes” se debe al biólogo evolucionista estadounidense Garrett Hardin en 1968. Pero ya antes, William Lloyd en 1832 describió lo que después se denominaría “la tragedia de los comunes”. En 1911, la economista estadounidense Katherine Coman desarrolló el tema en su estudio COMAN, K.: “Some unsettled problems of irrigation”, *American Economic Review*. Posteriormente S. Gordon pondrá de manifiesto la importancia de la adecuada atribución y la gestión sobre los bienes comunes de acuerdo a su naturaleza, en GORDON, H.S.: “The Economic Theory of a Common Property Resource”, *Journal of Political Economics*, 1954, núm. 62, pp. 124-142. <http://dx.doi.org/10.1086/257497>

14 RODRÍGUEZ PALOP, M.E.: “Reconocimiento, defensa y preservación de bienes comunes en los textos constitucionales”, *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, 2013, núm. 122, pp. 59-66.

15 Vid. en ZAMAGNI, S.: “Bienes comunes”, cit., p.18.

16 BRUNI, L.: *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, ed. Città Nuova, Roma, 2012, pp. 30-33.

En primer lugar, como han de atribuirse o distribuirse esos bienes entre los ciudadanos, garantizando su acceso en condiciones de igualdad: respetando las leyes del mercado, pero también atendiendo a la justicia social, y considerando que no existe la misma libertad de elección en la demanda, como en la oferta de los bienes esenciales. Se produce siempre una asimetría entre la demanda y el suministro, que puede dejar fuera de juego al sujeto marginado económicamente. Ello implica que como no es posible transformar en públicos todos los bienes comunes por su coste, es preciso que se ordenen limitaciones y controles públicos que garanticen la accesibilidad a estos bienes por quienes los necesitan y son vulnerables económicamente. El segundo aspecto esencial que es preciso disponer al tratar de los bienes comunes, tan importante como el anterior, es organizar la gestión dichos bienes para garantizar que no se degraden o se agoten; si no que, por el contrario, aumenten a medida de las necesidades que de ellos se tengan.

Descrita tan sintéticamente la categoría de los bienes comunes, en sus múltiples dimensiones y su “tragedia”, parece posible sostener que la nueva Ley refleja una consideración de bien común de la “vivienda digna y adecuada”, donde los individuos puedan establecer su residencia permanente o habitual. Esta consideración puede observarse especialmente en algunos aspectos de la regulación:

Desde luego en la declaración de la “función social” de la vivienda (art. 7), que obliga a los poderes públicos a garantizar para todos, sin discriminación posible (art. 6) el derecho subjetivo a la vivienda y asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora¹⁷.

También en la previsión del art. 5 de una acción pública en materia de vivienda, que como observó el Consejo General del Poder Judicial en su informe, responde a un modelo de acción pública que puede calificarse de “híbrido”, al no ajustarse claramente a la típica acción pública prevista en la legislación urbanística, de patrimonio histórico, costas o espacios naturales, pero tampoco al más restrictivo previsto en la legislación medioambiental¹⁸.

Esa consideración como bien común de la vivienda, se manifiesta así mismo en las “definiciones” del art. 3, en el que se han observado contradicciones y deficiencias técnicas importantes sobre la normativa proyectada, a pesar de que la vocación armonizadora de la normativa estatal respecto de las normativas autonómicas, justificaría y daría sentido a esta definiciones que reflejan una consideración como bien común de la vivienda; sea esta de titularidad privada

17 MARTÍNEZ-PUJALTE, C.C.: “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2005. Sobre los riesgos de cómo interpretar la “igualdad” en las relaciones entre particulares y hacerla efectiva se manifiesta el CGPJ en su informe (77) y ampliamente NASARRE AZNAR, S.: *Los años de la crisis*, cit., pp. 486 y ss. También en NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley”, cit., p. 11.

18 En la conclusión DECIMOQUINTA.

o pública.¹⁹ Desde esa perspectiva quiere el legislador que la vivienda sirva para residencia permanente o habitual. Y que sea “digna y adecuada” de modo que si no está en condiciones de ser habitada se considera “infravivienda”. Pero sobre todo... una condición en la que no puede estar una vivienda, considerada como bien común, es “vacía”, es decir, no habitada por su titular, cuando el resto están excluidos de su uso habitacional necesitándolo.

Por su función social, la vivienda es un bien dirigido “a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas y unidades de convivencia” (art. 7,1); de ahí que ya el artículo primero en su párrafo segundo disponga el deber del titular de derechos reales o de crédito sobre una vivienda a “destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico”. De este modo su no uso, pero también cualquier otro uso distinto al señalado por el legislador, en atención a esa función social, podría resultar sancionable, administrativamente, con multas, medidas tributarias o expropiaciones; pero también civilmente con la nulidad, por ilicitud de causa, de los instrumentos jurídicos que se hayan utilizado para atribuir esa utilidad²⁰. A ello responde también la penalización fiscal (a través del Impuesto Municipal de Bienes Inmuebles sobre las “viviendas vacías”²¹ durante más de dos años salvo causas justificadas de desocupación temporal.²² El objetivo de estas medidas es que los propietarios de las viviendas que no “usen” las ofrezcan al mercado.

Y revela desde luego una consideración de la vivienda como bien común la previsión en la Ley de políticas públicas destinadas a satisfacer el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada a través de la creación y gestión de parques públicos de vivienda, como a la provisión de viviendas para el parque privado pero sometidas a algún régimen de protección pública. Pero también el desarrollo de políticas públicas dirigidas a favorecer “la existencia de una oferta suficiente y

19 NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley”, cit., pp. 12 y 22.

20 NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley”, cit., pp.7 y 8.

21 El recargo será de hasta el 50% de la cuota líquida del impuesto cuando se trate de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados durante más de dos años; del 100% cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación; y se podrá añadir un 50% de recargo adicional (hasta llegar a 150%) en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. (Disposición Final 3^a)

22 Se tendrá en cuenta como justificación de vivienda desocupada el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de 4 años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma, a o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses. Sobre este tipo de medidas *vid.*, MOREU CARBONELL, E.: “Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de la función social o en circunstancias de emergencia social”, en AA.VV.: *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, (coord. por M^o T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 409.

adecuada de vivienda, que responda a la demanda existente y permita el equilibrio del mercado, asegurando la transparencia y adecuado funcionamiento del mismo” (Exposición de Motivos III).

III. EL PROBLEMA DE LA OFERTA DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO O PROPIEDAD PARA RENTAS MEDIAS O BAJAS Y EL “DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA” PARA TODOS, SIN DISCRIMINACIÓN POSIBLE.

Dicen los economistas que la teoría económica ha privilegiado siempre el enfoque de la “oferta” (no así de la demanda) en el problema de los bienes comunes: es decir, ha puesto el punto de atención en la cuestión de cómo crear incentivos para garantizar un adecuado nivel de suministro de esos bienes²³. Y esto es lo que hace la ley respecto de los mercados de la vivienda: Se dirige a garantizar la oferta, aunque en ese empeño, podría estar limitando en exceso la libertad de los propietarios de las mismas y sus facultades de decisión, sin ofrecer otras soluciones de atribución y gestión, a las que me referiré más adelante, que podrían resultar más eficaces.

Procurar “el acceso a la vivienda”, particularmente en régimen de alquiler, es el objetivo de medidas relativas al parque social de viviendas y la vivienda protegida; contemplando expresamente el aumento de los porcentajes de reserva de suelo para dichas viviendas²⁴. Pero también es el objetivo de las medidas sobre el parque privado de viviendas y los “mercados tensionados”: previendo la ley que las comunidades autónomas y los ayuntamientos, en un municipio, zona o barrio, que califiquen previamente como área tensionada, puedan limitar los precios de los alquileres en dichas zonas (art. 18).

La ley considera “mercado o zona tensionados”, el que se así se declare cuando las autoridades competentes constaten y acrediten que el precio de la vivienda (en venta o alquiler) representa un esfuerzo de más del 30% de los ingresos de los hogares de la zona, o que los precios hayan subido más de 3 puntos porcentuales por encima del IPC, en los últimos cinco años²⁵. Los límites al precio del alquiler, en esos mercados, se aplican de forma diferente según que el arrendador sea un “gran o pequeño propietario”. Los “grandes propietarios” (a definir por las Comunidades Autónomas, pero en principio más de diez viviendas, residencial

23 FRISCHMANN, B.M.: “Defining Infrastructure and Commons Management Infrastructure: The Social Value of Shared Resources”, *Oxford University Press*, 2012 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117460), p. 3.

