

SERGIO NASARRE AZNAR
(Director)
HÉCTOR SIMÓN MORENO
(Coordinador)

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS



MADRID
2011

ÍNDICE

PARTE II
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE ACCESO A LA VIVIENDA
DESDE EL DERECHO PRIVADO

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA EN PROPIEDAD Y EN ALQUILER: LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES JURÍDICO-PRIVADAS ALTERNATIVAS PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA. ALGUNAS PROPUESTAS, por <i>Sergio Nasarre Aznar</i> , Catedrático de Derecho Civil (Universidad Rovira i Virgili)	117
1. Contexto y antecedentes	118
2. El binomio vivienda en propiedad-vivienda en alquiler. La insuficiencia de su regulación actual para cumplir el art. 47 CE	124
2.1. Ventajas e inconvenientes de la vivienda en propiedad y de la vivienda en alquiler	124
2.2. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en propiedad. Las importantes deficiencias de la Ley 41/2007	124
2.3. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en alquiler. Los fracasos de los FII y de las SOCIMI	143
2.4. El alcance de la problemática de la vivienda vacía. La cuestionada respuesta del legislador catalán en la Ley 18/2007	146
3. Propuestas desde el derecho privado	148
3.1. La expropiación del usufructo por infrautilización de la vivienda	150
3.2. La doble condición de propietario e inquilino. La <i>shared ownership</i> vs arrendamiento con opción de compra	155
3.3. El desmembramiento del dominio. El <i>leasehold</i> vs el censo enfitéutico ..	160
3.4. Reformulación de los derechos de uso y habitación	163
3.5. Recalificación jurisprudencial de ciertas relaciones obligacionales relacionadas con la vivienda	166
3.6. El contrato de masovería urbana	168
4. Conclusiones	170
FRAGMENTANDO LA PROPIEDAD PARA LA ASEQUIBILIDAD: LA <i>SHARED OWNERSHIP</i> O «NUEVAS» TENENCIAS EN INGLATERRA Y FRANCIA, por <i>Jane Ball</i> , Profesora de Derecho Inmobiliario (Universidad de Sheffield)	173
1. Introducción	174
2. La propiedad absoluta	176
2.1. Una historia compartida en el Reino Unido y Francia	177
2.2. El movimiento francés hacia la propiedad absoluta	181
2.3. La retención de la fragmentación en Inglaterra	183

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA EN PROPIEDAD Y EN ALQUILER: LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES JURÍDICO-PRIVADAS ALTERNATIVAS PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA. ALGUNAS PROPUESTAS⁹⁵

Dr. SERGIO NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. Contexto y antecedentes.—2. El binomio vivienda en propiedad-vivienda en alquiler. La insuficiencia de su regulación actual para cumplir el art. 47 CE.—2.1. Ventajas e inconvenientes de la vivienda en propiedad y de la vivienda en alquiler.—2.2. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en propiedad. Las importantes deficiencias de la Ley 41/2007.—2.3. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en alquiler. Los fracasos de los FII y de las SOCIMI.—2.4. El alcance de la problemática de la vivienda vacía. La cuestionada respuesta del legislador catalán en la Ley 18/2007.—3. Propuestas desde el derecho privado.—3.1. La expropiación del usufructo por infrautilización de la vivienda.—3.2. La doble condición de propietario e inquilino. La *shared ownership* vs arrendamiento con opción de compra.—3.3. El desmembramiento del dominio. El *leasehold* vs el

⁹⁵ Este trabajo es posible gracias al Proyecto dirigido por el autor «Alternativas en derecho privado para mejorar el acceso a la vivienda», concedido por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña por Orden JUS/3884/2009, de 15 de diciembre (DOGC núm. 5557, 1-2-2010), así como el Proyecto AGAUR Batista i Roca de la Generalitat de Cataluña 2010 PBR 00052. El Dr. Nasarre dirige el grupo AIRE de la Universidad Rovira i Virgili sobre acceso a la vivienda (www.urv.cat/grups_recerca/housing/), el cual forma parte del GIPUR (www.gipur.org), y es el coordinador del *Working Group Legal Aspects on Housing, Land and Planning de la European Network for Housing Research* (ENHR; www.enhr.net).

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

censo enfiteútico.—3.4. Reformulación de los derechos de uso y habitación.—3.5. Recalificación jurisprudencial de ciertas relaciones obligacionales relacionadas con la vivienda.—3.6. El contrato de masovería urbana.—4. Conclusiones.

1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

El mercado de vivienda en propiedad español ha sufrido, desde el inicio de la actual crisis en septiembre de 2007, una disminución importante de las transacciones⁹⁶ que no se correlaciona con un ajuste real de los precios para su adquisición en propiedad⁹⁷. A los aún relativos elevados precios de la vivienda, se le deben añadir los problemas de liquidez de las entidades de crédito y el consiguiente endurecimiento de las condiciones para la concesión de préstamos hipotecarios.

