



REPENSANDO EL DERECHO A LA VIVIENDA: DERECHO HUMANO O PRINCIPIO RECTOR?¹

MARÍA LUISA GÓMEZ JIMÉNEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
(Acreditada Titular de Universidad)*

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA COMO DERECHO HUMANO Y COMO DERECHO SOCIAL EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL. 1. De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración del Derecho a la Vivienda como Derecho Humano. 2. Respeto del régimen de las ayudas y su compatibilidad con el mercado de la UE. 3. Respeto de la libre circulación de trabajadores y las políticas de lucha contra la discriminación en materia de Vivienda. II. EL DERECHO A LA VIVIENDA, ¿SÓLO UN DERECHO SOCIAL, PRINCIPIO RECTOR EN ESPAÑA? 1. El acceso a las formas de tenencia. 2. Marco Nacional de las disposiciones para el fomento del Alquiler de vivienda en España. 3. Algunas reflexiones sobre el marco Nacional para la prevención de los desahucios, y la accesibilidad de la Vivienda en Propiedad en España. III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Derecho a la Vivienda; Derechos Sociales; Desahucio; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumen

El presente trabajo apunta los elementos que permiten la calificación del derecho a la Vivienda como un derecho humano. Este análisis parte de la jurisprudencia más relevante emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, las cosas se

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el seno del proyecto de Investigación I+D+I, CGI3002/IDIV: «Propuestas de Actuación y Parámetros de sostenibilidad en el acceso y la rehabilitación de Vivienda en Andalucía en un contexto de crisis», financiado en un 80 por ciento con Fondos FEDER y bajo el auspicio de la Consejería de Fomento y Vivienda, de la Junta de Andalucía. En función de lo dispuesto en el punto número 4.3 de las Directrices técnicas aprobadas por la Consejería de Fomento y vivienda se incorpora el siguiente texto: *The authors would like to thank the FEDER of European Union for financial support via project «Propuestas de Actuación y Parámetros de Sostenibilidad en el Acceso y la Rehabilitación de Vivienda en Andalucía» of the «Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013». We also thank all Agency of Public Works and the Ministry of Furtherance and Housing of Andalusia Regional Government staff and researchers for their dedication and professionalism.*



desciende al escenario del legislador Español, incorporando una descripción analítica de la situación actual, y de la coyuntura económica proyectada en el ámbito de las políticas públicas de desarrollo del contenido del art. 47 de la Constitución, para concluir con la necesidad de repensar el derecho a la vivienda, tal y como ha sido configurado en nuestro ordenamiento jurídico bajo premisas internacionales y de derecho comparado, que converjan en su configuración como un derecho humano de contenido social y carácter básico en nuestro sistema jurídico.

I. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA COMO DERECHO HUMANO Y COMO DERECHO SOCIAL EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL

Pocos derechos han sido tan ampliamente invocados en la configuración de las Constituciones Europeas como el Derecho a la Vivienda², y pocos derechos han sido tan visiblemente afectados en plena crisis económica como el derecho a disponer de una vivienda digna y adecuada³, cuando las unidades familiares veían mermado no sólo el acceso a su vivienda sino la vivienda en sí a resultas de ejecuciones hipotecarias, que ponían sobre la

² Así por ejemplo en el Reino Unido se aprobó, en 1977, la *Housing Act*, que venía a obligar a las comunas a dar alojamiento a los sin techo. En el caso de Alemania la base de la protección a la Vivienda social en la República Federal Alemana se encontraba en la Ley de la Vivienda de 1956, siendo además en Austria la vivienda reconocida como un Derecho Fundamental, en el texto de la Constitución. En el caso de la Legislación italiana esta viene a reconocer el derecho a la vivienda, si bien la Corte Constitucional no admite un derecho social fundamental a la vivienda oponible por los particulares, y afirma que la tutela de este derecho está sujeto a la discrecionalidad del legislador. (Sentencia 310/1989). Además, asimismo, la Corte puntualiza que la materialización de este derecho social sólo es posible en proporción a los recursos de la colectividad, y sólo el legislador, según la efectiva disponibilidad, puede racionalmente destinar los medios y construir puntuales situaciones justiciables expresivas de este derecho fundamental (Sentencia 252/1989) (*sic*, P. GARRIDO, «El Derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: Origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos», en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf).

En el caso de la legislación Francesa resulta significativa la configuración del derecho a la vivienda como un derecho exigible y oponible. Derecho que si bien nos recuerda V. INSEGUET BRISSET, «La evolución del Derecho Francés en materia de vivienda», en LÓPEZ RAMÓN, *Construyendo el Derecho a la Vivienda*, Marcial Pons, Barcelona, 2010; que la configuración del derecho a la vivienda parte de la configuración misma de qué sea el hábitat, y por ende la definición del derecho al realojamiento en compensación por la pérdida de vivienda.

³ Así, señala, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha emitido un informe sobre la configuración del Derecho a la Vivienda como un derecho a la vivienda adecuada al señalar que: el derecho a una vivienda adecuada abarca las libertades de ser protegido «contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar; el derecho a encontrarse libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia, y el derecho a elegir la residencia y determinar donde vivir y el derecho a la libertad de circulación». De tal forma que el Derecho a la vivienda va a contener otros derechos como: «La seguridad de la tenencia, la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada, y la participación en la adopción de decisiones vinculadas a la vivienda en el plano nacional y en la comunidad».

mesa la débil protección de los consumidores en el ámbito financiero, y la significativa necesidad de orientar las medidas de política pública a salvaguardar y garantizar el derecho a la vivienda aún en las condiciones económicas más adversas.

El presente artículo aborda desde una perspectiva internacional, la proyección del derecho a la vivienda en los ordenamientos Europeos, y lo hace a la luz de la Jurisprudencia existente proveniente tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para describir a continuación el caso español. Se tienen en cuenta las orientaciones que sobre la configuración del Derecho a la Vivienda debieran hacerse a la luz de la normativa comunitaria y de la propia proyección de los derechos sociales en nuestro texto constitucional en general y respecto del Derecho a la Vivienda en particular.

Desde que la crisis inmobiliaria estalló en todo el mundo se han sucedido pronunciamientos jurisprudenciales de instancias internacionales que han tenido su eje en la defensa del derecho humano a una vivienda digna y adecuada y aspectos tales como la cláusula suelo, las inversiones inmobiliarias transfronterizas⁴, los derechos de los consumidores o los embargos de vivienda. Uno de los pronunciamientos más significativos es aquel que ha emanado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵, en fechas recientes⁶ y que implica una obligación a las Administraciones Públicas, de hacer efectivo el derecho humano a la vivienda digna y adecuada.

En este lugar tendremos ocasión de analizar algunos de los pronunciamientos más significativos en la materia, en atención a: de un lado la misma configuración del Derecho a la Vivienda en tanto que Derecho Humano, y en segundo lugar respecto de la expresión de su acceso, a la sostenibilidad social, sin olvidar la proyección del mismo respecto de los condicionantes que desde aspectos sectoriales inciden en su adecuación al colectivo al que va dirigida, o su adaptación al entorno y a la normativa de eficiencia energética.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el párrafo 1, del art. 25, vino a introducir un reconocimiento expreso del Derecho a la Vivienda al decir: «*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda [...]*»⁷. En el mismo sentido otros textos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos

⁴ Así, el denominado caso *Sint Servatius*, al que hacíamos referencia en «Una breve mirada a las inversiones inmobiliarias transfronterizas en un contexto de crisis económica, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia C-567/07 *Woningsting Sint Servatius* de octubre de 2009», *Revista de Derecho Urbanístico*, Núm. 287, enero-febrero, 2014.