24 Disposición final cuarta. Modificación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

25 La declaración de mercado residencial tensionado durará tres años, pero podrá prorrogarse de manera anual “cuando subsistan las circunstancias que motivaron tal declaración y previa justificación de las medidas y acciones públicas adoptadas para revertir o mejorar la situación desde la anterior declaración”.

o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros; pero con posibilidad de reducirse a cinco), tendrán un límite fijado por un índice de precios de referencia (que ha de señalarse) y que se aplicará también a los pequeños propietarios cuando alquilen una vivienda de esas zonas tensionadas que no haya estado alquilada en los cinco años anteriores. Para el resto de pequeños propietarios en la zona tensionada el límite del precio del alquiler viene determinado por el precio del contrato de arrendamiento anterior. Y solo lo podrán elevar hasta un 10% cuando hayan realizado obras de rehabilitación en la vivienda o para eficiencia energética, o cuando se firmen nuevos contratos a diez años con los inquilinos²⁶.

La ley dispone también prórrogas forzosas de los arrendamientos en esas zonas tensionadas, de modo que los inquilinos pueden decidir si continuar o no en la vivienda arrendada al llegar el término final señalado en el contrato. Prorrogando el contrato anualmente, hasta tres años, en las mismas condiciones pactadas. Incluso se podrán prorrogar más allá de esos tres años, por un año más, si el inquilino puede demostrar que está en situación de vulnerabilidad y el propietario es un gran tenedor²⁷. El arrendador solo podrá evitar la prórroga forzosa impuesta por el arrendatario en determinados casos: si pactan nuevos términos, celebrando un nuevo contrato de arrendamiento, con las limitaciones en la renta que correspondan, o cuando pueda demostrar el arrendador la necesidad de recuperar la vivienda para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad, entre otros motivos.

Son también medidas incentivadoras del alquiler en zonas tensionadas la de la desgravación de la renta obtenida por el arrendador hasta el 60%, cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los dos años anteriores a la firma del contrato; hasta el 70 % cuando alquilen a jóvenes de entre 18 y 35 años. Y podrá llegar hasta el 90% si se efectúa una rebaja del alquiler del 5% respecto a la firma anterior²⁸.

Fuera de las zonas tensionadas, quiere la ley proteger a todos los arrendatarios, disponiendo para todos los arrendamientos, topes a la subida de las rentas y para “controlar” efectivamente las rentas que se satisfacen en las relaciones arrendaticias, se obliga a que el pago del alquiler se realice a través de medios electrónicos a menos que alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso

26 Disposición final primera. Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda.

27 Disposición transitoria cuarta. Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

28 Disposición final segunda. Incentivos fiscales aplicables en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda.

a medios electrónicos de pago; solo en estos casos y a solicitud de dicha parte, se realizará el pago en metálico, en la vivienda arrendada²⁹.

La ley asigna los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato al arrendador (de habitual carga, hasta ahora, para el arrendatario, en zonas de mucha demanda y poca oferta), y otros gastos atribuibles al arrendador como los de comunidad, tasas de basura o cualquier otro gasto, será trasladable al arrendatario, solo si se pacta expresa y previamente.

Pero sobre todo, quiere proteger el legislador a los arrendatarios "vulnerables" para no ser desahuciados, cuando el propietario se proponga instar un procedimiento para pedir el desalojo de la vivienda cuando el inquilino no satisface las rentas, o se ha producido una "ocupación". Así, dependiendo de si el propietario es un gran tenedor o no (lo que habrá de justificarse), deberá acreditar además el arrendador que el ocupante que está usando la vivienda como habitual, no está en situación de vulnerabilidad y que ha acudido a los órganos de conciliación o intermediación que hayan dispuesto las administraciones competentes. Según las circunstancias concurrentes, los lanzamientos de vivienda podrán retrasarse hasta dos años³⁰.

Será necesario un tiempo para valorar si estas medidas, en particular las que intervienen las relaciones entre privados, junto a otras que sugiere la Ley, consiguieren su objetivo: garantizar a todos, en todo el país, el acceso a una vivienda digna y adecuada. Pero quienes analizan los efectos que medidas semejantes han producido en otros países de nuestro entorno, y la mayoría de los expertos en el mercado inmobiliario español vaticinan, por el contrario, que los únicos beneficiados de estas medidas, serán los actuales arrendatarios por el tiempo que duren sus contratos; ya que todas ellas provocarán en el tiempo, que los contratos de arrendamiento de larga duración disminuyan en favor de los temporales o los turísticos. Y que la oferta del alquiler en general disminuya, (a pesar de las penalizaciones fiscales a las viviendas vacías o destinadas a uso distinto), encareciendo como consecuencia los precios del alquiler, y por tanto, provocando finalmente una exclusión progresiva del acceso a las viviendas de personas y familias con rentas medias y bajas; y todo ello no sólo en las zonas tensionadas³¹.

29 Disposición final sexta. Limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda: EL IPC dejará de ser el índice de referencia que marque la subida anual del alquiler y dará paso a topes de alzas como el vigente del 2%. De esta forma, en 2024 el límite de subida será del 3% y, a partir de 2025, la pauta anual la marcará un nuevo índice que creará el INE «con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento».

30 Disposición final quinta. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

31 Antes incluso de la entrada en vigor de la Ley 12/2023 fue ya noticia que los arrendadores habrían optado por arrendar habitaciones y no viviendas para escapar del ámbito de su aplicación. El precio de las habitaciones es sorprendente en muchos casos, y superior en todos al que resultaría de aplicar las normas de modulación de las rentas. Vid. "Alquilar habitaciones para saltarse el control de precios y otras 5 grietas de la ley de vivienda" en <https://www.businessinsider.es/boom-alquiler-habitaciones-otras-grietas-ley-vivienda-1245820>. En Derecho Comparado son también conocidos múltiples medios por los

La realidad es, por otra parte, que las posibilidades de acceder al parque de vivienda social y protegida de estas personas, son muy limitadas; porque dicho parque es manifiestamente insuficiente en España, como se lleva denunciando muchos años desde todas las instancias. La gran paradoja que esconde esta ley, es que no reconoce un derecho a los ciudadanos más vulnerables, o con rentas insuficientes para obtener una vivienda en el mercado, la posibilidad de exigir a los poderes públicos una vivienda social o protegida, en régimen de propiedad o alquiler, o una prestación económica para poder acceder a ella... Algunas leyes autonómicas de vivienda, como la vasca, así lo prevén. Pero el legislador estatal, por el contrario, hace descansar sobre el parque de viviendas privadas y “los agentes” implicados en el mercado, el derecho subjetivo a la vivienda digna y adecuada, disponiendo en su contenido, un elenco de derechos y deberes “constitucionales” de todos los ciudadanos, acompañados de una redefinición del derecho de propiedad, cuando se refiere a una “vivienda”.

IV. EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: SOLO UN DERECHO A NO SER EXCLUIDO POR EL MERCADO DEL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

La doctrina ha opinado siempre, de forma mayoritaria, que el art. 47 CE que recoge el derecho a una vivienda digna y adecuada, está proclamando constitucionalmente no un derecho fundamental, sino un principio rector de contenido económico y social³².

También el Tribunal Constitucional ha rechazado en múltiples ocasiones la condición de derecho subjetivo del “derecho a una vivienda digna y adecuada” recogido en el art. 47 CE, sin perjuicio de reconocerle valor normativo³³. El dictado del art. 47, por sus efectos, tendría más bien, la naturaleza de un mandato dirigido a

que los particulares escapan de las limitaciones de las normas sobre vivienda. Especial interés es la llamada “cláusula berlinesa” en los contratos de arrendamiento, que consiste en pactar dos rentas, una dispuesta libremente por las partes y otra según el índice de precios marcada por la Ley que se espera se declare nula por el constitucional correspondiente de modo que cuando esto suceda sea aplicable la renta negociada por las partes. Sobre ella *vid.* MORANT GREGORI, J.V.: “La sentencia del Tribunal Constitucional y la “cláusula berlinesa” en los arrendamientos de vivienda en Cataluña”, *El Notario*, marzo-abril 2023, núm. 108.