Ello evidencia que no puede confiarse en el dominio como única forma de tenencia de vivienda, como parece que optaba la tradicional política de vivienda en nuestro país⁹⁸. La gran dependencia de nuestra economía en la propiedad como tenencia casi exclusiva de acceso a la vivienda ha provocado un gran endeudamiento de las familias —sin precedentes en España⁹⁹— que ahora se ha tornado en un aumento de su morosidad en el pago de los préstamos hipotecarios.

Así, desde 2007 se han practicado alrededor de 176.000 ejecuciones hipotecarias¹⁰⁰, con el riesgo de exclusión social que ello comporta¹⁰¹, especialmente, con el

⁹⁶ En cuanto a la disminución de las compra-ventas de viviendas registradas, atendiendo a la evolución del número de compra-ventas interanuales de viviendas, resulta que si en el primer trimestre de 2006 hubieron más de 1 millón de transacciones, en el segundo trimestre de 2010 han habido algo más de 400.000 (COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística registral inmobiliaria. 2.º trimestre 2010*, www.registradores.org, p. 9).

⁹⁷ En cuanto al valor de la vivienda libre, mientras que en julio de 2002 la media española era de 1.160 euros m², en julio de 2007 (el máximo en los últimos 8 años) fue de 2.270 euros m² y, a pesar del importante descenso de transacciones en 2009 y 2010, el valor fue en sendos años de 1.983 euros m² y 1.898 euros m², respectivamente (TINSA, *Índice IMIE-julio 2010*, www.tinsa.es). Los precios de la vivienda aún no se han ajustado a su valor real.

⁹⁸ Como ejemplo, según datos de la *European Union of Developers and House Builders*, el año 2005, trabajaban en España directa o indirectamente en la construcción 2.360.000 personas, lo que representaba casi la mitad de lo que lo hacían en toda Rusia, más que en Alemania y el doble que en Francia y que en Inglaterra.

⁹⁹ Hasta fechas tan recientes como el cuarto trimestre de 2007 (recordemos que la actual crisis empezó a manifestarse en España precisamente en ese momento), el importe del crédito hipotecario contratado por compra de vivienda fue de unos de 150.000 euros de media, cuando a penas alcanzó los 100.000 euros en el cuarto trimestre de 2003, estando en la actualidad (2.º trimestre 2010) en unos 120.000 euros (COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística registral...*, p. 31).

¹⁰⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales IT 2010*, disponible en www.poderjudicial.es, bajo «Estadística»; debe destacarse también la evolución desde el estallido de la crisis, habiendo unas 26.000 ejecuciones hipotecarias en 2007 y unas 93.300 en 2009. Ver, además, para España,

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

deficiente parque de vivienda pública del que disponemos¹⁰² y por la práctica inexistencia y el mal funcionamiento de nuestro mercado de vivienda de alquiler (privada y social), que debería ser asequible, de calidad y generalizado para funcionar como auténtica alternativa de forma de tenencia inmobiliaria. Las reiteradas campañas para potenciarlo no han dado el resultado esperado. Tampoco se ha innovado desde el derecho privado para hallar alternativas atractivas al dominio y al alquiler.

Nos hallamos, en consecuencia, ante un panorama de acceso a la vivienda que no está cumpliendo con el mandato del art. 47 CE: vivienda privada en propiedad bloqueado, mercado de vivienda de protección oficial poco desarrollado y mercado de vivienda en alquiler poco atractivo¹⁰³.

El motivo de fondo, como evidenciamos en los siguientes puntos al tratar del dominio y del alquiler, es que se ha priorizado la faceta de la vivienda como activo económico¹⁰⁴, como objeto de endeudamiento o incluso como motor (prácticamente único, junto al turismo, en España en los últimos años) de la economía y orientada a la creación de puestos de trabajo, más que como lugar donde una persona se desarrolla vitalmente. Un reflejo de la ausencia de la concepción de la vivienda como fenómeno complejo, como derecho fundamental¹⁰⁵ y como centro de derechos fundamenta-

El País-Economía 11-2-2009 con declaraciones del Presidente de la CECA señalando que la morosidad al 2009 podría ser del 6%, mientras Caixa Catalunya convierte hipotecas delicadas en alquileres.

¹⁰¹ Ver, para Europa, el informe de la *European Federation of National Organisations Working with Homeless*, que ya detectó el 2005 que la exclusión social por carencia de vivienda se había extendido a nuevas clases sociales, como familias con niños, inmigrantes, gente joven, afectando especialmente a las mujeres, www.feantsa.org.

¹⁰² Ver, en este sentido la estadística MINISTERIO DE VIVIENDA, *Vivienda protegida*. 2001-2008, disponible en http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=430, como en 2001 (en los inicios del *boom* inmobiliario) había para toda España 2.547.121 viviendas protegidas y en 2008, en plena crisis, 2.776.037 viviendas, es decir, un aumento en 8 años de únicamente 228.916 viviendas protegidas, que difícilmente están pudiendo hacer frente a la situación en que quedan las familias desposeídas tras las ejecuciones o, incluso, tras las cada vez más abundantes rupturas matrimoniales.