⁵ Sede Estrasburgo.

⁶ Véase en <http://www.publico.es/actualidad/tribunal-estrasburgo-pone-evidencia-derecho.html>.

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Disponible en <http://www.un.org/en/documents/udhr/>.

y Sociales, y Culturales de 1966⁸, han abundado en la misma idea, instando a los Estados firmantes a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la materialización del derecho a una vivienda digna. Concepto este de dignidad que conecta con la Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, al introducir el derecho a la vivienda en el escenario del «derecho a vivir, en seguridad, paz y dignidad, en alguna parte».

Así de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (CDESC)⁹, la vivienda adecuada debe cumplir una serie de requisitos, «y en particular debe ser de calidad suficiente, para asegurar la protección frente a los elementos, reflejar las necesidades culturales de sus ocupantes (por lo que incluye vehículos, caravanas, campamentos y otras estructuras no permanentes), estar conectada a suministros y saneamiento públicos y a servicios públicos y oportunidades de trabajo a través de una infraestructura adecuada, así como incluir una protección adecuada frente al desahucio forzado o sumario y ser asequible». Además, según el informe emanado de la Oficina el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y la ONU-Hábitat, para que una vivienda sea adecuada debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

«La seguridad en la tenencia: esto es protección contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y las amenazas:

— Disponibilidad de los servicios materiales, instalaciones e infraestructura; la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.

— Asequibilidad; la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.

— Habitabilidad, la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.

— Accesibilidad, la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados¹⁰.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), párrafo 1 del art. 11, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>.

⁹ Tal y como señala el manual de *Legislación Europea sobre Discriminación (The Hand Book of non Discriminatory Law* (Section on Housing). Manual de legislación Europea contra la discriminación, p. 77).

¹⁰ Referencia por tanto a la noción de adecuación desde la atención a colectivos desfavorecidos en el entendimiento de que son éstos los que precisan nuestra atención, y por ende que las actuaciones urbanísticas e inmobiliarias tengan presente sus necesidades como colectivo. Y ello sin que sea posible configurar una correspondiente acción de clase o grupo, en el mismo sentido en el que se define en el ámbito norteamericano, para la defensa de los derechos de la colectividad afectada en el caso particular por una inadecuada vivienda. (Sobre las Class Action en el derecho Español tiene interés la consulta del trabajo: J.J. MARÍN LÓPEZ, «Las acciones de clase en el derecho español», *INDRET*, julio, 2001).

—Ubicación, la vivienda no es adecuada si no se ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.

—Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada sino se toma en cuenta y repeta la expresión de la identidad cultural».

Además el Comité ha recordado que el Derecho a la Vivienda no comporta solamente obligaciones de hacer, (como la construcción de viviendas o las ayudas en el régimen de alquiler), sino también, obligaciones de no hacer (como por ejemplo la prohibición de desalojos arbitrarios), o de protección frente a actuaciones provenientes de terceros (como la prohibición de abusos por parte de propietarios, agencias inmobiliarias o bancos). El entendimiento de lo que signifiquen las obligaciones contraídas por los Estados (tanto de hacer como de no hacer), se entiende en términos relativos al principio de progresividad (según señala el art. 2.1 del PIDESC)¹¹.

Si bien es cierto que la obligación como carácter internacional que ha tenido mayor predicamento ha sido la contenida en el art. 11 del PIDESC, que señala que nadie (art. 17), puede ser objeto de injerencias arbitrarias, o ilegales con su domicilio. Así señala Jiménez García¹²: «El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), introduce los mecanismos tradicionales de control relativos a las denuncias interestatales e individuales, y añade el más novedoso y facultativo procedimiento confidencial de investigación ante la información de violaciones graves o sistemáticas».

En el plano internacional además, la defensa de los derechos sociales¹³ encuentra expresión en la Carta Social Europea. Dicho Documento fue realizado en Turín, en el seno del Consejo de Europa, el 18 de octubre de 1961, y firmada en Estrasburgo el 27 de abril de 1978. En vigor a partir del 26 de febrero de 1965, fue ratificada por España el 29 de

¹¹ G. PISARELLO, «El Derecho a la Vivienda como Derecho Social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 38, junio 2009, p. 3.

¹² F. JIMÉNEZ GARCÍA, «Tomarse en Serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda, y la prohibición de los desalojos forzados», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto 2014, p. 91.

¹³ Es interesante la reflexión sobre la configuración misma de los derechos sociales, sobre cuyo entendimiento existe abundante literatura a la que sirven de aderezo los aportes del presente número monográfico. Añádase tan sólo en sintonía con la proyección internacional utilizada su proyección en escenarios tales como América Latina, como hemos tenido ocasión de exponer en: «La defensoría del pueblo en la protección de los Derechos Humanos en América Latina y en España: A propósito de la distinción entre los derechos de Primera y Segunda Generación», en II Congreso Ombudsman y Democracia, Madrid, 2013, y respecto del tratamiento de los derechos sociales en América Latina también, puede verse: M.L. GÓMEZ JIMÉNEZ (Dir), *Sistemas Comparado de la Provisión de Servicios Sociales, España-Costa Rica*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, Málaga, 2015 (en prensa).

abril de 1980¹⁴ convirtiéndose en derecho interno español a partir del 5 de junio de 1980, salvo su art. 8.4, b), que el Gobierno denunció por Instrumento de 6 de mayo de 1991. El documento inicial sufrió una profunda revisión en 1996¹⁵, pasando a denominarse *Carta Social Europea Revisada*. Este último documento no ha sido aún ratificado por España, lo que implica que no forma parte aún del derecho interno Español. Treinta y dos de los cuarenta y siete Estados del Consejo de Europa, han ratificado la Carta Social Europea revisada. España la ha firmado el 23 de noviembre del año 2000, pero no la ha ratificado. No obstante lo cual, afirma el prof. Jiménez García¹⁶, a pesar de ello, los poderes públicos españoles no podrán adoptar medidas que frusten el objeto y el fin de esta disposición, lo cual implica la interpretación conforme a la Carta Social Europea.

Además, nos recuerda Jiménez García que «se trata no sólo de coherencia jurídica estatal que evite dos realidades irreconocibles con idénticos destinatarios, sino del derecho del ciudadano a exigir del Estado el cumplimiento por las vías procesales nacionales pertinentes de los compromisos adquiridos internacionalmente de conformidad con los postulados y los principios que rigen el propio Derecho internacional ratificado e integrado».

La vulneración de la Carta no compete al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sino al Comité Europeo de Derecho Sociales, del que emanan Decisiones que pueden ser condenatorias para un País¹⁷.

Respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta fue adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 217. A. de 10 de diciembre de 1948, en París¹⁸. Además, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, fue establecido en Roma el 4 de Noviembre de 1950. En dicho documento —ya con la integración del Protocolo 11— se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue establecido el 3 de septiembre de 1953, y se renovó el 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del protocolo núm. 11²⁰. Su proyección en el derecho interno Español adquiere rango constitucional en el art. 10.2 de la Carta Magna al decir: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad*

¹⁴ BOE, 26 junio y 11 agosto.