- 32 Y ello supone como afirma NASARRE que “no es necesario que se regule por Ley Orgánica ni es recurrible en amparo per se ante el Tribunal Constitucional. De hecho, en ninguna constitución europea figura como un derecho fundamental, aunque en Francia, desde la Ley DALO 2007, es reclamable directamente ante los tribunales, algo parecido de lo que sucede en el País Vasco desde la Ley 3/2015 (arts. 6 y 9). “Por lo tanto, en nuestro país el derecho a la vivienda es un derecho de desarrollo legal, de manera que es el legislador ordinario el que le tiene que dar contenido; y no cualquier legislador, sino el autonómico que haya asumido la competencia exclusiva, conforme al art. 148.1.3 CE, siendo el papel del Estado necesariamente residual”. NASARRE AZNAR, S.: “El proyecto de ley”, *cit.*, p. 3.
- 33 Aunque esa eficacia normativa, no llega a determinar la constitucionalidad de una norma estatal o autonómica a juicio del Tribunal Constitucional [SSTC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152); 158/1993, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:1993:158); 89/1994, de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:1994:89); 233/2007, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:233); 7/2010, de 27 de abril (ECLI:ES:TC:2010:7); y 32/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:32)].

los poderes públicos para desarrollar políticas dirigidas a que los españoles puedan disponer de una vivienda digna y adecuada.

Esa ha sido también la opinión del Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de mayo de 1987 donde afirmó que el derecho proclamado en el art. 47 CE recoge, sobre todo, un principio rector de la política social y económica que, con los demás incorporados al capítulo III del título Primero de la Constitución Española vigente, y como ellos, conforme al art. 53.3 CE, no serían directamente aplicables, sino que para ser invocados ante la jurisdicción ordinaria requieren de previo desarrollo legal, haciéndose efectivos conforme al régimen dispuesto por las leyes que los desarrollen. El principio rector del art. 47 CE obligaría así a la existencia y desarrollo de una política de vivienda, pero el contenido y tutela efectiva del proclamado “derecho a una vivienda digna y adecuada”, requeriría la previa actuación del legislador con la competencia para definir y concretar la estructura, contenido y garantías del “derecho subjetivo a la vivienda”.

No obstante, en los últimos años, un sector importante de la doctrina constitucionalista ha defendido que, a pesar de su título “De los principios rectores de la política social y económica”, el capítulo III del título I de la Constitución contiene además de principios rectores, derechos subjetivos (el derecho a la salud del art. 43, el derecho a la cultura del art. 44, el derecho al medio ambiente del art. 45, y el derecho a la vivienda (art. 47). Y así como sucede en la sección 1ª del capítulo II del título I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, donde aparecen, además, principios que claramente no pueden ser tratados como derechos fundamentales o libertades públicas, por lo que quedarían excluidos de las garantías del art. 53.1 y 2 (reserva material de ley, garantía del contenido esencial y protección mediante recurso de amparo). Según este sector doctrinal, y ante la literalidad del texto del art. 47, el derecho a la vivienda digna y adecuada sería entonces un verdadero derecho constitucional, aunque no fundamental³⁴.

El legislador ha venido a consagrar esta visión, y así lo hace ya en el mismo inicio de la Exposición de Motivos de la Ley: “La Constitución española (CE) reconoce, en su art. 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada. Por su objeto, el derecho constitucional así reconocido, incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los

34 Sobre el derecho subjetivo a la vivienda LÓPEZ RAMÓN, F.: “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, 2010, *Revista española de derecho constitucional*, 2014, año núm. 34, núm. 102, pp. 49-91; y más recientemente también LÓPEZ RAMÓN, F.: “El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda”, *Revista de administración pública*, 2020, núm. 212, pp. 297-308. Vid. también BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: “La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales”, *Lex Social*, 2011, vol. 01, núm. 1.

valores de la calidad de vida –de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental– y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (art. 10.1 CE). Invoca para ello la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español que sigue la anterior.

Ciertamente el “derecho a la vivienda” está presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, (art. 25.1)³⁵, y así mismo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de Naciones Unidas de 1966 (art. 11.1) cuyo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC³⁶), en su observación general n.º 4 de 1991, dispuso una serie de los elementos esenciales al contenido de ese derecho a la vivienda: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural). Y afirma además el Comité, que el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos presentes en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables³⁷. También la Carta Social Europea (art. 31), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y múltiples resoluciones del Parlamento Europeo, la más reciente de 21 de enero de 2021 de refieren al derecho a la vivienda; como las Agendas Urbanas Internacionales y la Agenda Española 2030³⁸. A todos estos documentos hace referencia el legislador de la Ley 12/2023 en su exposición de motivos.

35 “toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure, así como a su familia, la vivienda”,

36 “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) es un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Parte. www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cescr

37 Y afirma así: “Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”. <https://www.escripnet.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto>

38 El voto particular discrepante al informe del CGPJ, junto al marco internacional que se ha destacado, pone de manifiesto además que: “43. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no reconoce específicamente el derecho a la vivienda, el TEDH se ha referido al mismo en diversas ocasiones, si bien en el marco del derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH (por ejemplo, STEDH de 27 de junio de 2004, Connors contra Reino Unido), y aunque implícitamente lo admita, ha rechazado pronunciarse directamente sobre la obligación positiva impuesta al Estado de disponer una vivienda adecuada de tipo social (cfr. SEDH 26 de octubre de 2006, Wallowá et Walla contra la República Checa). Con todo, el reconocimiento del derecho viene de la mano, ya del art. 8 CEDH, ya del concepto de dignidad (STEDH de 12 de julio de 2005, Modovan y otros contra Rumanía), ya del art. 1 del Protocolo 1º, que se refiere a la propiedad, bien a partir de la prohibición de discriminación reforzada por el Protocolo n.º 12, o bien, en fin, mediante el recurrente art. 6, que proclama el derecho a un proceso equitativo. 44.- Incidiendo en esto último, el TEDH por lo general vincula el derecho a la vivienda a otros declarados en el CEDH, y en particular en el art. 8, del que, obviamente, no se deriva que el Estado deba facilitar una vivienda a los ciudadanos. En el asunto Connors contra Reino Unido (cit.) se apreció la vulneración de este artículo por considerar el Tribunal que el desahucio del demandado –demandante ante el TEDH- no se había realizado con las debidas garantías procedimentales. En el asunto Marzari contra Italia (STEDH de 4 de mayo de 1999) el demandante, con discapacidad grave, dejó de pagar el alquiler al considerar que el apartamento que había alquilado no se encontraba adaptado de forma adecuada a sus necesidades. En otros casos, sin embargo, el TEDH sostuvo que el art. 8 no otorga el derecho a ser provisto de vivienda y que

En España, leyes estatales y autonómicas declaran igualmente este derecho, acercándose en mayor o menor medida al contenido señalado por el DESC expuesto: Y así lo hace la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana³⁹, Y a nivel autonómico, lo proclaman expresamente “el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 26), del Estatuto de la Comunidad Valenciana (art. 16), del Estatuto de las Islas Baleares (art. 22)”⁴⁰; pero todas las Comunidades Autónomas lo han desarrollado a través de leyes que, en no pocos casos, han sido objeto de recursos de constitucionalidad⁴⁰. Estas leyes, a la que se suma la nueva ley del “derecho a la vivienda” vendrían a confirmar la condición de derecho subjetivo de este derecho a la vivienda digna y adecuada, y por tanto su exigibilidad, se comparta o no su naturaleza constitucional, de acuerdo a la doctrina tradicional que ve en el art. 47 CE un principio rector de la política social y económica.

Pero el texto de la ley, que para definir derecho subjetivo a la vivienda acude al tenor literal del art. 47CE o al art. 5 de la Ley del Suelo, e identifica a sus titulares como todos los ciudadanos, sin distinción ni discriminación posible (art.6), cuando pretende concretar como se materializa ese derecho subjetivo

esta era una cuestión de carácter político y no jurídico (STEDH de 18 de enero de 2001, asunto Chapman contra Reino Unido); y tampoco apreció violación de los arts. 8 y 14 CEDH cuando el desalojo se ha llevado a cabo sin ofrecer un lugar alternativo (STEDH de 7 de febrero de 2006, asunto Codona contra Reino Unido)”.