¹⁰³ Vid. *infra*.

¹⁰⁴ El sociólogo LEAL, Jesús, *La política de vivienda en España*, «Documentación social. Revista de estudios sociales y sociología aplicada», núm. 138, Madrid, 2005, pp. 66 y 67 señala, esencialmente, que en España la vivienda ha sido concebida como un bien de inversión y de creación de puestos de trabajo, indicándolo en los siguientes términos: «estas características diferenciales de la vivienda en España son el resultado de una continuidad en las políticas y especialmente en las políticas de impulso de la tenencia en propiedad y en las de impulso productivista. Estas políticas son propias de sistemas de bienestar familialistas, imperantes en el sur de Europa en los que la intervención del Estado sobre la vivienda es escasa y en el que una parte de las ayudas al acceso a la vivienda proviene del entorno familiar. La consideración de los beneficios de un patrimonio familiar inmobiliario en término de propiedad es importante para el refuerzo de la institución y para un mejor control social. Por otra parte, el impulso indiscriminado, pero especialmente privado, de la producción de viviendas se considera a lo largo del último medio siglo como una actividad fundamental para el desarrollo económico y la disminución del desempleo, siendo también una de las constantes de la intervención pública a lo largo de ese período».

¹⁰⁵ En este sentido, lo vemos a continuación.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

les directamente aplicables por los Tribunales y exigibles por los ciudadanos antes éstos [ej., el de la libertad (art. 16 CE; STS 27-11-2000¹⁰⁶), el de la intimidad (art. 18 CE; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16-11-2004¹⁰⁷) o el del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE; STS 7-11-1997¹⁰⁸)], es la ausencia de estudios (grados o postgrados) de vivienda interdisciplinares, así como la ausencia de cátedras sobre vivienda en nuestro sistema universitario¹⁰⁹.

Quizás contribuya a ello que la jurisprudencia haya considerado el concepto «vivienda digna y adecuada» presente en el art. 47 CE como un concepto jurídico indeterminado (STS 17-7-1990¹¹⁰), dado lugar al *shapeless housing*. Incluso tampoco está claro el sujeto que merece tal tipo de vivienda si comparamos el art. 47 CE y el art. 26 Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006. Mientras el primer precepto va dirigido a «todos los españoles», el segundo lo centra en otro grupo que, sin quedar distinguido por su nacionalidad, lo está según su nivel de ingresos: «las personas que no disponen de recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna», dejando la sorprendente duda de si también tienen derecho a ello los que sí que disponen de tales recursos.

Lo que sí queda claro en nuestro sistema constitucional es que la vivienda no es un derecho fundamental exigible ante los tribunales, sino que es tratado por la jurisprudencia como un principio programático (STS 31-1-1984¹¹¹), es decir, como un mandato a los poderes públicos que deben llevarlo a cabo a través de las leyes que lo desarrollan (STS 19-4-2000¹¹²) y no es recurrible en amparo (ATC 20-7-1983¹¹³ y ATS 4-7-2006¹¹⁴, que le veda la posibilidad de recurrir vía art. 477.2 LEC). Por su parte, el art. 6.1 Tratado (de Lisboa) de la Unión Europea (en adelante, TUE 2007) preceptúa que «La Unión reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre

¹⁰⁶ RJ 2000\9525. Esta Sentencia en su FJ 4.^º señala que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

¹⁰⁷ Demanda núm. 4143/2002.

¹⁰⁸ RJ 1997\8348.

¹⁰⁹ Se ha promovido por parte del working group de «*Legal aspects of housing, land and planning*» de la *European Network for Housing Research* (ENHR), para los días 31 de marzo y 1 de abril 2011 en Granada, un encuentro intercongresual específico para desarrollar esta cuestión y comprobar cómo se desarrollan las cátedras de vivienda y estudios de grado y de post grado en otros países, para poderlos impulsar en el nuestro.

¹¹⁰ RJ 1990\6566.

¹¹¹ RJ 1984\495.

¹¹² RJ 2000\2963.

¹¹³ RTC 1983\359 Auto.