¹⁵ 3 de mayo de 1996, en Estrasburgo.

¹⁶ En «Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *REDC*, núm. 101, 2014.

¹⁷ Así, entre las últimas decisiones destacan la recibida el Reino de España con carácter condenatorio con respecto a la reforma realizada en materia de Derecho a la salud y el acceso al mismo por los inmigrantes extranjeros, en aras de la aplicación de medidas de austeridad y salvaguarda de la sostenibilidad económica.

¹⁸ La Unión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos es lo que se considera como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

¹⁹ Artículo 19, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, fue establecido en Roma el 4 de Noviembre de 1950.

²⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos.



con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España».

Junto al examen de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se debe tomar en consideración la incidencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) precisa que sus disposiciones, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales, están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, por lo que éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un texto aprobado por el Consejo Europeo de NIZA de 2000, y que complementa el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa²¹. Una versión adaptada de la carta fue aprobada el 12 de diciembre de 2007, antes de la firma del Tratado de Lisboa. Sucede sin embargo que una vez ratificado este se hace vinculante para todos los Estados firmantes (con excepciones para Polonia y el Reino Unido). En suma según la redacción del número art. 6²² del Tratado de la Unión Europea, estamos ante un texto jurídico vinculante para los Estados y cuya protección y salvaguarda corresponderán también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este sentido la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante FRA), en el informe sobre la no discriminación, puso énfasis en la consideración de la vivienda en un sentido amplio (como había apuntado la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso *Buckley v United Kingdom*), entendiendo por tal también formas de alojamiento menos convencionales como «caravanas» y «casas móviles».

²¹ <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/0003f8e4e5/Carta-de-los-Derechos-Fundamentales-de-la-UE.html>.

²² Artículo 6:

«1. La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales (...) la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

Además viene a señalar la FRA que «*el acceso a la vivienda incluiría no sólo la garantía de la igualdad de trato por parte de los propietarios públicos o privados y los agentes inmobiliarios en la decisión de arrendar y vender o no inmuebles a determinadas personas, así como el derecho a la igualdad de trato en el modo de adjudicar la vivienda (como la adjudicación de viviendas de baja calidad o lejanas a determinados grupos étnicos), mantenerla (como la falta de mantenimiento de las viviendas ocupadas por ciertos grupos) y alquilarla (como la falta de seguridad del arrendamiento o la aplicación de mayores rentas o fianzas a los pertenecientes a determinados grupos)*». Esto es, el análisis de la accesibilidad se aprecia desde la definición de los actores que intervienen y de la proyección del principio de igualdad tanto en la adjudicación de la vivienda, y su mantenimiento, como en la forma de tenencia de la misma (que implica en el caso concreto las garantías respecto del alquiler de vivienda).

El examen del respeto al principio de igualdad en el acceso a la Vivienda ha tenido como resultado significativas decisiones de la FRA y pronunciamientos jurisprudenciales. Así, en el caso *Correctionele Rechtbank van Antwerpen (Bélgica), Decisión de 7 de diciembre de 2004*²³, en Bélgica se condenó penalmente y se impuso una indemnización civil a un propietario por denegar el arrendamiento a personas de origen congoleño, alegando el propietario que había tenido problemas anteriores con los extranjeros en relación al pago de la renta.

Además cuando el alojamiento suministrado no cumple con las mínimas condiciones se considera como trato inhumano²⁴. Ello motiva también la expresión del TEDH, al conectar alojamiento inadecuado con trato inhumano e indigno, tal y como sucediera en el caso *Moldovan y otros contra Rumanía*, de 12 de julio de 2005²⁵. En esta ocasión, en relación a la expulsión de sus viviendas demolidas y el correspondiente derecho de realojo, que se tradujo en un alojamiento provisional y de baja calidad que tardó en materializarse 10 años, el TEDH señaló: «*las condiciones de vida de los denunciantes durante los últimos diez años, en particular el entorno gravemente superpoblado y antibigiénico, y su efecto perjudicial para la salud y el bienestar de los solicitantes, combinados con la duración del período durante el cual han tenido que vivir en estas condiciones y la actitud general de las autoridades, deben haberles causado un importante sufrimiento mental, perjudicando su dignidad humana y provocándoles sentimientos de humillación y degradación*».

En el mismo sentido y más reciente encontramos el caso *Dokić contra Bosnia y Herzegovina*, de 27 de mayo de 2010²⁶. El caso nos relata una interferencia en el derecho de

²³ Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (Info Portal), Asunto 15-1. Texto original disponible en: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

²⁴ Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁵ Números 41138/98 y 64320/01, 12 de julio de 2005.

²⁶ TEDH núm. 6518/04, 27 de mayo de 2010.

propiedad como sigue: un profesor de la escuela militar en Yugoslavia, y miembro de las fuerzas armadas del país, había comprado un piso en Sarajevo, pero cuando estalló la guerra en Bosnia y Herzegovina y su escuela militar se trasladó a Serbia se incorporó a las fuerzas armadas de Serbia. Acabada la contienda, las autoridades se negaron a restituirle la propiedad por haber servido a fuerzas armadas extranjeras. El TEDH, estima entonces que la decisión se había basado en el origen étnico del solicitante (pues el servicio en determinadas fuerzas armadas era indicativo de dicho origen) y dado que no podía acreditarse que hubiera actuado con deslealtad, la falta de restitución de la vivienda o indemnización o alojamiento alternativo se apreció por el Tribunal como una interferencia desproporcionada en su derecho de propiedad²⁷.

Esta apreciación, junto con otros factores, llevó al TEDH a concluir que se había producido un trato degradante contrario al art. 3 del CEDH, aunque la terminología empleada en el extracto anterior indica que las condiciones sufridas en el alojamiento hubieran bastado también para esta conclusión. Otro caso más reciente es el que señala la Sentencia del TEDH de 28 de enero de 2014, *Caso A. M.B. contra España*²⁸. En esa ocasión se examina la situación en que queda una Española y sus dos hijos menores de edad que habían sido objeto de una orden de desalojo, por ocupación ilegal de vivienda perteneciente a la Administración (IVIMA) Así la demandante había quedado en situación de desamparo y exclusión social. En dicha sentencia se esgrime la violación del art. 3 y 8 del Convenio que se refiere al *levantamiento de la medida cautelar de no expulsión de los demandantes del domicilio e inadmisión de demanda por falta de agotamiento de las vías de recursos internas*. Pues bien, en el presente caso se estima la demanda prematura, en el sentido del art. 35.1 del Convenio y es rechazada conforme al art. 3.54 del Convenio.

Distinta suerte tiene la demanda resuelta por la Sentencia de 10 de julio de 2014 en el *Caso Lemo y otros contra Croacia*²⁹. En dicha ocasión se plantea de nuevo un caso de desahucio, y orden de desalojo de viviendas por inexistencia de base legal que justificara su ocupación: apartamentos propiedad de empresa pública otorgados en alquiler social a los demandantes por ser empleados de la misma y la cual posteriormente es privatizada. Pues bien, en esta ocasión se exige el derecho al respeto de su domicilio³⁰.