- 39 Art. 5.a) del Texto Refundido Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: “Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados”.
- 40 STC 21/2019, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:21), sobre la Ley de las Cortes de Aragón 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda; STC 8/2019, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2019:8), sobre 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; STC 5/2019, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2019:5), sobre el Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; STC 106/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:106), sobre la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda; STC 102/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:102), sobre la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley de vivienda y el estatuto de los consumidores y usuarios; STC 97/2018, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TC:2018:97), sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; STC 80/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TC:2018:80), sobre la Ley de las Cortes Valencianas 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda; STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16), sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018, de 12 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32), sobre la Ley del Parlamento d Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:2018:43), sobre la Ley del Parlamento de Canarias 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; STC 93/2015, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:93), sobre el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, y STC 16/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2021:16), sobre los Decretos-leyes del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, 1/2020 y su acuerdo de convalidación). Vid. TORRÓ SOLER, R. y HERVÁS MAS, J.: “La constitucionalidad de la expropiación forzosa y la potestad sancionadora en referencia al uso de viviendas deshabitadas. A propósito de las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, y 32/2018, de 12 de abril”, *Práctica Urbanística*, mayo-junio 2018, núm. 152, pp. 1-14.

a la vivienda dispone derechos (art. 8⁴¹) y también deberes (art.9)⁴² que califica de “constitucionales”, no contempla el deber “constitucional” para los poderes públicos de procurar medios efectivos para que esos ciudadanos puedan “disfrutar” de una vivienda digna y adecuada (art. 8.1); aunque el art. 47 CE contenga un mandato expreso dirigido a ellos, lo que los convierte en claro sujeto pasivo de ese derecho constitucional (aunque no fundamental), integrado por facultades y deberes también “constitucionales” de los ciudadanos, por más que éstos no aparezcan como tales en nuestra Constitución. Y si la efectividad de cualquier derecho subjetivo viene determinada por la exigibilidad de su contenido, para que el titular satisfaga el interés a la que el derecho responde, parece que la Ley del “derecho a la vivienda” debería definir los términos de la exigibilidad de este derecho, que como los demás derechos e intereses legítimos, debería de estar plenamente respaldado por la tutela judicial efectiva.

Es lo que hace por ejemplo, la Ley andaluza 1/2010, de 8 de marzo, del derecho a la vivienda, que reconoce a los titulares del derecho la tutela jurisdiccional de este derecho, de modo que pueden exigir de las Administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada”(art. 24.1)⁴³. Y la Ley vasca 3/2015 de vivienda, más concretamente, dispone en su art. 9 que esa administración debe ofrecer una vivienda a todos los residentes con vecindad administrativa en la comunidad autónoma cuando, cumpliendo determinadas condiciones, no puedan acceder a ella por sus propios medios. Si la administración no dispone de inmuebles para ello, el particular tiene

41 Art. 8. Derechos del ciudadano en relación con la vivienda. Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley. b) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre los programas públicos de vivienda y a las condiciones de acceso a los mismos. c) Solicitar la inscripción en los registros de demandantes de vivienda protegida constituidos al efecto por las Administraciones públicas competentes en la materia, y ser informado de los programas a los que pueda tener acceso en función de su situación social y económica. d) Participar en los programas públicos de vivienda en los términos y condiciones establecidos en su normativa reguladora.

42 Art. 9. Deberes del ciudadano en relación con la vivienda. Todos los ciudadanos tienen el deber de: a) Respetar y contribuir a preservar el parque de vivienda, evitando la realización de cualquier actividad molesta o insalubre, que sea perturbadora del ejercicio del derecho de uso y disfrute señalado en el artículo anterior. b) En relación con la vivienda que se habita, realizar las actuaciones de conservación, reparación o mejora que correspondan en virtud del régimen legal de tenencia en virtud del cual se dispone de la misma. c) En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte. d) En relación con las operaciones de compra o alquiler de vivienda, cumplir los deberes legalmente establecidos para el transmitente o intermediario definidos en el Título IV y demás normativa aplicable en dichas operaciones. e) En relación con el parque público de vivienda, atender a su especial importancia como instrumento de acción en favor del derecho a la vivienda y velar por su adecuado mantenimiento y conservación, para que pueda servir a los hogares con mayores dificultades.

43 Art. 24. Protección jurisdiccional de los derechos. 1. Las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, “en los términos establecidos en la presente Ley”, mediante el ejercicio de las acciones “que procedan” de acuerdo con “los procedimientos que establezcan” las leyes procesales del Estado. 2. En particular, quienes acrediten interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley, “podrán reclamar ante la correspondiente Administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de Vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo, en caso de que este haya sido aprobado”.

derecho a una prestación económica para pagar un alquiler. Y en caso de que la administración vasca incumpla su obligación o deniegue la prestación, el afectado puede dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁴.

Nada semejante encontramos en la nueva Ley de vivienda y en su definición del derecho a una vivienda digna y adecuada. La ley da por sentada y proclama la existencia de un “derecho a la vivienda” que no en realidad no define⁴⁵, ni llega a concretar sus elementos, subjetivos y objetivos, ni describir los instrumentos de tutela extrajudicial y judicial a disposición de sus titulares. Pero en la labor de describir el derecho a la vivienda redefine el contenido del derecho de propiedad cuando recae sobre este bien común, disponiendo facultades, derechos y cargas para el propietario de una vivienda y para quienes quieren acceder a ella, atendiendo a la “dimensión social” de ese bien.

Los poderes públicos no parecen sujetos pasivos de este derecho, ni resultan obligados directamente a satisfacerlo. Cumplen con “promover” y “articular” medidas: Así, dispone el art. 7 en su número 1 que “los poderes públicos deben velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el efectivo el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley”. Y en cuanto a las condiciones de habitabilidad de la vivienda, su número 2 añade: “Para el cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, los poderes públicos deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, en los términos dispuestos por esta ley, y de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda”.

En la nueva Ley estatal del “derecho a la vivienda digna y adecuada” este “derecho a la vivienda” significa también, de acuerdo al art. 8b: “Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre los programas públicos de vivienda y a las condiciones de acceso a los mismos”. Y “Solicitar la inscripción en los registros de demandantes de vivienda protegida constituidos al efecto por las Administraciones públicas competentes en la materia, y ser informado de los programas a los que pueda tener acceso en función de su situación social y económica” (art. 8c). Así como d) Participar en los programas públicos de vivienda en los términos y condiciones establecidos en su normativa reguladora” (d). Lo que obliga a las administraciones a generar un parque social de viviendas y a desarrollar programas públicos de vivienda. Pero estos términos están muy lejos de permitir

44 Alerta Nasarre también de esta deficiencia en la Ley de la vivienda: NASARRE AZNAR, S.: “El proyecto de Ley”, cit. p. 5.

45 A diferencia de otras leyes como la Ley del Suelo, a cuyo tenor: “Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras emisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados”.

efectivamente que el ciudadano pueda exigir a los poderes públicos una vivienda digna y adecuada donde vivir, o la prestación necesaria para obtenerla.

El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, “en los términos dispuestos por esta ley” (art. 8.a), parece que no significa esencialmente y en primer término, que los poderes públicos a través de sus administraciones, deban proveer, a quien lo necesite, de vivienda digna y adecuada donde vivir. Tampoco que deban de proveer a estas personas de los medios económicos necesarios para que, el que lo necesite, se provea de vivienda. Esto podría suceder, pero en las condiciones y el contexto de los concretos programas de vivienda y la efectiva disponibilidad del parque social de vivienda. Significa entonces y más bien este derecho, que los poderes públicos articularán medidas y actuarán para que el mercado, con sus leyes de funcionamiento, y los titulares de derechos sobre las viviendas en el ejercicio de sus facultades, no impidan o excluyan del acceso a la vivienda digna y adecuada a quienes no puedan procurársela por sus propios medios.

Los llamados deberes “constitucionales” de todos los ciudadanos en relación con la vivienda, del art. 9, constituirían más bien limitaciones y directrices a los ciudadanos en relación con la vivienda propia o ajena, las operaciones de compra o alquiler y con el parque social de viviendas, ya presentes en otras normas (de Derecho privado y de Derecho Público) pero que ahora pasarían a formar parte del “derecho constitucional”- aunque “no fundamental”- a la vivienda.

Estas limitaciones y directrices “constitucionales” sobre los ciudadanos afectarían además y especialmente a los propietarios de las viviendas, que quedarían bajo control de las administraciones en cuanto al cumplimiento de sus deberes como se deriva del art. 11.2 2.º: “Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda.” Y todo ello, en atención y justificado por la “función social” del derecho de propiedad declarada, esta sí, constitucionalmente⁴⁶.