¹¹⁴ JUR 2006\190875.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», es decir, la da eficacia de derecho directamente aplicable (art. 96 CE). Entre esos derechos del Tratado de Niza 2000, en su versión de 2007, se encuentra en su art. 34.3 el siguiente: «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones prácticas y nacionales». Es decir, que, con eficacia legal, se da un derecho a los ciudadanos a conseguir «una ayuda de vivienda» que garantice una existencia digna a los necesitados, quedando a criterio del legislador nacional el llevarlo a cabo (medidas públicas o privadas). Si bien queda claro el objetivo, vista la situación actual en nuestro país, éste no está siendo alcanzado, de manera que España está incumpliendo el art. 6.1 TUE en relación al art. 34.3 Tratado de Niza (v. 2007). La norma que sí parece cumplir con ello es la Ley francesa 5-3-2007¹¹⁵, que en su art. 1 claramente configura un derecho subjetivo a una vivienda decente e independiente (es decir, más allá de los albergues o residencias públicas). Según RUIZ-RICO¹¹⁶, la norma sitúa el derecho a la vivienda al lado del derecho a la salud o a la educación, aunque su ámbito subjetivo es limitado. Efectivamente, se trata de un derecho exigible judicialmente a las administraciones locales por los que sufren necesidad o tienen bajo su responsabilidad a dependientes. Algo parecido, pero sin una dicción tan clara, se encuentra en el art. 9 Anteproyecto de Ley de Vivienda del País Vasco de 17-1-2011 (del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes) que señala que: «La satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello, mediante la puesta a disposición, preferentemente en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, con el precio, la renta o el canon que corresponda en cada caso» y, subsidiariamente, en defecto de vivienda, con el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas. Y todo ello, sin menoscabo de la posibilidad de la intromisión directa del derecho constitucional en el derecho civil, derogando a éste, que comentamos infra.

En consecuencia, los puntos que, a nuestro juicio deberían analizarse son los siguientes:

¹¹⁵ J.O n.º 55 du 6 mars 2007 page 4190.

¹¹⁶ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional a la vivienda. Un enfoque sustantivo y competencial*, Madrid, 2008, Ministerio de la Vivienda, p. 21.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

a) Los motivos del fracaso de un sistema jurídico que da exclusivo énfasis en el dominio como forma de acceso a la vivienda digna. El art. 47 CE no obliga a que el acceso a la vivienda se tenga que hacer a través del dominio, sino que es suficiente que se garantice el acceso mediante una fórmula estable (dignidad) de tenencia. La Ley 41/2007¹¹⁷, que ha reformado el mercado hipotecario tarde e insuficientemente, tampoco ha contribuido ni previsiblemente contribuirá esencialmente a mejorar esta situación¹¹⁸.

b) El derecho que regula la vivienda de alquiler en España debe reformularse para que el porcentaje de viviendas ocupadas actualmente en alquiler —el 10,7%¹¹⁹, el más bajo de la Europa occidental— pueda superarse¹²⁰ y convertir a esta forma de tenencia en una alternativa real al dominio. Socialmente se percibe una desconfianza de los propietarios a la hora de ofrecer sus viviendas vacías en alquiler (enfrentarse a impagos, mal comportamiento de los arrendatarios, etc.), así como también una carencia de interés para aquéllos necesitados de vivienda, esencialmente por tres motivos: la escasa oferta y su poca calidad, su coste económico y la inestabilidad. A ello ha contribuido la cuestionable Ley 29/1994; el proceso de desahucio —recientemente reformado tras la Ley 19/2009, de 23 de noviembre¹²¹; el fracaso de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria (Ley 35/2003, de 4 de noviembre¹²²)¹²³; el más que previsible fracaso¹²⁴ de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI), reciente y deficientemente reguladas en la reciente Ley 11/2009, 26 de octubre¹²⁵; y la ineficacia de la Sociedad Pública de Alquiler¹²⁶ y de otras políticas públicas. Y aunque la tendencia pro-vivienda libre en propie-

¹¹⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8-12-2007, p. 50593).

¹¹⁸ Ver las diversas deficiencias de la Ley y su explicación en MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, 2009, Edisofer.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Estadística, 2007.

¹²⁰ Óptimamente debería ser más del doble de lo que es en la actualidad.

¹²¹ BOE 24 noviembre 2009, núm. 283, p. 99625.

¹²² BOE 5 noviembre 2003, núm. 265, p. 39220.

¹²³ Un ejemplo de ello que el lunes 16-2-2009 el Banco Santander pidió a la CNMV una moratoria de 2 años para pagar a los inversores de su Fondos de Inversión Inmobiliaria Santander Banif Inmobiliario.

¹²⁴ NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela, *La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009*, «Contabilidad y Tributación», núm. 321, diciembre 2009, pp. 3 a 66.

¹²⁵ BOE 27 octubre 2009, núm. 259, p. 89693.