²⁷ Sic, informe de la FRA sobre discriminación en el acceso a la Vivienda.

²⁸ TEDH 2014/6.

²⁹ TEDH 2014/53.

³⁰ Señala el art. 8 del Convenio: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de (...) su domicilio (...) 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En el mismo sentido la Sentencia del TEDH, de 20 de mayo de 2014, *Caso Kopnin y Otros contra Rusia*, se refiere al incumplimiento de la orden de reaalojo temporal, en el plazo de 10 días y en vivienda municipal. En el caso examinado, se plantea un caso en que transcurre más de un año y siete meses desde la orden de desalojo. En dicha ocasión se alega no obstante, ausencia de medidas necesarias para ejecutar las sentencias por parte de las autoridades alegando falta de medios económicos para adquirir una vivienda, pero ello no impide al TEDH argumentar que se estaba produciendo una violación del art. 6 del Convenio³¹ y del art. 1 de Protocolo núm. 1.

1. De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración del Derecho a la Vivienda como Derecho Humano

En sintonía con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realiza significativos pronunciamientos jurisprudenciales que vienen a abundar: a) en la configuración del Derecho a la Vivienda como Derecho Humano, vinculado por tanto a la dignidad humana y observado desde una doble perspectiva de un lado respecto del acceso a la vivienda (en conexión con el mercado hipotecario español y los efectos de la crisis económica y su cuantificación en el número de embargos), y por otro lado, b) en lo que respecta a la transposición de directivas Comunitarias que afectan a aspectos edificatorios y en su caso de eficiencia energética, en tanto que elementos derivados de la noción de adecuación en este sentido desde la sostenibilidad ambiental.

Respecto de la primera cuestión, resulta relevante el pronunciamiento de 14 de marzo de 2013, caso *Aziz*³², que vino a introducir la configuración del derecho a la Vivienda como un derecho cuyo respeto exigía el entendimiento del mismo como un derecho vinculado a la protección del consumidor. De tal suerte que el Tribunal, señala la vulneración de la Directiva 93/13/CE relativa a los derechos de los consumidores, respecto de la existencia de cláusulas abusivas en el marco de la normativa nacional sobre procedimiento de ejecución hipotecaria.

Pero veamos con algún detalle la cuestión examinada. La Sentencia trae causa de la cuestión prejudicial interpuesta con arreglo al art. 267 del Tratado de la Unión Europea, por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Catalunya Caixa. La petición de la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/2013, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores. El

³¹ RCL 1999, 1190, 1572.

³² Sentencia 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11.

señor Aziz era titular de un préstamo hipotecario con Catalunya Caixa, ante la imposibilidad de afrontar el pago de dicho préstamo se le expulsa de su vivienda, y se procede a la ejecución de la garantía hipotecaria, pero entonces él interpone recurso ante el Juzgado de lo mercantil de Barcelona, argumentando que se le está aplicando un clausulado abusivo. Ante la cuestión el Juez decide someter la decisión con carácter prejudicial al TJUE. En este sentido, la Sentencia señala respecto del fondo del asunto que:

«a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)» (punto núm. 50).

Además sigue apuntando la Sentencia:

«En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al art. 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley».

Pues bien a la luz de dichas afirmaciones pone de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la incompatibilidad entre el régimen español de ejecuciones hipotecarias y desahucios, con el derecho de la Unión Europea sobre protección de consumidores.

En este contexto, y respecto del acceso a la vivienda, y el respeto al principio de no discriminación, en secuencia con los casos examinados por el TEDH, el TJUE, también ha realizado pronunciamientos, que desde la salvaguarda de la libertad comunitaria de circulación de personas han manifestado la existencia de una vulneración del principio de igualdad. Así venía a suceder, por ejemplo en el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de abril de 2012, *caso Kamberaj*³³. En dicha Sentencia

³³ Caso *Servet Kamberaj contra Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*, TJCE 2012/93.

cia se examina la normativa nacional que prevé, en relación con el reparto de los fondos destinados a la concesión de una ayuda a la vivienda, un trato diferente para el nacional de un país tercero respecto del trato dispensado a los nacionales residentes en la misma provincia o región. En el caso en cuestión, el demandante fue beneficiario durante los años 1998-2008, de una ayuda a la vivienda prevista en el art. 2, párrafo 1, de la Ley Provincial. Sin embargo su solicitud de ayuda para el año 2009 había sido denegada «*al haberse agotado el presupuesto, determinado de conformidad con la Decisión núm. 1885, que estaba destinado a los nacionales de países terceros*».

2. Respeto del régimen de las ayudas y su compatibilidad con el mercado de la UE

Otro de los aspectos abordados por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es el que hace referencia a la compatibilidad con el mercado común de las ayudas estatales concedidas a favor de entidades promotoras de Vivienda Social. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 27 de febrero de 2014, Caso *Stichting Woonlinie contra Comisión Europea*³⁴.

En similar sentido la Sentencia Caso *Eric Libert y Otros contra Governmentflamand*, de 8 de mayo de 2013³⁵, hace referencia al Derecho de Establecimiento y prestación de servicios. En el presente supuesto se incorpora la referencia a una normativa nacional que impone una carga social a determinados operadores económicos, al concederles la correspondiente licencia de construcción³⁶. Se produce en el presente caso además la aplicación de la aplicación de la «Decisión SIEG» relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86 [CE], apartado 2, a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

3. Respeto de la libre circulación de trabajadores y las políticas de lucha contra la discriminación en materia de Vivienda

En este sentido destaca el caso *Comisión Europea vs Grecia*, en Sentencia de 20 de enero de 2011³⁷. En el caso en cuestión la normativa Griega reserva la exención del Impuesto de Bienes Inmuebles al adquirir un bien inmueble como primera vivienda únicamente a los residentes del territorio nacional y a los nacionales de origen griego que no

³⁴ TJCE 2014/75.

³⁵ TJCE 2013/210.

³⁶ Esta apreciación podría ser equivalente a cuando se impone en el sentido urbanístico la obligación de reservar tierra en los patrimonios municipales de suelo.

³⁷ TJCE 2011/2.

residen en dicho territorio en la fecha de la compra. A resultas de dicha decisión la Sentencia señala que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 12 CE³⁸, 18 CE, 39 CE y 43 CE y 4, 28 y 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992³⁹:

- al conceder una exención del impuesto de transmisión de bienes inmuebles, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1, apartados 1 y 3, párrafo primero, de la Ley 1078/1980, únicamente a los residentes permanentes en el territorio nacional y excluir de dicha exención a los no residentes que tienen intención de instalarse en el futuro en ese territorio, y
- al conceder una exención de ese mismo impuesto, en determinadas condiciones, únicamente a los nacionales griegos o a los griegos de origen que adquieren una primera vivienda en el territorio nacional.

Por último, resulta de interés en la configuración del derecho a la vivienda, las exigencias relativas a la incorporación de procedimientos de certificación de eficiencia energética, y en consecuencia, de transponer las Directivas que a la temática se refieren. El caso más reciente es el que integra la Sentencia de 13 de Junio de 2013, que se refiere a la República Italiana, por una transposición incorrecta de la Directiva 2002/91/CE⁴⁰. Se trata en suma de la constatación de la configuración del Derecho a la Vivienda en el ámbito internacional no como un derecho social, sino como un derecho humano que se configura a la luz de Naciones Unidas como condición previa para el disfrute de otros derechos humanos⁴¹. Así las cosas veamos a continuación cual es la configuración jurídica del derecho en nuestro país.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA: ¿SÓLO UN DERECHO SOCIAL Y PRINCIPIO RECTOR EN ESPAÑA?