V. LA “ADMINISTRATIVIZACIÓN” DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS VIVIENDAS PARA “CIVILIZAR” LOS MERCADOS. POSIBLEMENTE INCONSTITUCIONAL. PROBABLEMENTE INEFICAZ.

Efectivamente, para el legislador también forman parte del derecho a la vivienda, derechos y deberes específicos del propietario de una vivienda, los

⁴⁶ Vid., TORNOS MAS, J.: “El acceso a la vivienda”, cit.

recogidos en los arts. 10 y 11 Proyecto. Y con estos preceptos el Estado, en ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil, estaría redefiniendo el contenido del derecho de propiedad sobre las viviendas, que a semejanza del régimen del suelo (art. 3.1 RDLeg 7/2015: “conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”), no vendría conformado ya de acuerdo al art. 348 Cc que para la vivienda quedaría “fuera de juego” o sin aplicación, en virtud de esta Ley de vivienda y otras normas de naturaleza administrativa.

Las “nuevas facultades dominicales” sobre la vivienda, vendrían determinadas por lo que en cada momento decida el legislador (estatal o autonómico), por lo que el derecho constitucional de propiedad sobre la vivienda del art. 33.1 CE quedaría sin contenido civil, para convertirse en una forma de atribución o tenencia del bien vivienda diseñada por los poderes públicos (habilitados previamente por esta Ley) en el tiempo y en el espacio concretos, con la finalidad de que nadie quede excluido del derecho a residir en una vivienda digna y adecuada.

Para el Consejo General del Poder Judicial estos dos arts. 10 y 11 de la Ley, reflejan una “concepción estatutaria del derecho de la propiedad privada” cuando recae sobre el bien vivienda” que transgrede el derecho constitucional de propiedad pues vacía de su contenido civil la institución de la propiedad privada del art. 33.1. si se refiere a la vivienda: “A nuestro juicio, esta propuesta del Proyecto es inconstitucional, una expropiación sin compensación para los propietarios de viviendas que ven cómo sus facultades dominicales sobre las mismas les son sustraídas del régimen general del Código civil, donde han estado siempre, y pasan a la ‘tutela’ del Estado”⁴⁷.

Así, el art. 10 sobre el “Contenido del derecho de la propiedad de vivienda” afirma que “1. Además de los derechos reconocidos en la legislación de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, el derecho de propiedad de la vivienda comprende: a) Las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación. b) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica. c) La realización de las obras de conservación, rehabilitación, ampliación o mejora, de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible.”

47 Acuerdo del Pleno, cit., números 80 a 92. Afirma al respecto NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley”, cit., p.10 “(...) tras la retahíla de leyes autonómicas que incorporan preceptos similares, el ejecutivo español propone a las Cortes que cambien el régimen de “propiedad” de la vivienda por otro. A nuestro juicio, esta propuesta del Proyecto es inconstitucional, una expropiación sin compensación”.

Pero resulta que en cuanto a la facultad de “uso, disfrute y disposición de la vivienda” conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda, dispone el art. 11 los deberes y cargas que integran el contenido del derecho de la propiedad de vivienda junto a las facultades del artículo anterior. Y dispone que “además de los deberes establecidos en la legislación de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda”, son tales: a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. b) Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de esta ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos aprobados a su amparo. c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos. d) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en el Título IV de esta ley. e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta ley.

Mención especial merece la “obligación”, y no la “facultad”, que impone la ley a los propietarios en el art. 11.1 a) del “uso y disfrute propios y efectivos” de la misma.⁴⁸

El empleo del término “uso propio” parece dejar fuera de la Ley la posibilidad de destinar la vivienda a un uso distinto al de vivienda habitual del propietario o de tercero,; y así, parece dejar fuera de las posibilidades del titular de una vivienda de dedicarla a “alquiler turístico”, o como mínimo, parece que queda reenviada esta posibilidad a otra ley que lo permita, en determinadas condiciones que tendrá que describir como algo excepcional. La letra c) confirmaría esta interpretación. El arrendamiento (turístico o no) , además, requerirá que la vivienda reúna las condiciones de habitabilidad que se determinen administrativamente(art. 8.c) , lo que no dispone la LAU para la vivienda objeto de arrendamiento y no se ha exigido nunca por la jurisprudencia como condición de este contrato⁴⁹.

48 Vid., TORRÓ SOLER, R. y HERVÁS MAS, J.: “La constitucionalidad de la expropiación”, pp. 1-14. También MOREU CARBONELL, E.: “Sanción y expropiación”, cit., p. 409.

49 En relación con este art. 11 también observa NASARRE en relación a “la letra d) que no permite ventas o arrendamientos sin las obligaciones de información de los arts. 30 y ss su contravención, ¿producirá acaso la nulidad del contrato en todos los casos o solo los de los arts. 33 a 36 -en general, garantías ofrecidas por promotores- fundamentados en la competencia del Estado en materia civil? Finalmente, la letra d) establece otra carga (¿civil?) para los propietarios “grandes tenedores” de viviendas localizadas en zonas tensionadas de cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración del art. 19”. NASARRE AZNAR, S.: “El Proyecto de Ley”, cit., p. 8.

Otra consecuencia es que las personas jurídicas propietarias de viviendas tendrán que mantenerlas arrendadas o cedido su uso por cualquier otro título continuamente, para no estar expuestas a las consecuencias negativas de ser titulares de una vivienda vacía, aunque no sean grandes tenedores, porque una persona jurídica no puede hacer “uso propio” de una vivienda.

Sobre todo, en efecto, es que al tratarse de una obligación la del “uso propio y efectivo”, el conservar vacía la vivienda, supone un incumplimiento al que pueden acompañar consecuencias administrativas y civiles, como la sanción o la expropiación⁵⁰. Y hay que tener en cuenta que el concepto de “vivienda vacía” puede venir definido por el legislador no solo en atención a la condición física de una vivienda de no estar ocupada; también en atención a situaciones “jurídicas o económicas” de quinees las ocupen. Así el art. 1.1 Ley catalana 1/2022 permite considerar vacía una vivienda a efectos administrativos, si un propietario tiene ocupado su piso y no ha regularizado al ocupante si se dan los requisitos que una ley disponga en cada momento.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre este deber “de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico” cuando lo dispuso el art. 1.3 de la Ley andaluza 1/2010, redactado conforme al DL 6/2013DL de Andalucía 6/2013 [STC 93/2015, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:93)]. Y lo declaró inconstitucional por contravenir el art. 86.1 CE al haberse dispuesto por un Real Decreto (y no por Ley) e implicar una limitación a la facultad de disponer, esencial a la propiedad por reducir los posibles compradores⁵¹. Sin embargo, no descartó el Tribunal Constitucional, en esta sentencia, que el legislador pudiera restringir “de ese modo” la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, en atención a la “configuración constitucional del derecho de propiedad”⁵².

No obstante en otras sentencias entendió que el uso efectivo no sería parte del contenido del derecho de propiedad, no un deber del propietario, sino objetivo del poder público “[los preceptos impugnados] no prevén, ni siquiera de un modo

50 Se consideran viviendas vacías los “inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente” por dos años y pertenezcan a titulares con 4 o más inmuebles de uso residencial. Disposición Final 3ª. Sobre medidas relativas a viviendas vacías Vid. VERDÚ MARTÍNEZ, M.T.: “Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, otoño 2018, vol. L, núm. 197, pp. 577-608.

51 Dispuso así el TC: “La previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada [...]. Por todo lo razonado, debemos concluir que el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar ‘afectación’ del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley”.

52 Vid. LORA GONZÁLEZ, C., y BAENA SOLÍS, M.: “Novedades recogidas en la reciente jurisprudencia constitucional en materia de vivienda”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, enero-abril de 2022, núm. 58, pp. 145-153.

tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social". Por lo que "(...) el destino efectivo de la vivienda al uso residencial [...] no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda" STS 16/2018, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2018:16) (sobre Ley de vivienda de Navarra).

También la STC 106/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:106) con ocasión de la Ley 2/2017 de vivienda de Extremadura afirmó que la posibilidad de sancionar por viviendas vacías "no implica necesariamente una regulación que imponga el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico como configurador del real contenido esencial de aquel derecho (el de propiedad)". Y en el mismo sentido con ocasión de la Ley andaluza 4/2013 "este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad" [STC 32/2018, de 12 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32) sobre la de Andalucía].