¹²⁶ Aunque funcionando desde el 2005, el volumen de vivienda en alquiler que ofrece la Sociedad es simbólico. A título de ejemplo, a fecha de 10-9-2010 únicamente ofrece en la Provincia de Tarragona un total de 17 viviendas de alquiler.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

dad de los Planes de Vivienda de los últimos años cambió desde el Plan de Vivienda 2005-2008, no se han conseguido los objetivos previstos, pues el Plan actual de 2009-2012 (RD 2066/2008, 12 de diciembre¹²⁷) busca aún promover la absorción de la vivienda construida.

c) Las posibles alternativas al dominio y al alquiler. Estas alternativas pueden provenir tanto de instituciones de derecho civil vigentes pero que necesitan una reformulación (ej. derechos de uso y de habitación), como de instituciones que en derecho comparado han contribuido a un amejoamiento y flexibilización del mercado hipotecario y de vivienda. Dentro de este último grupo nos referimos tanto a los *leaseholds* —provenientes del derecho histórico inglés— como a la *shared ownership* —institución presente en derecho irlandés e inglés, de nueva creación—. Del mismo modo, deben revisarse dos «nuevas» fórmulas previstas en la Ley catalana de vivienda 18/2007: la expropiación del usufructo de viviendas infrautilizadas y la masovería urbana.

Con todo ello debería conseguirse:

- a) Una menor dependencia del crédito por parte de las familias y, por lo tanto, un menor endeudamiento.
- b) Un aumento de la oferta de viviendas de alquiler, de forma que se abarataría el coste económico del arrendatario y se aumentaría la calidad, al tiempo que disminuiría la presión sobre el mercado de vivienda en propiedad.
- c) Un aumento de la seguridad jurídica tanto de los propietarios como de los no-propietarios de vivienda, en sus respectivos intereses.
- d) Una flexibilización del mercado de la vivienda, aumentando las fórmulas de acceso. Para ello es imprescindible un adecuado mecanismo de financiación de éstas.
- e) Un equilibrio entre los activos del dominio (ej. seguridad en la tenencia, financiación) y los del alquiler (ej. flexibilidad en el disfrute, innecesidad de endeudamiento).

El presente trabajo versará sobre las alternativas en derecho civil (común, pero con atención a los derechos reales y a la normativa de vivienda de Cataluña por la innovación que, en algunos casos, presentan) para facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, como consecuencia de las insuficiencias legales del acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler.

¹²⁷ BOE 24 diciembre 2008, núm. 309, p. 51909.

2. EL BINOMIO VIVIENDA EN PROPIEDAD-VIVIENDA EN ALQUILER. LA INSUFICIENCIA DE SU REGULACIÓN ACTUAL PARA CUMPLIR EL ART. 47 CE

Para poder plantearnos la necesariedad de la búsqueda de alternativas al acceso a la vivienda debemos partir de dos premisas: primera, que ni el dominio satisface (ni puede satisfacer) la totalidad de necesidades de acceso a la vivienda; y, segunda, que para poder dinamizar el mercado inmobiliario, debe darse primero solución a los conflictos propietarios vs no-propietarios. Tres ejemplos evidencian las patologías de nuestro mercado de vivienda: sobreendeudamiento y aumento de ejecuciones hipotecarias, precario mercado de alquiler con numerosos conflictos judiciales y millones de viviendas vacías.

2.1. Ventajas e inconvenientes de la vivienda en propiedad y de la vivienda en alquiler

La Tabla 1 resume las ventajas (en verde) de dominio y alquiler como únicas fórmulas reales¹²⁸ actuales de acceso a la vivienda que pretenden dar respuesta —dada la situación vista supra, de manera insuficiente— a las necesidades de vivienda.

Las fórmulas alternativas que estudiamos más abajo pretenden combinar los aspectos fuertes de ambos tipos de tenencia, tras evidenciar la insuficiencia del actual binomio entre propiedad y alquiler.

2.2. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en propiedad. Las importantes deficiencias de la Ley 41/2007

La crisis financiera mundial por la que atravesamos se ha originado, esencialmente, por una laxa regulación y control de las operaciones pasivas del mercado hipotecario¹²⁹ y, especialmente, de las *mortgage-backed securities* (MBS) estadounidenses, emitidas con respaldo en fondos de créditos hipotecarios de alto riesgo de impago.

¹²⁸ Hablando siempre del mercado privado de viviendas. En éste, incluso, pueden existir fórmulas residuales (ej. usufructo) pero que, precisamente por su configuración jurídica, no son generalizadamente utilizadas.

¹²⁹ Ya lo habíamos avanzado 3 años antes del comienzo de la crisis en 2007 en NASARRE-AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron-Walden (UK), 2004, pp. 39 a 50.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

