

*Lección Inaugural*

María Belén Sainz-Cantero Caparrós

*27 de septiembre de 2024*



UNIVERSIDAD  
DE ALMERÍA

# LA VIVIENDA Y EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA LEY ESPAÑOLA 12/2023 DE 24 DE MAYO

---

**María Belén Sainz-Cantero Caparrós**

*Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Almería*

El 26 de mayo de 2023 entró en vigor la ley 12/2023, de 24 de mayo, del «derecho a la vivienda», que afirma 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»

En la tramitación del proyecto de ley fue objeto éste 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 por el legislador para garantizar el llamado «derecho a la vivienda». A este respecto, recibió un contundente informe del Consejo General del Poder Judicial, cuestionando su constitucionalidad, y el anuncio de algunos gobiernos autonómicos de que inaplicarían la norma, además de recurrirla ante el Tribunal Constitucional.

## **I. El derecho a la vivienda un derecho constitucional aunque no fundamental**

Nuestra doctrina constitucionalista ha opinado durante mucho tiempo, de forma mayoritaria, que el artículo 47 de la Constitución Española (CE), que recoge el derecho a una vivienda digna y adecuada, está proclamando constitucionalmente no tanto un derecho fundamental, sino un principio rector de contenido económico y social. El Tribunal Constitucional rechazó así mismo en múltiples ocasiones la condición de derecho subjetivo del «derecho a una vivienda digna y adecuada», sin perjuicio de reconocerle valor normativo. El dictado del artículo 47, por sus efectos, tendría más bien, según el intérprete de la Constitución, la naturaleza de un mandato dirigido a los poderes públicos para desarrollar políticas dirigidas a que los ciudadanos puedan disponer de una vivienda digna y adecuada. Esa ha sido también la opinión del Tribunal Supremo, durante mucho tiempo desde la sentencia de 26 de mayo de 1987.

En los últimos años, no obstante, un sector importante de esta doctrina 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 nuestra Constitución contiene, además de principios rectores, verdaderos derechos subjetivos (el derecho a la salud del artículo 43, el derecho a la cultura del artículo 44, el derecho al medio ambiente del artículo 45, y el derecho a la vivienda del artículo 47); a semejanza de lo que sucede en la sección 1ª del capítulo II del título I «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», donde aparecen además de derechos y libertades, principios que claramente no pueden ser tratados como derechos fundamentales o libertades públicas, por lo que quedarían excluidos de las garantías propias de dichos derechos y libertades del artículo 53.1 y 2 CE (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 artículo 47, el derecho a la vivienda digna y adecuada sería entonces, no solo un principio inspirador de políticas públicas, si no un verdadero derecho constitucional, aunque no fundamental.

El legislador de la ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda, ha consagrado esta visión, y así lo hace ya en el mismo inicio de su exposición de motivos. Invoca para ello la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la más reciente del Tribunal Constitucional español que sigue a la anterior. Esta ha última sido confirmada en mayo de 2024 al responder el tribunal Constitucional diversos recursos contra la Ley 12/2023.

Pero ya antes de esta ley estatal del derecho a la vivienda, otras leyes estatales y autonómicas en España han declarado igualmente este derecho: Y así lo han dispuesto, a nivel estatal, la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana; y a nivel autonómico, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Estatuto de la Comunidad Valenciana y el Estatuto de las Islas Baleares. Pero todas las Comunidades Autónomas lo han desarrollado a través de leyes que, en no pocos casos, han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad. Estas leyes, a la que se suma la nueva ley estatal del «derecho a la vivienda» vendrían a confirmar la condición de derecho subjetivo del derecho a una vivienda digna y adecuada y, por tanto, su exigibilidad.

Y si la efectividad de cualquier derecho subjetivo viene determinada por la exigibilidad de su contenido, para que el titular satisfaga efectivamente el interés al que el derecho responde, cabría esperar que la Ley del «derecho a la vivienda» definiera y diseñara los términos de la exigibilidad de este derecho por los ciudadanos ante las administraciones públicas, de modo que, como los demás derechos e intereses legítimos reconocidos, estuviera 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 de ese derecho su tutela jurisdiccional, de modo que pueden exigir judicialmente de la administración pública andaluza el cumplimiento

de las obligaciones correlativas al derecho. Y La Ley vasca 3/2015 de vivienda, más concretamente, dispone en su artículo 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 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-administrativa.

Nada semejante encontramos en la nueva ley estatal de vivienda y en su definición del derecho a una vivienda digna y adecuada.