Pues bien así las cosas, en la Constitución Española el reconocimiento del derecho a la Vivienda como Principio Rector de la Política social y económica⁴² ha evitado la

³⁸ RCL 1999, 1205 ter.

³⁹ LCEur 1994, 66.

⁴⁰ Incumplimiento de Estado - Directiva 2002/91/CE - Eficiencia energética de los edificios - arts. 7, apartados 1 y 2, 9, 10 y 15, apartado 1 —Transposición incorrecta— No transposición en el plazo establecido —Directiva 2010/31/UE— art. 29.

⁴¹ Señala en este sentido el informe UN-Hábitat, *cit.* pp. 10 ss., que «El acceso a la vivienda adecuada puede ser la condición previa para el disfrute de varios derechos humanos, en particular en la esfera del trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad, y la educación».

⁴² Ex art. 47 de la Constitución Española. Sobre la proyección de este artículo en la jurisprudencia constitucional hubo ocasión de reflexionar en GÓMEZ JIMÉNEZ, *La intervención Administrativa en la Vivienda en España, 1938-2005*, Montecorvo, Madrid, 2005. Respecto de lo que significa la configuración del Derecho

inmediata configuración ab initio del derecho a la Vivienda como Derecho fundamental al no encontrarse regulado entre los arts. 14 al 29 de la Carta Magna. Sucede sin embargo que en el ámbito de los pronunciamientos jurisdiccionales internacionales ut supra descritos y en el marco de la configuración del acceso a la vivienda digna y adecuada como deber de los poderes públicos para remover los obstáculos que hagan la igualdad real y efectiva, la realidad de una proyección social del derecho a la vivienda —cuyo contenido socio-económico es innegable—, nos obliga como lo ha hecho recientemente la doctrina, a replantearnos la naturaleza jurídica del derecho en sí, y aproximarlos más a la esfera de los derechos fundamentales que a la de los principios rectores sin más de la política social y económica.

En cualquier caso, el mandato a los poderes públicos derivado del art. 47 de la Constitución ha tenido en España una diversa proyección tanto respecto del acceso a las formas de tenencia del bien en propiedad como en arrendamiento, como respecto de la remoción de obstáculos desde el fomento administrativo para el acceso a la vivienda. Referencias que se concretarán para el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza en la reciente aprobación de la Ley sobre la Función social de la Propiedad, que resulta a todas luces relevante para examinar la proyección del derecho a la vivienda desde la actuación administrativa en la que trae causa, y la configuración legal del derecho en sí.

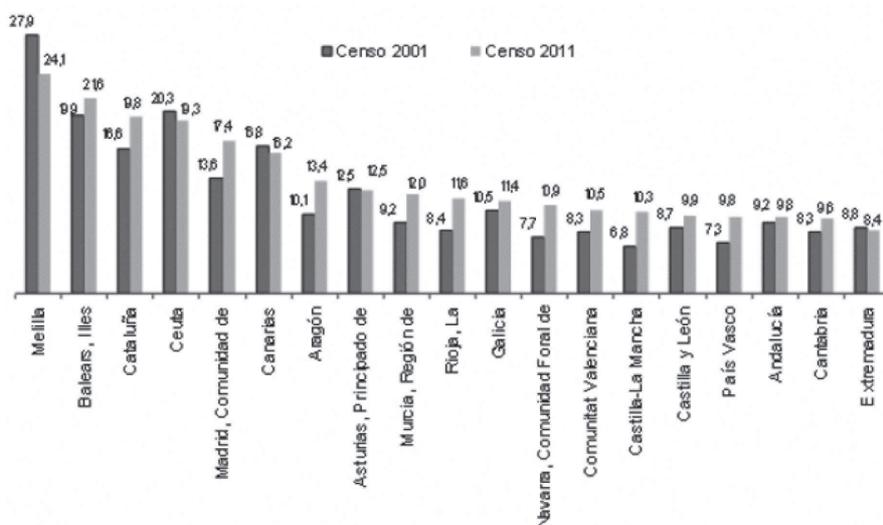
1. El acceso a las formas de tenencia

La configuración del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada, ha sido asociado en España con la identificación de acceso en propiedad y/o en alquiler. Si bien ambas fórmulas, han servido para dibujar las estadísticas oficiales. En este contexto, las últimas estadísticas en materia de vivienda según el INE, en el censo de Población y Viviendas para el año 2011, revelan que se ha producido un incremento progresivo del número de viviendas en régimen de alquiler en comparación con el volumen de viviendas en régimen de propiedad. Este incremento del número de viviendas en alquiler en relación con el número de viviendas en propiedad, se ha producido en todas las Comunidades Autónomas, con excepción de Canarias, y la ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Las

como principio rector de la política social y económica puede verse por todos: J. TAJADURA TEJADA, *Los principios rectores de la política Social y Económica*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; R. CALVO ORTEGA, «Reflexiones sobre los principios rectores de la política social y económica en la Constitución», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, 2007; X. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, «Jurisdicción contencioso Administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010; E. COBREROS MENDAZONA, «Reflexión General sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, 198; J.L. SERRANO MORENO, «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 1987.

Comunidades Autónomas que han tenido mayor incremento en el número de viviendas en régimen de alquiler han sido la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha y la Comunidad Foral de Navarra, con incrementos que van del 6.8% al 10.3% respectivamente en la primera y del 7% al 10.9 %, en el caso de la segunda.

Porcentaje de viviendas principales en alquiler



Fuente: Censos de Vivienda 2001/2011.

Las razones que han motivado este incremento en el número de viviendas en régimen de alquiler, son diversas y reflejan las medidas de políticas económicas y legislativas adoptadas a nivel nacional, al mismo tiempo que vienen a reflejar una situación difícil respecto de la tenencia de vivienda en propiedad, —en la sucesión de los embargos de vivienda y el estancamiento en la construcción de nuevas unidades como resultado de la crisis inmobiliaria—. Podríamos decir por tanto que hay razones, económicas, políticas y normativas que explican la caída de la propiedad frente al alquiler en un contexto de vivienda en régimen de propiedad, como es el que viene a caracterizar tradicionalmente al mercado español de vivienda.