TABLA 1
COMPARATIVA DE VENTAJAS E INCONVENIENTES DE DOMINIO Y ALQUILER

Dominio	Alquiler
Seguridad: en la tenencia y como inversión para momentos de necesidad.	No hay incorporación de activos en el patrimonio. Incertidumbre sobre la renovación del alquiler y sobre el coste tras la prórroga forzosa.
Derecho absoluto, aunque no exento de compromisos (con la voluntad, con la colectividad –vía función social–, tributarios, etc.	Derecho relativo: depende, al fin y al cabo, de la voluntad del propietario (ej., reparaciones), pagar una renta, soportar reformas necesarias, etc.
Acceso a la financiación, por ser un activo patrimonial.	Sin acceso a la financiación.
Anclaje necesario a un territorio (difícil pagar hipoteca y alquiler u otra hipoteca en otro sitio al tiempo).	Movilidad geográfica.
Vivienda más costosa: o uno se limita a una vivienda más asequible o se incurre en sobreendeudamiento. Beneficios fiscales, pero ahora recortados por altas rentas medias-altas.	Mayor asequibilidad de la vivienda, sin necesidad de financiación inicial. Recientes (desde 2009) beneficios fiscales. Además, en un mercado saneado, se puede vivir en un mejor inmueble (características, localización, etc.) que en propiedad.
Mejor renta disponible. Para cualquier necesidad vital de cierta entidad (ej., vehículos, viajes, etc.) debe recurrirse a mayor endeudamiento.	Más renta disponible para otros menesteres.

Fuente: Elaboración propia.

Pues bien, nuestro mercado hipotecario, si bien regulado desde la Ley 2/1981, lo ha sido insuficientemente, tanto en operaciones activas, como en operaciones pasivas, lo que en pocas ocasiones se ha visto mejorado con la Ley 41/2007, que ha sido muy criticada por ser extemporánea —llegó cuando la crisis mundial llevaba ya más de 6 meses y no da ninguna clave para paliar la crisis financiera e hipotecaria—; por ser de gestación dilatada —más de 2 años—; de no recoger las tendencias europeas que en aquel momento se estaban desarrollando para la creación de un mercado hipotecario europeo —Libro Verde de 2005 y Blanco, precisamente, de diciembre 2007, contradiciéndolo abiertamente en algunos puntos—; de no añadir transparencia en cuanto al rol y la responsabilidad de las agencias de calificación (se ha tenido

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

que esperar al Reglamento europeo 16-9-2009, sobre las agencias de calificación crediticia¹³⁰); y de no añadir —e incluso disminuir— la fortaleza y solvencia de nuestros valores hipotecarios a nivel internacional.

Algunas de los puntos más controvertidos en cuanto a las operaciones hipotecarias activas han sido:

a) La falta de regulación, hasta la Ley 41/2007 (que aún no ha demostrado su eficacia, por cuestión de oportunidad en este ámbito; arts. 3, 3 bis y 3 ter LMH), de cómo debe ser el comportamiento de las tasadoras. Durante todos los años del boom inmobiliario (1995-2007, con el punto álgido en 2006) las tasadoras habían sido muy flexibles en cuanto a la valoración de los inmuebles hipotecarios, delo que dependía la cuantía de los préstamos hipotecarios, hasta el punto que muchas entidades de crédito habían creado una propia, que se ajustase a sus necesidades y las de sus clientes. Ha habido, pues, un uso indebido¹³¹ de la regulación del RD 775/1997, cuyo origen estaba en la LMH original (arts. 3 y 5 Ley 2/1981), provocando la vinculación (connivencia o confusión) entre éstas y las entidades de crédito un serio conflicto de intereses que, en cualquier caso, no ha redundado en el beneficio de los prestatarios, vista la situación actual de sobreendeudamiento. De esta mala praxis, nacen las actuales reivindicaciones de ciertos colectivos sociales en pro de limitar la responsabilidad por deuda hipotecaria al valor del inmueble, especialmente en el momento de que la entidad de crédito pueda adjudicarse el inmueble por el 50% de su valor en una subasta sin postores al tiempo que puede seguir con la responsabilidad personal, entre otras medidas¹³². Esta posibilidad, no prevista legalmente hoy por hoy a nuestro juicio (art. 579 LEC), ha transcendido lo meramente social a pasar a estar en discusión en la Comisión de Vivienda del Congreso e, incluso, sin apoyo legal, a ser fundamento para denegar la continuación de ejecución contra el patrimonio personal de un deudor hipotecario por insuficiencia del bien hipotecado en el Auto de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra de 17-12-2010 (Auto núm. 111/2010). Infra vemos con más detalle ambas líneas.