No parece, sin embargo, que la nueva ley deje dudas sobre la naturaleza de esta "obligación" del propietario recogida en el art. 11 que, mucho más que un objetivo de las políticas públicas de vivienda con sus medidas correspondientes, delimita y limita esencialmente las facultades de uso y disposición de la propiedad sobre su vivienda, vaciándola de su contenido civil, para lo que el legislador estatal parece que tiene competencia; aunque pudiera estar lesionando el art. 33.1 CE, como ha afirmado el Consejo General del Poder Judicial, pues para el Tribunal Constitucional: "la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente". SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1988:227); 204/2004, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TC:2004:204) y 112/2006, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:2006:112).

VI. EL DERECHO CIVIL Y LAS FORMAS CIVILES DE ATRIBUCIÓN Y GESTIÓN DE BIENES COMUNES, LA RESPUESTA NECESARIA AL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

A pesar de todo lo expuesto, no parece imposible que el Tribunal Constitucional admita la constitucionalidad de la redefinición estatutaria de la propiedad de la vivienda operada por la nueva ley, con las correcciones que estime. Puede deducirse ello de las mismas manifestaciones hechas por este Tribunal con ocasión de las Leyes autonómicas al disponer medidas semejantes. Sin embargo, el derecho subjetivo a la vivienda, concretado en un derecho a no ser excluido del acceso a una vivienda digna y adecuada puede quedar de todos modos, y desgraciadamente, sin los instrumentos necesarios para ser efectivo:

En primer lugar, porque la Ley no reconoce exigible a los poderes públicos, y ante las administraciones competentes, el acceso a una vivienda o una prestación económica suficiente para obtenerla; ni dispone de un sistema de garantías extrajudiciales y judiciales al respecto. Ni siquiera en los casos de especial vulnerabilidad del art. 14, donde se contemplan solo buenas intenciones, incluso ante el fenómeno del *sinhogarismo*⁵³. Nuevamente la obligación de la administración ante estos casos es solo: “la programación de medidas específicas para afrontarlo”. En segundo lugar, porque los instrumentos que se ofrecen para asegurar ese acceso, en particular la limitación de los derechos de los propietarios de viviendas, hasta administrativizarlos, expropiando sus facultades (con o sin compensación), son inadecuados a la naturaleza del bien vivienda, que es un bien común.

La amenaza de fracaso de la ley de vivienda anunciada ya por muchos expertos en la materia resulta, en efecto y sobre todo, porque hace una elección que, al desnaturalizar la propiedad privada sobre las viviendas y tratar de intervenir los mercados inmobiliarios, obstaculiza la verdadera cooperación entre los sujetos que intervienen en esos mercados; y este es un principio esencial en la atribución y gestión de bienes comunes, si atendemos a quienes se han ocupado de ellos.

53 Art. 14. Situaciones de especial vulnerabilidad. 1. Las políticas en materia de vivienda tendrán especialmente en cuenta a las personas que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, ya sea tanto en entornos urbanos como en zonas rurales, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad “desinstitucionalizadas” y a los menores tutelados que dejen de serlo. 2. Para ello, las Administraciones competentes en materia de vivienda deberán identificar, dentro de su ámbito territorial, las zonas que precisen actuaciones de regeneración y renovación urbana para avanzar en la erradicación de situaciones de *infravivienda*, a través de acciones integradas que eviten la exclusión social y residencial de la población residente. 3. De manera complementaria, con objeto de luchar contra el fenómeno del *sinhogarismo*, las Administraciones competentes deberán programar medidas específicas para afrontar con el objetivo de promover la plena inclusión de las personas sin hogar desde una perspectiva integrada e intersectorial, que promueva la aplicación efectiva de los programas existentes de política de vivienda y la coordinación entre los diferentes niveles administrativos

Ciertamente demuestra la Ley una absoluta falta de confianza en los instrumentos civiles de atribución, gestión y protección de los derechos sobre la vivienda. Y así, a título de ejemplo, y como muestra de esta desconfianza, y aunque se prevea que las administraciones suscriban convenios en relación con la vivienda protegida con los registradores de la propiedad (art. 16.2 de la Ley), basta observar cómo queda relegado un instrumento tan esencial en el tráfico jurídico de las viviendas como es el Registro de la Propiedad. Este resulta fundamental para dar seguridad jurídica y garantizar los derechos a la propiedad y demás derechos reales sobre todos los bienes inmuebles, destacadamente sobre las viviendas, por lo que podría ser un instrumento privilegiado para garantizar el cumplimiento de los deberes que reconoce la ley. El Registro, proporciona además, a los particulares, pero también a los entes públicos y sus administraciones, datos físicos ciertos sobre las fincas a través del sistema de bases gráficas, lo que lo pone en condiciones de servir muy eficazmente a las políticas públicas sobre bienes inmuebles. Sin embargo, esta ley ni siquiera ordena la publicidad registral de las zonas de mercado residencial tensionado⁵⁴.

Como punto de partida ineludible debería el legislador estatal o autonómico respetar las leyes de mercado y la libertad, además de la propiedad como derecho fundamental. También responder a la necesaria existencia de un parque público de viviendas. Pero las necesidades que requieren reciprocidad no pueden reconducirse únicamente a lo privado o a lo público. La realidad es que ni la atribución, ni la gestión exclusivamente privada que se sostiene sobre los mecanismos de mercado, ni tampoco la pública, que pretende imponer la oferta de viviendas en arrendamiento, sean de titularidad pública o privada, son eficaces por sí solas para garantizar la atribución y la gestión eficaz y adecuada de la vivienda, porque se trata de un bien común.

Si atendemos al discurso de la Economía Civil, a las soluciones públicas y privadas lo que les falta es la idea de "comunidad", más allá del mercado o de la administración. Y esto es lo ignora totalmente la ley: sea para la atribución y gestión del parque público, sea para la atribución y gestión del parque privado de

54 Sobre este particular, ha afirmado el director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores, Basilio Aguirre: "Aquí, el eterno problema de la publicidad de los contratos de arrendamiento ha sido siempre el de la escasa utilización del Registro de la Propiedad para los casos de los arrendamientos urbanos. Pudiera haberse planteado en la Ley la opción de que se crease una publicidad registral restringida o limitada a los contratos de arrendamiento donde simplemente a través de nota marginal se hiciera constancia de la existencia del contrato y de la persona del arrendatario. Una especie de constancia atenuada que se pudiera llevar a cabo de una manera sencilla mediante una comunicación electrónica. Si efectivamente se habilitaran sistemas de acceso más adecuados de los arrendatarios al registro y los arrendamientos se hicieran constar en el registro de una forma más rápida y económica quizás el Registro de la Propiedad podría desempeñar el papel que la Ley pretende atribuir al registro administrativo de vivienda, al que le auguro un difícil encaje y un más complicado desarrollo práctico", concluyó. No obstante, consideró menos favorable la configuración. <https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/17073-proyecto-de-ley-de-vivienda-lidquo;una-oportunidad-perdidardquo;>

viviendas. Y a esa idea de comunidad solo pueden corresponder soluciones de Derecho Civil.

La protección jurídica de la vivienda, de los intereses (públicos, privados, colectivos) que se proyectan sobre ella, como bien común que es, puede ser que requiera de “un cambio de paradigma”⁵⁵. Pero este cambio de paradigma pasa, no por una intervención o publicación del mercado y la tenencia de la vivienda, sino más bien por incorporar y regular nuevos modos de atribución privada, y nuevas formas de gestión cooperativa o colaborativa del bien. Es el único modo, por otra parte, de garantizar los elementos esenciales al contenido del derecho a la vivienda dispuestos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su observación general n.º 4 de 1991: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural.

Para empezar, si como afirman los economistas, así como existen muchos estudios y propuestas sobre la oferta de estos bienes comunes, hay muy pocos sobre su demanda, este ha de ser el punto de partida para ofrecer soluciones a todos los que tienen derecho a acceder a una vivienda, sin posibilidad de sufrir discriminación. De acuerdo a la demanda, será posible decidir sobre la forma efectiva de atribución de las viviendas a los ciudadanos: de forma pública o privada.