Para la Ley 12/2023 los poderes públicos como sujetos pasivos de este derecho constitucional, cumplen en primer lugar con «promover» programas para aumentar el parque social de vivienda, pero también, y en segundo lugar, articulando medidas para que ni el mercado, con sus leyes de funcionamiento, ni 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. Y así, prevé la ley que se controle la oferta en los mercados de la vivienda y se impongan nuevos deberes al propietario, hasta el punto de redefinir el contenido de las facultades, cargas y deberes que comportan su derecho de propiedad.

## **II. La redefinición del derecho de propiedad cuando recae sobre una vivienda**

Conforman, en efecto, el contenido del derecho a la vivienda, según la Ley 12/23, una serie de derechos y deberes específicos de sus propietarios: los recogidos en los art. 10 y 11. Y con estos preceptos el legislador estatal, en ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil, estaría redefiniendo el contenido del derecho de propiedad sobre ese bien, que a semejanza del régimen del suelo «conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible», no vendría conformado ya de acuerdo al artículo 348 del Código Civil que es la norma que define el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento. Este precepto, el artículo 348 del Código Civil, quedaría «fuera de juego» o sin aplicación cuando se trate de definir el derecho de propiedad sobre una vivienda, en virtud de la ley 12/2023 y otras normas de naturaleza administrativa.

Las «nuevas facultades dominicales» sobre la vivienda, vendrán determinadas por lo que en cada momento decida el legislador (estatal o autonómico), de modo que el derecho constitucional y fundamental de propiedad sobre la vivienda del artículo 33.1 CE queda aparentemente sin más contenido civil que la titularidad; para convertirse en una forma de atribución o tenencia del bien vivienda, diseñada por los poderes públicos en un tiempo y espacio concretos; siempre, eso sí, con la finalidad de que nadie quede excluido del derecho a residir en una vivienda digna y adecuada.

Entre estos deberes, mención especial merece, desde luego, la «obligación» y no la «facultad» que impone la ley a los propietarios de viviendas en el artículo 11.1 a) del «uso y disfrute propios y efectivos» de las mismas.

El empleo del término «uso propio» parece dejar fuera de la Ley, la posibilidad de destinar la vivienda a un uso distinto al de residencia habitual del propietario o de tercero. Otra consecuencia de esta obligación 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, y ello, aunque no sean grandes tenedores, porque una persona jurídica no puede hacer «uso propio» de una vivienda.

Pero, sobre todo, es que al tratarse de un «deber constitucional, la del «uso propio y efectivo» de la vivienda, el conservar vacía la vivienda, supone un incumplimiento de dicha obligación al que pueden acompañar consecuencias administrativas y civiles, como la sanción o la expropiación. 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 quienes las ocupen. Así el artículo 1.1 de la Ley catalana 1/2022 permite considerar vacía una vivienda a efectos administrativos, también cuando un propietario tiene ocupado su piso y no ha regularizado al ocupante, según los requisitos que una la 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 artículo 1.3 de la Ley andaluza 1/2010, Y lo declaró inconstitucional por contravenir el artículo 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. 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». En otras sentencias, por el contrario, entendió que el uso efectivo no sería un deber del propietario, sino solo un objetivo del poder público.

No parece, sin embargo, que la nueva ley deje dudas sobre la naturaleza de esta «obligación» del propietario recogida en el artículo 11 de la Ley 12/2023 que, mucho más que un objetivo de las políticas públicas de vivienda con sus medidas correspondientes limita esencialmente las facultades de uso y disposición del derecho de propiedad sobre la vivienda, afectando sustancialmente a su contenido civil.

Lo cierto es que la propiedad de la vivienda, como la de los demás bienes, se ha regido hasta ahora por el Código Civil, además de por un buen número de normas es-

peciales 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. Pero a partir de la ley estatal 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; del mismo modo en que las atribuyen, hace mucho, sobre el suelo, el agua, las costas, o el espacio para enterramientos.... Pero 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», ya que tiene declarado el Tribunal Constitucional que esta función declarada en el artículo 33 CE, no puede justificar una alteración tan sustancial de este derecho constitucional y también fundamental, que quede desnaturalizado. Pues bien, para el Consejo General del Poder Judicial los artículos 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, al vaciar de gran parte de su contenido civil a la propiedad privada del artículo 33.1 CE si se refiere a la vivienda. Así lo expresó contundentemente el Consejo en su informe al proyecto de ley: «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».