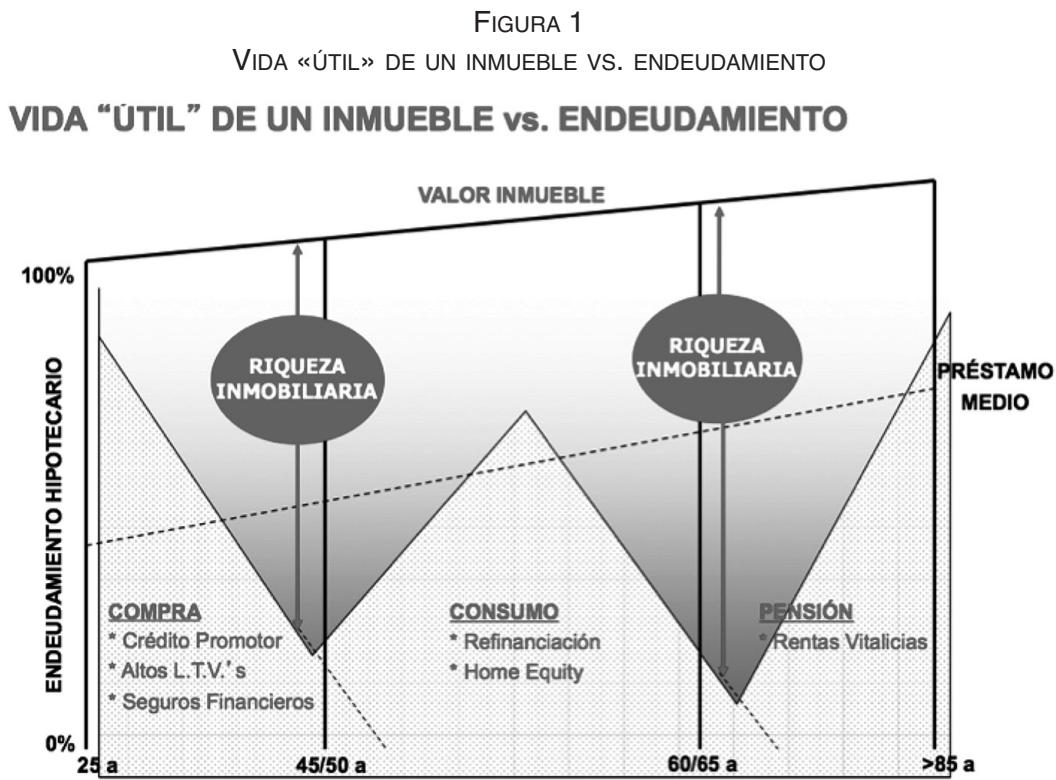
b) La consagración de las prácticas de atar (*tying practices*) que en la práctica derogan la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios¹³³, en cuanto a la libre posibilidad para el prestatario que, en tanto que

¹³⁰ Reglamento CE 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 17-11-2009, L 302/1).

¹³¹ Ver más detalles en LEIRADO CAMPO, Luis, *Las entidades de tasación*, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pp. 75 a 90.

¹³² Ver, como ejemplo, el TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra el sobreendeutament familiar, per una solució a la condemna hipotecària*, «Fòrum hipotecari de Catalunya», Document Marc, Barcelona, octubre 2010. Disponible en www.observatoridesc.org.

¹³³ BOE 4 abril 1994, núm. 80, p. 10364.



Fuente: GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, Santos, *Presente y futuro del negocio hipotecario*, en materiales del «Curso de crédito hipotecario», Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 2008.

parte débil de la relación de préstamo hipotecario, de cambiar de entidad de crédito en busca de un mejor trato o condiciones de su deuda. Las «prácticas de atar» se refieren a aquéllas que compelen a un prestatario a quedar ligado a una única entidad de crédito durante la diversas etapas de su vida, especialmente tras la incorporación de la hipoteca inversa, como lo demuestra la Figura 1.

Pues bien, mientras las conclusiones del Libro Blanco 2007 del Crédito Hipotecario en la UE claramente desaconsejaban tales prácticas, el art. 13 Ley 41/2007 las consagra, después de la desafortunada STS 25-11-2003¹³⁴ que, a diferencia de lo que había señalado la doctrina y algunas resoluciones judiciales (AAP León 24-2-1998¹³⁵), imposibilita que el prestatario pueda cambiar unilateralmente de entidad de crédito si el primer prestamista le iguala la oferta de la propuesta de la segunda, lo que desde

¹³⁴ RJ 2003\8093.

¹³⁵ AC 1998\4206.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

luego no contribuye en políticas pro-consumidor y a la movilización del mercado hipotecario y de la vivienda. A todo ello coadyuva la nueva hipoteca de máximo del art. 153 bis LH, creada por la dicha Ley 41/2007 la cual, sin facilitar realmente que bajo una misma hipoteca puedan coexistir diversas obligaciones a satisfacer por el deudor a distintos acreedores de su elección, fomenta aún más el aumento de deuda con una misma entidad de crédito, la cual, además, es la que fija la cuantía final de deuda unilateralmente, lo que debería haber provocado a su vez una flexibilización de las causas de oposición de los arts. 695 y 698 LEC, lo que no se ha hecho¹³⁶. La citada hipoteca inversa forma también parte y culmina el iter de la «relación hipotecaria» con una entidad de crédito de una persona: una vez ha conseguido la vivienda (hipoteca ordinaria) y con ella ha hecho negocio a lo largo de la vida (hipoteca de máximo), a los 65 años le llega la posibilidad de despatrimonializarse (de perder la vivienda) mediante un producto *equity-release* que igualmente ha sido desaconsejado por el Libro Blanco de la UE 2007 por el importante riesgo de desinformación y despatrimonialización que comporta, a lo que al caso español hay que añadirle la deficiente regulación en la Disposición Adicional 1.^a Ley 41/2007 (dudas sobre su refinanciación, poco atractiva en períodos de crisis de liquidez de las entidades de crédito —como la actual—, falta de especificación de la relación del heredero y la hipoteca inversa, etc.).