A esta radiografía sesgada del mercado de la vivienda en alquiler, hay que añadir la nacionalidad de los que acceden al bien en alquiler. Así, según señala el INE, en los hogares en que todos sus miembros son españoles, el régimen de tenencia más frecuente es el de propiedad. En este tipo de hogar el porcentaje de viviendas en alquiler representa sólo el 8.4 %. En cambio, en el caso en que algún miembro de la familia sea de naciona-

lidad extranjera, residiendo legalmente en España, el porcentaje de vivienda en régimen de alquiler se dispara hasta el 49.9% siendo el alquiler de vivienda la forma de tenencia más frecuente⁴³. Incide en la forma de tenencia también otra variable cual sea la edad. La tradicional distribución del régimen de tenencia se acentúa a medida que se envejece. Esto ha sido así en los últimos datos aportados por el censo de población y vivienda de 2001, y se mantiene en los datos del censo de vivienda actual. Según el estudio realizado por Fotocasa⁴⁴, el sentimiento de apego a la propiedad se acentúa con la edad. El estudio cerrado en 2011, que analiza aspectos relacionados tanto con la financiación, como con las preferencias de los españoles, (y por Comunidades Autónomas), respecto de la forma de acceso y de la configuración de la vivienda «ideal», señala que el 89.7 % de las personas mayores de 45 años, manifiestan un sentimiento arraigado de la propiedad. Mientras que entre las personas comprendidas entre 18 y 30 años, sólo un 77.1 %, de la población comparte esa opinión. La encuesta que ha sido configurada para pulsar las preferencias respecto de la propiedad, sitúa entre los valores para inclinar la balanza a favor de la propiedad, argumentos como que comprar una vivienda es más rentable que el alquiler, sentimiento compartido por el 75.3 % de los jóvenes. En este caso, en sintonía con el pensamiento de las personas mayores de 45 años (75.4 %), o que alquilar es tirar el dinero, siendo sólo un 52 % de los jóvenes los que opinan, que alquilar es tirar el dinero. Esto es, la tendencia al alquiler suele ser mejor entendida por los jóvenes que por los mayores. Influyen en la percepción de esta realidad de tenencia, la dificultad en el acceso a la vivienda, en régimen de propiedad, al carecerse de los recursos económicos para ello. Prueba de ello es que un 49.1 % de la población mostraba intención de adquirir una vivienda si el mercado se lo permitiese. Así sólo un 4% de población española ha venido a considerar el alquiler como una forma de vida, y ello con independencia de la necesidad de optar por la fórmula de alquiler en lugar de adquirir en propiedad, o de las fluctuaciones del mercado y del parque de viviendas en alquiler. Al hilo de estas consideraciones parecería pues, que si el mercado diera las opciones los españoles seguirían aferrados a un modelo de tenencia en propiedad alejado de otros modelos europeos en los que el alquiler es la forma habitual de acceso al bien.

La dicotomía entre estas dos variables se rompe sin embargo cuando se aproxima el detalle más actual de los embargos por impago de las cuotas del préstamo hipotecario, y por la incapacidad de satisfacer el modelo ideal de vivienda en propiedad al carecerse de los ingresos necesarios para asegurar la tenencia de la vivienda.

⁴³ Siendo el porcentaje de vivienda totalmente pagada en régimen de compraventa tan sólo del 17%.

⁴⁴ Fotocasa.es trends. Los españoles y su relación con la vivienda. En <http://trends.fotocasa.es/pdf/trends.pdf>.



Datos sin embargo, que deben ponerse contrastarse con la configuración del acceso al bien desde la perspectiva de los derechos de configuración legal a la vivienda, y que permiten explorar otras fórmulas de tenencia que si bien no son tan conocidas, no resultan sin embargo nuevas en el ordenamiento jurídico español, ni en los antecedentes históricos y de derecho comparado que analizaremos.

Así, que la fórmula de tenencia en alquiler se esté consolidando deriva no sólo de la intención de promover el alquiler frente a la propiedad, sino al impacto de la crisis. De tal forma, que según el estudio reseñado ut supra, la elección entre el alquiler y la compraventa se decanta hacia el alquiler (según el 23.7% de los casos), ya que la situación financiera no permite adquirir una vivienda en propiedad. Aunque justamente la crisis inmobiliaria ha provocado otra reacción no menos significativa, cual sea el miedo a no poder afrontar los costes futuros de adquirir una vivienda (11.9 %). Resulta entonces que la descripción de los miedos que anteceden lo son en función de la percepción de falta de suficientes garantías en el sistema jurídico que permitan en caso de una situación económica difícil acceder al bien.

El Defensor del Pueblo, en sendos informes elaborados entre los años 2012 y 2013⁴⁵, ha puesto de manifiesto la necesidad de abordar aspectos concretos del mercado hipotecario y de la vivienda, haciéndose eco de las reflexiones derivadas de la jurisprudencia de la Unión Europea, y de las específicas previsiones sobre la dación en pago, y los efectos derivados del incumplimiento de los pagos en los procesos de ejecución hipotecaria.

Pues bien ni las recomendaciones del Defensor del Pueblo, a las que haremos cumplida referencia, ni las disposiciones aprobadas por las Cortes Generales, al respecto de las medidas para mejorar el acceso al bien, así como el mantenimiento del mismo han tenido hasta la fecha los resultados esperados.

2. Marco Nacional de las disposiciones para el fomento del Alquiler de vivienda en España

A la configuración constitucional del Derecho a la Vivienda ha seguido en el ámbito de la atribución de competencias la incorporación del título de legislación civil⁴⁶, como atribución competencial exclusiva al Estado en la materia. En desarrollo de la legislación en materia civil respecto del arrendamiento de vivienda, las Cortes Generales aprobaron sendas disposiciones normativas que se ocuparían de regular el mercado de alquiler de

⁴⁵ Informes del Defensor del Pueblo de España, «Crisis Económica y Deudores Hipotecarios», actualización de 9 de abril de 2013 del Informe que con la misma denominación y con la incorporación de propuestas fue publicado en 2012. Sobre aspectos relacionados destacan también los informes: «La realidad Catastral en España. Perspectiva del Defensor del Pueblo» y el «Estudio sobre Viviendas Vacías», de marzo de 2013.

⁴⁶ Artículo 149.1.8 Constitución Española.

vivienda. A saber: la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁴⁷ y su modificación por Ley 4/2013, de 4 de junio sobre flexibilización y fomento del mercado de vivienda en alquiler⁴⁸. La reforma operada en el año 2013, atendió a la necesidad de fomentar el mercado del alquiler a través de la modificación de la duración del contrato de arrendamiento de vivienda, que pasó a ser de cinco a tres años. La flexibilización del mercado de alquiler de vivienda incorporó además elementos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al introducir el desahucio exprés, y los registros de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler⁴⁹. La razón de ser de este registro, se encuentra en la necesidad de «ofrecer información sobre el riesgo que supone arrendar inmuebles a personas que tienen precedentes de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta en contratos de arrendamiento y que, por dicho motivo, hayan sido condenadas por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del art. 250.1.1.º o del art. 438 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el secretario judicial correspondiente remitirá dicha información al Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler». Además, no sólo se contemplan los supuestos de declaración por medio de sentencia firme sino que el apartado, 3. del art. 3 de la Ley, incluye previsiones respecto de la declaración de la persona responsable de impago de la renta por medio de laudo arbitral.

Además la Ley, que hacía referencia a la subsistencia de las ayudas contenidas en los planes de vivienda vigente en el momento, vendría a suprimir⁵⁰ y modificar el régimen de las ayudas de subsidiación de préstamos, las Ayudas Estatales Directas a la Entrada y las subvenciones de los Planes de vivienda⁵¹ así como las ayudas de la Renta Básica de Emancipación, que se establecieron por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre.

Es interesante en este sentido recordar que una de las medidas que se pusieron en marcha para favorecer el acceso al mercado de vivienda en alquiler fue justamente la Renta Básica de Emancipación⁵². La renta Básica de Emancipación nació con la finalidad de cumplir una función social al ayudar económicamente mediante ayudas del Estado

⁴⁷ BOE de 25 de noviembre de 1994.