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 por algunos autores que la Constitución española habla de la función social del derecho de propiedad, y no de la función social de «la vivienda» como lo hace la Ley 12/2023. Y que detrás de esta justificación, la *ratio legis* de la norma es convertir a la vivienda (incluso las de titularidad privada) en un «servicio público». El propio legislador, en la exposición de motivos de la norma, 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, y no a la propiedad sobre las viviendas es, sobre todo y en realidad, una acertada consideración de la vivienda como un «bien común», categoría jurídica y económica a la que me referiré a continuación. Y esta consideración aporta, a mi juicio, una perspectiva jurídica esencial desde la que analizar la norma que nos ocupa que conduce finalmente a la conclusión de que, si la vivienda es un bien común, necesita de soluciones e instru-

mentos 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 Civil y la Economía Civil.

### **III. Los llamados «bienes comunes» y su «tragedia». La vivienda en la Ley 12/2023 un «bien común»**

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, las energías, 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, es preciso conservar y garantizar; facilitando su acceso a quienes tengan dificultades, por resultar esenciales a la vida de todos los individuos y al mantenimiento del orden social democrático.

Pero con los bienes comunes se produce un permanente conflicto entre los intereses privados, públicos y los colectivos que se proyectan sobre ellos; de modo que los usuarios de estos bienes, aunque sean sus propietarios, deben considerar que mientras actúan en interés propio explotando el bien común, este se está reduciendo para todos. Dice en efecto, el profesor 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, ni el individualismo libertario, podrán conformar soluciones satisfactorias al problema de los bienes comunes». Y así, cuando las circunstancias determinan que se produzca una carrera de maximización del consumo, 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: Esta es «la tragedia de los comunes» que acompaña a estos bienes inexorablemente, debido a su naturaleza.

Considerando su naturaleza, la protección jurídica de los intereses privados, colectivos y públicos sobre los bienes comunes, con el reconocimiento de derechos subjetivos sobre ellos, también el de propiedad, debería afrontar dos aspectos esenciales:

En primer lugar, cómo 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. Valorando que no existe la misma libertad de elección en la demanda como en su oferta; y ello puede requerir intervención, ya que se produce siempre una asimetría entre la demanda y el suministro de los bienes comunes, que puede dejar fuera de juego al sujeto marginado económicamente.

El segundo aspecto esencial que es preciso regular al tratar de los bienes comunes, y tan importante como el anterior, es organizar la gestión de dichos bienes para

garantizar que no se degraden o se agoten; si no que, por el contrario, aumenten y se conserven adecuadamente a medida de las necesidades que de ellos se tengan.

Para los economistas y los juristas de los bienes comunes, es imprescindible una teoría articulada sobre su demanda (no solo de la oferta), pues estos bienes precisan de formas distintas de atribución que 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 como la propia y se autolimiten en su aprovechamiento. Necesitan una perspectiva relacional o de «reciprocidad» en su atribución y su gestión, como puso de manifiesto Stefano RODOTÀ que impulsó especialmente el debate sobre los bienes comunes, la propiedad y la institucionalización de la solidaridad.

En mi opinión, la nueva Ley 12/2023 sobre el «derecho a la vivienda» refleja y reclama una consideración como bien común de la «vivienda digna y adecuada». 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 mejora. También en la previsión del artículo 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 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 medioambiental.

Esa consideración como bien común de la vivienda, se manifiesta así mismo en las «definiciones» del artículo 3. 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 pueda concluirse que el resto están excluidos de su uso habitacional necesitándolo. Ello explica el deber constitucional de «uso propio de la vivienda» que se impone al propietario en el art 11 al que ya nos hemos referido.

Por su función social, la vivienda es en la ley un bien dirigido «a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas y unidades de convivencia» según el 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 (contratos y otros negocios jurídicos) que se hayan utilizado para atribuir esa utilidad. A ello responde también la penalización fiscal con el Impuesto Municipal de Bienes Inmuebles sobre las «viviendas vacías» durante más de dos años salvo causas justificadas de desocupación temporal. El objetivo de estas medidas es siempre que los propietarios de las viviendas que no «se usen», las ofrezcan al mercado, garantizando así el suministro de este bien común.