En cuanto al parque de viviendas privadas, la ley parte de que no existe libertad de elección en la demanda y que se produce una asimetría entre la demanda y el suministro que deja fuera de juego al sujeto marginado económicamente, por lo que elige intervenir el mercado del alquiler, y en su intervención puede estar disponiendo expropiaciones no indemnizadas⁵⁶. Pero si hay colectivos que, por sus circunstancias, no pueden acceder a este bien en el mercado en ninguna condición, deben procurarse viviendas sociales, con políticas de redistribución y de justicia social. Como muchos han afirmado: la “vivienda social” es el gran ausente y el gran problema de la vivienda en España. Los poderes públicos no han hecho su trabajo en el pasado, y puede que lo estén posponiendo en el presente, al obligar a los propietarios de viviendas a soportar las cargas que esta ley les impone, desnaturalizando su propiedad.

Realmente no es posible aspirar a que los poderes públicos improvisen al parque de viviendas sociales o asequibles, que se necesita y no existe, contando exclusivamente con nuevas construcciones: Esto puede convertir en necesaria la expropiación de viviendas vacías o abandonadas, incluso con una expropiación

55 ZAMAGNI, S.: “Bienes comunes”, cit., p.14.

56 Vid al respecto, DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *InDret*, 2012, núm. 1.

temporal, si resultara eficaz pues se ha considerado constitucional⁵⁷. En estos casos deben mediar siempre las garantías que corresponden y desde luego, la correspondiente indemnización⁵⁸.

El parque social de viviendas que existe y se vaya generando debe acompañarse, además, de una gestión eficiente, que se sostenga sobre normas que salvaguarden al bien común para el uso de la comunidad entera, garantizando el libre acceso al recurso. Se deben adoptar medidas que respondan a una norma de cooperación condicional –el individuo coopera si los demás cooperan– y por otro, se debe invertir en reforzar dicha norma, para evitar el riesgo siempre presente en los bienes comunes, de que los free-riders disfruten de beneficios sin contribuir en sus costos. Y debe realizarse de modo que la identidad del grupo de personas que usan dicho recurso, se preserve a lo largo del tiempo, para que los conflictos puedan resolverse a través del diálogo y no de la exclusión. Por último, debe garantizar que se comparten tanto las reglas de la gestión comunitaria como el intercambio de información respecto del comportamiento individual, para coordinar las acciones del grupo.⁵⁹ No parece que nada de esto se considere en la nueva ley, a pesar de su importancia, y a pesar de que el parque público de viviendas sea el origen del problema.

Pero si se atiende a la demanda de este bien común, se comprende que el mayor colectivo de ciudadanos con dificultades de acceso a la vivienda con aquellos cuyos ingresos no les permiten adquirir una vivienda por los precios que alcanzan en el mercado, pero que en el arrendamiento se encuentran en una posición jurídica inestable e imprevisible, y a veces muy costosa. Este colectivo solo encontrará respuesta en formas de atribución privadas, propias de la Economía Civil y el Derecho Civil:

La atribución y gestión de la vivienda como bien común necesita, por tanto, otras soluciones a las basadas exclusivamente en el libre funcionamiento del mercado, o exclusivamente en la intervención pública de los mercados. Soluciones basadas no en las leyes del mercado, no en la intervención pública, sino en el Derecho Civil y la Economía Civil. Esta es la respuesta a los bienes en común no administrativizar su régimen jurídico. Algunas de estas formas civiles de atribución y gestión de un bien común son tan antiguas y cuentan con tanta tradición como el

57 Así lo prevén el art. 7 Ley catalana 24/2015 que habla de “cesión obligatoria” de viviendas vacías, o el art. 2 Ley Foral navarra 24/2013 que la STC 16/2018 declaró constitucional. También la ley 5/2018, de 19 de junio, de vivienda de Baleares. Sobre la catalana vid. ARGELICH COMELLES, C.: “Expropiación temporal del uso de viviendas: ¿es posible revertir su fracaso?”, *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, marzo 2017, núm. 194, pp. 35-72 y mas ampliamente en ARGELICH COMELLES, C.: *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Marcial Pons, Madrid, 2017. MOREU CARBONELL, E.: “Sanción y expropiación”, cit., p. 409.

58 Sobre estas garantías, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2008, núm. 177, Madrid, p. 157

59 ZAMAGNI, S.: “Bienes comunes”, cit., p. 22.

mismo derecho de propiedad: comunidades, titularidades fiduciarias, enfiteusis... Otras son de reciente implantación como la propiedad compartida o temporal. Las ya tratadas “tenencias intermedias” (por situarse entre la propiedad o el arrendamiento)⁶⁰, que dividen el dominio, pero que respetan la doble dimensión de la propiedad de una vivienda: la social y la patrimonial, agilizando el acceso a la misma, especialmente a los colectivos que encuentra dificultades para adquirir una vivienda sin sobreendeudarse. La propiedad compartida o temporal, son “tenencias intermedias” que ya están previstas en Cataluña para inmuebles y muebles identificables⁶¹ (Arts. 556-I a 556-I2 para la propiedad compartida y 547-I a 547-10 (para la propiedad temporal) del Código Civil de Cataluña (CCC). Ambas ofrecen solución al acceso al bien, pero también resuelven sobre su gestión compartida y colaborativa⁶².

Y aunque el gobierno español recurrió por inconstitucionalidad basada en invasión de competencias, la propiedad temporal catalana, la STC 95/2017, de 6 de julio (ECLI:ES:TC:2017:95), la declaró constitucional, afirmando: “La propiedad temporal que regula la Ley 19/2015 no supone la conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña, pues ha quedado claro que es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad.”

Las tenencias intermedias, como otras soluciones de Derecho Civil, pueden ofrecer respuestas a este amplio colectivo de ciudadanos con rentas medias y bajas, “destensionando” al mismo tiempo el mercado del alquiler. Pero sobre todo, civilizan los mercados de acceso, la atribución y la gestión de las viviendas,

60 Así lo pone de manifiesto NASARRE AZNAR, S.: *Bienes en común*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

61 La propiedad compartida y la propiedad temporal son dos nuevas formas de tenencia de bienes inmuebles (ej. vivienda) y bienes muebles identificables (ej. coche) reguladas en los arts. 556-I a 556-I2 (PC) y 547-I a 547-10 (PT) del Código Civil de Cataluña (CCC). Ambas están plenamente vigentes en Cataluña.

62 En la propiedad compartida el adquirente de la vivienda lo hace de un porcentaje de su propiedad (una parte con recursos propios y otra con ayudas públicas) que pacta con el transmitente. Y podrá ir adquiriendo paulatinamente el resto de los porcentajes. Es propietario de sus porcentajes desde el inicio, y puede disponer de ellos inter vivos o mortis causa, como propietario que es. El transmitente, mientras tanto, tendrá derecho, además, a cobrar una renta por el porcentaje de vivienda que no aún no ha adquirido quien la está disfrutando, y no tendrá que afrontar los gastos de la vivienda (salvo los extraordinarios) que corresponden al adquirente; y cuenta también con una acción dirigida a exigir que el adquirente mantenga en buen estado la vivienda, lo que naturalmente es de esperar que procure este, porque la vivienda es suya. La propiedad temporal permite adquirir una vivienda por un espacio de tiempo determinado (entre 10 y 99 años para inmuebles y entre 1 y 99 años para los muebles identificables). En ese período de tiempo el adquirente es un verdadero propietario que disfrutará del bien y puede disponer de él inter vivos y mortis causa, aunque ese bien lógicamente irá depreciándose en su valor en la medida que se acerca el final del período de tiempo de adquisición. Llegado este momento el transmitente o quien adquiriese su posición jurídica en el contrato (que se va revalorizando a medida que se acerca la posibilidad de recuperación) lo recibirá en propiedad de modo gratuito y tendrá derecho a la compensación de los deterioros que sean imputables por culpa al propietario temporal

para que sean suficientes, dignas y adecuadas, promoviendo la cooperación de todos los implicados que actúan en una necesaria comunidad de intereses⁶³.