⁴⁸ Sobre las razones que han llevado a la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, puede verse, S. QUICIOS MOLINA, «Estudio de las disposiciones de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En particular, novedades del juicio de desahucio, registro de arrendatarios morosos y régimen transitorio», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 34, 2014, pp. 49-78.

⁴⁹ Artículo 3 de la Ley 4/2013.

⁵⁰ Según señala la Disposición Adicional II respecto del régimen aplicable a las ayudas de los Planes Estatales de Vivienda y rentas básicas de emancipación.

⁵¹ Cuyos efectos se mantuviesen a la entrada en vigor de la Ley.

⁵² http://es.wikipedia.org/wiki/Renta_B%C3%A1sica_de_Emancipaci%C3%B3n; y las referencias oficiales contenidas en http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/_ESPECIALES/VIVIENDA_JOVEN/INFO_INQUILINOS/

al acceso al mercado en régimen de alquiler⁵³. Así, las medidas de fomento al alquiler de vivienda se contenían no solamente en el ámbito de otras legislaciones sectoriales⁵⁴ sino que se integraron con carácter transversal a través de los Planes de Vivienda. De esta manera, los Planes de Vivienda pasaron, de ser instrumentos económicos para la planificación del número de unidades de vivienda que vinieran a satisfacer la demanda de la misma, a convertirse en instrumentos de reordenación y fomento de las políticas de vivienda en alquiler.

No cabe duda que la incidencia en la composición del parque de vivienda española con todo es limitada, dado que como exponíamos en otro lugar el número de viviendas sujetos a algún régimen de protección pública no resulta en términos absolutos significativo⁵⁵. Basta un examen detallado de los planes Estatales de Vivienda⁵⁶ y su proyección en número de ejecuciones de actuaciones inmobiliarias, para comprender el alcance de la incorporación de medidas de fomento del alquiler de vivienda en los mismos.

En cualquier caso, sirva la descripción anterior para entender el alcance de la proyección y mandato constitucional del principio rector desde el estricto ámbito de la configuración de la tenencia de vivienda, entendida ésta como un aspecto básico en la configuración de la vivienda como derecho humano.

3. Algunas reflexiones sobre el marco Nacional para la prevención de los desahucios, y la accesibilidad de la Vivienda en Propiedad en España

España es un país de propietarios⁵⁷, como teníamos ocasión de apuntar siguiendo los datos estadísticos del porcentaje de viviendas en propiedad respecto de viviendas en régimen de alquiler. No obstante la configuración misma del derecho de propiedad amerita un examen detallado cuando se transforma en examen de la propiedad urbana o inmobiliaria, en la medida en que viene a modularse por la función social a la que el art. 33 de la CE hiciera referencia, pero con las características de las limitaciones derivadas de la configuración legal que supone el ejercicio del urbanismo como función pública, y de la misma configuración de la propiedad inmobiliaria como parte del derecho a una vivienda

⁵³ La Renta Básica de Emancipación entró así en vigor en el año 2008, siendo suprimida en 2013.

⁵⁴ Así como por ejemplo las medidas de carácter fiscal, o financiero al arrendamiento.

⁵⁵ No supera el 10%, del parque de Vivienda Español.

⁵⁶ Hemos realizado un análisis en este sentido en M.L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *La Intervención Administrativa en Vivienda en España, 1938-2005*, Montecorvo, Madrid, 2004.

⁵⁷ En la comparativa con otros países de nuestro entorno y de otros países en el ámbito Norteamericano esta es una de las primeras valoraciones que se destacan (puede verse entre otros nuestro aporte de derecho comparado en este sentido: Public Choices and Housing Opportunities for seniors Citizens: different scenarios in United States and Spain, *Chicago- Kent Journal of International and comparative Law*, vol. 12, 2012).

digna y adecuada⁵⁸. La problemática jurídica que conlleva la definición del contenido esencial del «derecho a la propiedad inmobiliaria» y «a la propiedad urbana», no integra sin embargo los elementos extrajurídicos, presentes en el contexto socioeconómico, que acaban condicionando el acceso al bien, en el marco de un mercado inmobiliario que configura la propiedad como valor de cambio desconectado de la función social que debe cumplir en todo momento. Pues si bien la vivienda se configura como el elemento esencial a partir del cual se establecen las coordenadas de la cohesión social, en la medida en que permite la configuración del espacio de convivencia en el que se desarrolla la vida humana (ya sea en el entorno rural o urbano), lo cierto es que la proyección social que la misma tiene se desdibuja cuando se opera con el bien en el ámbito financiero y especulativo y sin referentes sociales. Este contraste entre la configuración de las disposiciones financieras y las previsiones normativas es el que permite entender la dinámica de exclusión social referenciada en procesos de embargos de vivienda al que hemos asistido en los últimos tiempos. Así, por obvio que pudiera resultar la reflexión sobre esta distinción de paradigmas de análisis, ambos confluyen en la configuración del derecho de propiedad urbana, y en las limitaciones urbanísticas y edificatorias que ésta incorpora desde su configuración no ya como propiedad desagregada⁵⁹, sino como un bien⁶⁰ familiar⁶¹.

Además, la definición de la propiedad privada urbana sometida a la función social reconocida en el art. 33 de la Constitución en tanto que principio rector de la política social y económica, permite la configuración de la protección a la vivienda desde una modulación social que casa mal con la proyección que el bien vivienda tiene en el mercado hipotecario. Dado que la accesibilidad al mismo exige la financiación adecuada, y que dicha financiación resulta por lo general escasa para el acceso en régimen de vivienda libre a la misma, en el mercado sin ningún apoyo ni la constitución de garantía hipotecaria, la configuración del acceso al mercado de hipoteca de vivienda resulta esencial para entender y configurar el propio régimen aplicable a la accesibilidad al bien. Sucede sin embargo, que la normativa hipotecaria, nació con otra finalidad distinta de la de servir de válvula de entrada en el mercado de futuros adquirentes de vivienda, y sucede, que en la configuración de la misma intervienen de manera determinante las entidades financieras cuyos intereses de lucro económico contrastan con la función social que el bien debe prestar en la sociedad para aquellos que, carentes de la financiación adecuada acuden al préstamo hipotecario.

⁵⁸ Artículo 47 Constitución Española.

⁵⁹ En el sentido en el que lo fuera en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1993. Ley 8/93, de Valoraciones.

⁶⁰ Tal y como la configura al Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobada por Texto Refundido de 2008.

⁶¹ STS de 31 de diciembre de 1994, respecto de la configuración de la vivienda como bien familiar y no patrimonial.

No obstante lo cual, y sin hacer en este lugar un examen riguroso de las características del sistema hipotecario español, conviene apuntar que la facilidad para el otorgamiento del crédito hipotecario ha sufrido también las consecuencias lógicas del retraimiento económico motivado por la escasez de recursos que trae aparejada toda crisis⁶². En este contexto el legislador ha tratado de responder con cierta «inmediatez» a la problemática que los desahucios han ocasionado en el orden social, en parte motivada por la repercusión de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en nuestro país, así el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, ha venido a ampliar hasta 2017, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, contenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como el colectivo que puede beneficiarse de la medida.