Para garantizar el acceso de todos a una vivienda, la ley 12/23 quiere ofrecer herramientas al desarrollo de políticas públicas dirigidas a favorecer «la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda, que responda a la demanda existente y permita el equilibrio del mercado, asegurando la transparencia y adecuado funcionamiento...». Y es precisamente a este respecto, donde demuestra la ley una absoluta falta de confianza en los instrumentos civiles de atribución, gestión y protección de los derechos sobre la vivienda.

Solo a título de ejemplo, como muestra de esta desconfianza, 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 reales y algunos de crédito 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 certeros 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 tensionado. Solo prevé, eso sí, que las administraciones suscriban convenios en relación con la vivienda protegida con los registradores de la propiedad.

#### **IV. Medidas de la Ley 12/2023 para garantizar la oferta de viviendas en los mercados: en particular, sobre el parque privado de viviendas y los «mercados tensionados»**

Ya se ha apuntado que para los economistas de la Economía Civil la teoría económica ha errado privilegiando siempre el enfoque de la «oferta» (no así de la demanda) en el problema de los bienes comunes: es decir, se ha puesto el punto de atención en la cuestión de cómo crear incentivos para garantizar un adecuado nivel de suministro de esos bienes. Y esto es lo que hace la ley 12/2023 respecto de los mercados de la vivienda,

errando también: Se dirige a garantizar la oferta, y en ese empeño, podría estar limitando en exceso la libertad de los propietarios y sus facultades de decisión, sin ofrecer otras soluciones de atribución y gestión: soluciones civiles, y no administrativas, frente a las estrictamente mercantiles, a las que me referiré más adelante, y que podrían resultar más eficaces.

Procurar «la oferta de vivienda», es el objetivo de medidas relativas al parque social de viviendas y la vivienda protegida, particularmente en régimen de alquiler; contemplando expresamente el aumento de los porcentajes de reserva de suelo para dichas viviendas. 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.

La ley dispone también prórrogas forzosas de los arrendamientos en las zonas tensionadas, y la desgravación de la renta obtenida por el arrendador cuando la vivienda hubiera sido objeto de rehabilitación, se alquila a jóvenes o si se efectúa una rebaja del alquiler respecto a la firma anterior.

Fuera de las zonas tensionadas, quiere la ley proteger también a todos los arrendatarios, disponiendo para todos los alquileres, topes a la subida de las rentas; y para «controlar» efectivamente las que se satisfacen en todas 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 a medios electrónicos de pago; solo en estos casos y a solicitud de dicha parte, se realizará el pago en metálico, en la vivienda arrendada.

La ley asigna los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato al arrendador, cuando son de habitual carga, hasta ahora, para el arrendatario, en zonas de mucha demanda y poca oferta. Y otros gastos atribuidos por la ley al arrendador como los de comunidad, tasas de basura o cualquier otro gasto, serán trasladables al arrendatario solo si se pacta expresa y previamente.

Pero, sobre todo, quiere proteger el legislador a los arrendatarios «vulnerables», de ser desahuciados, si el propietario se propone 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), tendrá que acreditar además el arrendador que pretende el desahucio, 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 dispuestos por las administraciones competentes. Según las circunstancias concurrentes, los lanzamientos de vivienda podrán retrasarse hasta dos años.

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, consiguen 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 que tuvieran la condición de arrendatarios al tiempo de entrada en vigor de la ley, y por el tiempo que duren sus contratos; ya que todas ellas provocarán, que los de larga duración disminuyan en favor de los temporales, los de habitaciones o los turísticos para escapar del ámbito de aplicación de la ley. Y que la oferta del alquiler en general disminuirá paradójicamente, a pesar de las penalizaciones fiscales a las viviendas vacías o destinadas a uso distinto, encareciendo como consecuencia los precios del alquiler y con ello, provocando finalmente una exclusión progresiva del acceso a las viviendas de personas y familias con rentas medias y bajas, no sólo en las zonas tensionadas.

#### **V. «Civilizar» los mercados de la vivienda atendiendo a su demanda. Las soluciones civiles a la atribución y gestión de la vivienda**

A la vista de lo expuesto y recapitulando, es claro que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda no significa esencialmente y, en primer término, que los poderes públicos a través de sus administraciones deban proveer, a quien lo necesite, de una vivienda digna y adecuada donde habitar. Significa 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. Pero 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 a pesar de las medidas expuestas, sin los instrumentos necesarios para ser efectivo. 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 sobre todo debería considerar que 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». La solución al derecho subjetivo a la vivienda pasa por «civilizar» los mer-

cados de la vivienda atendiendo a su demanda y ofreciendo formas civiles de atribución y gestión de este bien cooperativas desde la perspectiva de la «comunidad»:

Si hay colectivos que, por sus circunstancias, no pueden acceder a este bien en el mercado en ninguna condición, deben procurarse viviendas sociales suficientes, con políticas de redistribución y de justicia social. Como muchos han afirmado: la «vivienda social» es la gran ausente y el gran problema de la vivienda en España, y realmente no es posible aspirar a que los poderes públicos improvisen el parque de viviendas sociales o asequibles, que se necesita y no existe, contando exclusivamente con nuevas construcciones: Ello puede conducir a la expropiación de viviendas vacías o abandonadas, incluso a expropiaciones temporales, si resultara ineludible y eficaz pues, hay que recordar que se ha considerado ya constitucional. En todos estos casos deberían mediar siempre las garantías jurídicas que corresponden y desde luego, la correspondiente indemnización.

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: Con medidas que respondan a una norma de cooperación condicional –el individuo coopera cuando los demás cooperan– y previniendo el riesgo, siempre presente en los bienes comunes, de que los *freeriders* disfruten de beneficios sin contribuir en sus costos. Y todo ello, debe procurarse de modo que la identidad del grupo de personas que usan dicho recurso (usuarios, propietarios o no) se preserve a lo largo del tiempo, para que los conflictos puedan resolverse a través del diálogo y no de la exclusión. Por último, se 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. Nada de esto se considera en la nueva ley, a pesar de su importancia, y a pesar de que la insuficiencia del parque público de viviendas sea el origen del problema.

Pero, por otra parte, 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 es el de aquellos que disponen de ingresos, pero no suficientes, para adquirir una vivienda por los precios que alcanzan en el mercado, y que en el arrendamiento se encuentran en una posición jurídica inestable e imprevisible, siempre costosa. Este colectivo en particular puede encontrar respuesta en formas de atribución de la vivienda digna y adecuada de naturaleza privada: propias de la Economía Civil y el Derecho Civil.

Algunas de estas formas civiles de atribución y gestión de un bien común son tan antiguas y cuentan con tanta tradición como el mismo derecho de propiedad: comunidades, romanas y germánicas, titularidades fiduciarias, enfiteusis... Otras son de reciente implantación como la propiedad compartida o temporal. Las llamadas «tenencias intermedias» (por situarse entre la propiedad o el arrendamiento), 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 encuentran dificultades para adquirir una vivienda sin sobre endeudarse.

Las tenencias intermedias, como otras soluciones de Derecho Civil, pueden ofrecer respuestas a este amplio colectivo de ciudadanos con rentas medias y bajas, «des tensionando» al mismo tiempo el mercado del alquiler. Pero, sobre todo, civilizan los mercados de acceso, la atribución y la gestión de las viviendas, para que sean suficientes, dignas y adecuadas, promoviendo la cooperación de todos los agentes implicados en el mercado inmobiliario, quienes actúan en una necesaria comunidad de intereses.

**En conclusión:** La protección jurídica de la vivienda, como bien común a generar y conservar, y de los intereses (públicos, privados, colectivos) que se proyectan sobre ella, puede ser que requiera de «un cambio de paradigma». Pero este cambio de paradigma pasa, no por una intervención del mercado y de la tenencia de la vivienda, sino más bien, por incorporar y regular antiguos y nuevos modos de atribución privada; y antiguas y nuevas formas de gestión cooperativa o colaborativa de este bien común. A la vista del articulado de esta ley 12/23 es claro que a las soluciones públicas y privadas que incorpora sobre la vivienda, lo que les falta es la idea de «reciprocidad», de «comunidad», de «colaboración» más allá del mercado o de la capacidad regulatoria y de intervención de la administración. A esa idea de comunidad solo pueden corresponder eficazmente soluciones de Derecho Civil; y esto lo ignora totalmente la ley: sea para la atribución y gestión del parque público, sea para la atribución y gestión del parque privado de viviendas.

De *lege ferenda* debería el legislador incorporar y regular estas soluciones, pues este no es un planteamiento igualitarista, cercano a un comunismo trasnochado, es, por el contrario, un planteamiento acorde a una economía del siglo XXI, una economía del bien común en la que todos se benefician con los resultados. Y es el único modo, por otra parte, de garantizar los elementos esenciales al contenido del derecho a la vivienda dispuestos internacionalmente: entre ellos y en particular, la seguridad jurídica en su tenencia.

HE DICHO. MUCHAS GRACIAS