Ha preferido el legislador, sin embargo, vaciar y redefinir el contenido del derecho de la propiedad sobre las viviendas "administrativizándolo", al reducirlo a las categorías propias de la legislación sobre el suelo, para hacerlo formar parte de la configuración del derecho constitucional a la vivienda. Se convierte así la propiedad sobre las viviendas en una titularidad descrita por el Estado a través de las administraciones, instrumentos administrativos y la Jurisdicción contenciosa, con el consiguiente despojo de sus facultades a los propietarios, hasta tal punto, de que podríamos estar ante una verdadera expropiación sin compensaciones⁶⁴. Es contundente el Consejo General del Poder Judicial al afirmar al respecto: (...) SÉPTIMA.- "(...) Es innegable que la atención a la dimensión social de la vivienda y la delimitación de la función social de la propiedad requieren de normas administrativas que traten de solventar o, al menos atenuar, los problemas de acceso y disfrute de la vivienda que se agudizan en determinados momentos. Ahora bien, esa regulación ha de articularse debidamente con el derecho codificado (...)"

La propiedad de la vivienda como la de los demás bienes se ha regido hasta ahora por el Código Civil y, además de un buen número de normas especiales de Derecho Privado y Derecho Público que consideran las dimensiones social y económica de dicho bien. Entre ellas las normas autonómicas sobre vivienda, respecto de las cuales se ha tenido que manifestar el Tribunal Constitucional prácticamente cada vez que una de ellas veía la luz. La nueva ley, no debería hacer salir al bien vivienda como posible objeto del derecho de propiedad descrito en el art. 348 CC, para definir su contenido fuera del Código Civil.⁶⁵ A partir de esta Ley, el Estado y las Comunidades autónomas, también los Entes Locales en alguna medida, atribuirán las facultades que, según consideren, deben corresponder a los titulares de las viviendas, atendiendo a las circunstancias particulares de estas y las del mercado en que se encuentren, así como las atribuyen, hace mucho, sobre el

63 NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H.: "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *UNESCO Housing Chair – Working Paper*, 2013, núm. 1.

64 Con la consecuente inconstitucionalidad. Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J.: "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

65 Concluye al respecto NASARRE AZNAR, S.: "El Proyecto de Ley", cit., p. 6: Parece de segundo curso de Derecho que a estas alturas tengamos que ir recordando esto, pero es que la laceración permanente del derecho de propiedad privada por parte del legislador multinivel, con más fuerza estos últimos años en el ámbito de la propiedad de la vivienda a través de normas pseudo-civiles/administrativas, es tan abrumador que el propio TC ha tenido que recordar recientemente que normas inconstitucionales como el RDL 7/2019 catalán (recuperado, no obstante, por la reciente Ley 1/2022) contienen "medidas coercitivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad de la máxima intensidad" que dan lugar a "reacciones exorbitantes" de la Administración [STC 16/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2021:16)]; o que el control de renta catalán de la Ley 11/2020, declarada en su mayor parte inconstitucional también, afecta al fundamento mismo del contrato, esto es "el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del art. 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico" [art. 10 CE; STC 132/2019, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2019:132) y STC 37/2022, de 10 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:37)].

suelo, el agua, las costas, o el suelo para enterramientos... En esa tarea deberían respetar el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad consagrado en la Constitución y descrito en el Código Civil aun considerando su "función social".⁶⁶

Como ha recordado el CGPJ⁶⁷ esta redefinición de la propiedad cuando recae sobre la vivienda de tal modo que limite a las facultades que el legislador competente determine en atención a las necesidades de habitación de los ciudadanos, vaciándola de su contenido civil no puede sostenerse sobre la "función social" de la vivienda del art. 7 de la Ley 12/2023; ni siquiera sobre la "función social de la propiedad" (art. 33.2 CE), porque tiene declarado el Tribunal Constitucional que esta función no puede justificar una alteración tan sustancial de este derecho⁶⁸. Habría sido mucho más conveniente, que la ley 12/2023 incorporase soluciones de Derecho Civil, al bien común vivienda.

66 Vid. en este sentido: AGUDO GONZÁLEZ, J.: "Concepción estatutaria", cit., pp. 9-47.

67 Conforme a CGPJ89: "destinar la vivienda al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, concebido como "el uso y disfrute propios y efectivos", de acuerdo con las leyes administrativas, constituye un deber configurador del derecho de propiedad sobre este tipo de inmuebles".

68 STC 89/1994 de 17 de marzo. Vid. al respecto LEGUINA VILLA, J.: "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, núm. 3. Y ampliamente DIEZ-PICAZO, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. 11, Madrid, 1991, pp. 1257 ss. LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad*, Tecnos, Madrid, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J.: "Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada", *Revista de administración pública*, 2011, núm. 185

ARAGÓN REYES, M.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada -a propósito de la STC sobre la ley andaluza de reforma agraria-", *La Reforma Agraria, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, núm. 10, Madrid.

ARGELICH COMELLES, C.: "Expropiación temporal del uso de viviendas: ¿es posible revertir su fracaso?", *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, marzo 2017, núm. 194, pp. 35-72

ARGELICH COMELLES, C.: *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Marcial Pons, Madrid, 2017

ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, abril-septiembre 2019, núm. 11.

BARNÉS VÁZQUEZ, J.: "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995

BRUNI, L.: *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, ed. Città Nuova, Roma, 2012

BRUNI, L., SANTORI, P., Ed S.T. y ZAMAGNI, S.: *Lezioni di storia del pensiero economico. Un percorso dall'antichità al Novecento*, 2021.

COMAN, K.: "Some unsettled problems of irrigation", *American Economic Review*.

DIEZ-PICAZO, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. 11, Madrid, 1991

DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *InDret*, 2012, núm. 1.

FRISCHMANN, B.M.: "Defining Infrastructure and Commons Management Infrastructure: The Social Value of Shared Resources", *Oxford University Press*, 2012 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117460).

GORDON, H.S.: "The Economic Theory of a Common Property Resource", *Journal of Political Economics*, 1954, núm. 62, pp. 124-142. <http://dx.doi.org/10.1086/257497>

LEGUINA VILLA, J.: "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, núm. 3

LEÓN UNTIVEROS, M.Á.: "Breves apuntes sobre el derecho subjetivo", *Sapientis*, 2011, Vol. I, Núm. 1, <http://hdl.handle.net/20.500.14127/45>.

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

LÓPEZ RAMÓN, F.: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", 2010, *Revista española de derecho constitucional*, 2014, año núm. 34, núm. 102, pp. 49-91.

LÓPEZ RAMÓN, F.: "El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda", *Revista de administración pública*, 2020, núm. 212.

LORA GONZÁLEZ, C., y BAENA SOLÍS, M.: "Novedades recogidas en la reciente jurisprudencia constitucional en materia de vivienda", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, enero-abril de 2022, núm. 58.

MARTÍNEZ-PUJALTE, C.C.: "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2005.

MORANT GREGORI, J.V.: "La sentencia del Tribunal Constitucional y la "cláusula berlinesa" en los arrendamientos de vivienda en Cataluña", *El Notario*, marzo-abril 2023, núm. 108.

MOREU CARBONELL, E.: "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de la función social o en circunstancias de emergencia social", en AA.VV.: *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, (coord. por M^a T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014

NASARRE AZNAR, S.: *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas 'subprime' a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

NASARRE AZNAR, S.: "El Proyecto de Ley de vivienda 2022", *Apuntes 2022/11*, Abril de 2022, FEDEA. [fedea.net https://documentos.fedea.net](https://documentos.fedea.net) > 2022 > ap2022-11.

NASARRE AZNAR, S.: *Bienes en común*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H.: "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *UNESCO Housing Chair – Working Paper*, 2013, núm. 1.

PEÑA FREIRE, A.M.: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 42, 2008.

RAINBOLT, G.W.: *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2008, núm. 177, Madrid

RODRÍGUEZ PALOP, M.E.: "Reconocimiento, defensa y preservación de bienes comunes en los textos constitucionales", *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, 2013, núm. 122.

TORNOS MAS, J.: "El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad", *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre 2014, núm. 99-100

TORRÓ SOLER, R. y HERVÁS MAS, J.: "La constitucionalidad de la expropiación forzosa y la potestad sancionadora en referencia al uso de viviendas deshabitadas. A propósito de las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, y 32/2018, de 12 de abril", *Práctica Urbanística*, mayo-junio 2018, núm. 152

VON HERING, R.: *El Espíritu Del Derecho Romano*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001.

VERDÚ MARTÍNEZ, M.T.: "Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, otoño 2018, vol. L, núm. 197.

ZAMAGNI, S.: "Bienes comunes y economía civil", *Revista Cultura Económica*, junio 2014, Año XXXII, núm. 87.

ZAMAGNI, S y BRUNI, L.: *Leconomia civile (Farsi un'idea)*, Ed. il Mullino, Bologna, 2015.