Si ello no fuera suficiente, el examen de la normativa de desarrollo en aplicación del art. 47 de la Constitución, (ya sea bajo tenencia en régimen de propiedad como de alquiler), ha puesto de manifiesto sus insuficiencias para resolver los problemas sociales vinculados a la carencia de una vivienda digna y adecuada. Además, los vaivenes del mercado inmobiliario otrora ocupado con la edificación de nuevas unidades, y hoy ocupado con la reactivación del sector vía rehabilitación de vivienda, genera tras la aprobación de la Ley 20/2014, de 29 de octubre⁶³, de Delegación al Gobierno para dictar determinados textos refundidos en virtud de lo establecido en el art. 82 y siguientes de la Constitución Española, cierta expectación. Y ello por cuanto, si recordamos la significativa aprobación de la Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbana, que ha supuesto un cambio de paradigma en la ordenación inmobiliaria de los procesos de rehabilitación inmobiliaria y las implicaciones que incorpora respecto de la ordenación urbana, no es de extrañar que la idea de su reforma resulta cuanto menos sugerente. Así, la Ley de delegación al Gobierno contempla en el apartado h) la autorización para la refundición del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, y de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas⁶⁴.

⁶² Resulta interesante por lo demás la expresión de los profesores García Delgado y Martín Rodríguez, para los que las medidas de protección a los deudores hipotecarios han sido las correctas.

(http://economia.elpais.com/economia/2014/01/10/actualidad/1389353957_262951.html). Cuestión que contrasta con las valoraciones de la primera parte de este trabajo en el que la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la UE, planteaba la necesidad de operar ajuste normativos que permitieran la mejora en la protección de los usuarios y quienes pretenden acceder a una vivienda en el mercado inmobiliario español.

⁶³ BOE de 30 de octubre de 2014, núm. 263.

⁶⁴ RCL 2013, 979.

A saber de los arts. 1 a 19; de las disposiciones adicionales primera a cuarta; de las disposiciones transitorias primera y segunda y de las disposiciones finales duodécima y decimioctava; así como de las disposiciones finales decimonovena y vigésima y de la disposición derogatoria, en la medida en que se refieran a alguno de los preceptos reseñados. Esto es, el mandato al ejecutivo de elaborar un Texto Refundido, resultará en unas propuestas normativas integradas de urbanismo y edificación —esperemos que sostenible⁶⁵—.

Mientras, y en este contexto, la regulación futura de la normativa urbanística deberá integrar los aspectos específicos de la regulación sobre regeneración urbana, lo cual no resulta extraño en el tenor de las operaciones urbanísticas que se incorporan. Más relevante es en cambio, la proyección de esta normativa básica respecto de las medidas orientadas a la rehabilitación de vivienda, toda vez, que deban tenerse en cuenta las exigencias de eficiencia energética. Exigencias que lo son para el Estado Español en su conjunto, y que en su proyección sobre la definición de las competencias autonómicas y su desarrollo resultan de específico interés para el legislador autonómico y para el operador jurídico a escala local. Pero aún de más peso si cabe, es la configuración del derecho a la vivienda, como aquél derecho humano de configuración legal, a resultados del ejercicio imaginativo del legislador, que no ampara su calificación como derecho fundamental en el derecho interno, por más que así sea en el orden internacional, como hemos tenido ocasión de vislumbrar.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la primera parte de este trabajo hemos examinado la configuración del derecho a la Vivienda desde la proyección internacional que reflejan los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales internacionales, para concluir que bajo estas coordenadas el Derecho a la Vivienda es examinado como un derecho humano, que comporta no sólo obligaciones de hacer, sino obligaciones de no hacer (como la protección de desalojos arbitrarios) o la protección frente a actuaciones provenientes de terceros, en el respeto a la dignidad humana.

En el contraste que demanda la atención a la coyuntura socio-económica del sector inmobiliario en los últimos años, la configuración legal del derecho a la Vivienda resulta especialmente relevante en nuestro país. Así, el mandato a los poderes públicos que el art. 47 de la Constitución Española introdujera, ha sido superado por la imbricación del urbanismo como función pública, y la modulación de la función social de la propiedad urbana e inmobiliaria, al configurarse éste no como un derecho aislado sino como derecho «sine qua non» del ejercicio de otros como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad.

⁶⁵ Con la expresión de que una vez aprobada dicha refundición, los textos que se refunden deberán ser derogadas con carácter expreso (según señala el art. 2 de la Ley).

El resultado, es la calificación del derecho a la Vivienda no ya como un principio rector sino como un derecho humano de carácter básico, con proyección social.

En este contexto, los efectos de la crisis económica, en el sentir de muchas familias, y las dificultades para mantener sus viviendas, así como el drama motivado por la falta de una política pública que sitúe el derecho a la vivienda en el centro de la actuación de los poderes y operadores públicos y económicos, genera cuando este derecho no puede hacerse efectivo, la vulneración de las condiciones mínimas y permiten calificar dicha vulneración como trato inhumano.

Esta consecuencia jurídica auspiciada desde referencias jurisprudenciales internacionales, y desde su proyección y aplicación en nuestro país, denota que no estamos sólo antes un principio que debe regir la actuación de las Poderes Públicos, y por tanto un contenido prestacional, sino que en la configuración del derecho a la vivienda reside un derecho fundamental social, con carácter subjetivo⁶⁶ al servicio de la generación de unas condiciones de vida que garanticen la libertad funcional individual⁶⁷ y lo que es más importante vinculado a la salvaguarda de la dignidad humana, a la luz de la cual se deben interpretar los derechos fundamentales ex art. 10 de nuestra Constitución.

TITLE

RETHINKING THE RIGHT TO HOUSING: A HUMAN RIGHT OR A SOCIO ECONOMIC PRINCIPLE?

SUMMARY

I. THE CONFIGURATION OF THE RIGHT TO HOUSING AS A HUMAN RIGHT AS A SOCIAL RIGHT IN AN INTERNATIONAL CONTEXT. 1. On the European Court of Justice jurisprudence related to the right to Housing as a Human Right. 2. On the financial support and its compatibility with the European Market. 3. On the free movement of workers and the public policies against Housing Discrimination. II. THE RIGHT TO HOUSING ¿JUST A SOCIAL RIGHT? 1. The access to housing and the tenancy types. 2. On the National Mainstreams on the promotion of Rental units in Spain. 3. Some remarks on the National Mainstreams to prevent foreclosures and the promotion of Homeownership. III. SOME CONCLUDING IDEAS.

KEY WORDS

Right to Housing; Social Rights; Foreclosures; European Court of Justice; European Court of Human Rights.

⁶⁶ F. LÓPEZ RAMÓN, *Construyendo el Derecho a la Vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁶⁷ En este sentido puede verse el magnífico trabajo del Prof. Dr. GARCÍA MACHO, «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derecho funcional de libertad», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 86.

**ABSTRACT**

This paper approaches two aspects of the study of right to housing as a human right. In one hand the first of it's dedicated to analyse International and significant jurisprudence from European Court of Justice and the European Court of Human Rights. On the other hand we focus in the Spanish case with the exam of the latest regulatory measures enacted to promote affordability and to fight against foreclosures with social impact in a wide layer of population. Thus, the configuration of the right to housing from a legal perspective needs to involve not just the fulfilment of a socio-economic mainstream principal but a social human right which deserves a better understanding in our set of laws.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 02/05/2015