c) La ausencia de un regulación específica de la responsabilidad civil (y, en su caso, de otra índole) de los agentes responsables de la situación actual¹³⁷. De este modo, es difícil encajar en nuestro ordenamiento un régimen transparente y pro-inversor de la responsabilidad civil por daños de las agencias de calificación crediticia, las cuales se han protegido tradicionalmente por distintas vías de reclamaciones de esta naturaleza. Así, en todos sus informes valorativos del riesgo de productos o agentes financieros se auto-exoneran de responsabilidad por sus opiniones, que lanzan al público en general, y de las que consideran que no pueden derivarse consecuencias jurídicas precisamente porque hacen residir la responsabilidad por las decisiones de los inversores (invertir o no) en las decisiones propias de éstos. Dado que normalmente tales inversores son institucionales (profesionales de las finanzas), aunque el impacto final lo reciban los consumidores (ej. inversores no profesionales en fondos de pensiones e inversión que ven disminuido su valor), no les es de aplicación el RDL 1/2007¹³⁸

¹³⁶ MUÑIZ ESPADA, Esther, *La hipoteca de máximo del art. 153 bis Ley Hipotecaria*, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, p. 250.

¹³⁷ NASARRE-AZNAR, Sergio, *Tort law-Spain*, «International Encyclopaedia of Laws», Blanplain (ed.), The Netherlands, 2008, Kluwer Law International, pp. 98 y 99.

¹³⁸ RDL 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, 30-11-2007, p. 49181).

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

en cuanto a la falta de eficacia de la auto-exoneración de responsabilidad, de manera que tenemos que acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, es decir, el art. 1902 CC, de modo que ninguna ventaja parece ofrecérsele al inversor, a pesar de que la decisión de adquisición de dicho inversor basada en información imprecisa o incorrecta (negligente o dolosamente causada por la agencia de calificación) pueda repercutir directa (los inversores particulares en fondos de inversión colectiva, por ejemplo, que ven bajar automáticamente el valor de dicho fondo) o indirectamente (los graves perjuicios sociales que está causando la presente crisis, a los que ya hemos hecho referencia) en consumidores. La poca efectividad, no obstante, de los *disclaimers* de las agencias se ha evidenciado en su necesidad de haber impulsado en EEUU la prohibición de que nadie pueda interponer contra ellas acción por daños por sus actividades¹³⁹. Como se ha dicho, el Reglamento europeo 2009 sobre agencias de calificación deja a los estados la juridicidad de su comportamiento (Considerando 69), lo que evidencia, una vez más, la dificultad de conseguir ya no sólo una única responsabilidad civil para ellas a nivel europeo, sino la dificultad del cómo y por qué declararlas responsables. No es este el lugar para desarrollar exhaustivamente cuál es o debería ser su régimen de responsabilidad civil, pero lo cierto es que en otras jurisdicciones se han abierto procedimientos de diversa naturaleza a los que se considera como responsables de la crisis mundial en cada país por sus decisiones o comportamientos negligentes, como ha sucedido en EEUU precisamente contra las agencias de calificación (caso *California Public Employees' Retirement Systems v. Moody's Corp et al del Superior Court of California*, San Francisco County¹⁴⁰) o en

¹³⁹ Desde 1982, la *Securities Act* 1933 de Estados Unidos, en su s. 11 (a)(4) recoge la imposibilidad de reclamar por daños a las agencias de calificación. La reciente Ley Dodd-Frank («*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*», que entró en vigor el 21-7-2010, parece mitigar este *safe harbour* para las agencias de calificación en Estados Unidos derogando la *Rule 436(g)* de dicha norma, que hasta entonces impedía que las agencias de calificación fuesen calificadas como «expertos» y, por lo tanto, ser responsables vía la s. 11. A partir de ahora, si los emisores de valores citan sus ratings en los prospectos de emisión tendrán la consideración de «expertos», de manera que pueden llegar a ser responsables por las pérdidas que puedan derivarse al constar su opinión en los prospectos de emisiones de valores. El efecto inicial de todo ello es que si los emisores no citan las calificaciones en los prospecto de emisión —lo que parece han solicitado las agencias de rating para seguir sin asumir responsabilidad civil alguna— se crea un mercado más opaco, donde los posibles adquirientes no pueden conocer fácilmente la opinión de dichas agencias sobre el riesgo de unos determinados valores. Algunas agencias ya han dicho que buscarán mecanismos alternativos a los prospectos de emisión para que el mercado pueda conocer su valoración.

¹⁴⁰ N.º 3:2009cv03628. La demanda fue interpuesta en el Tribunal de Distrito para el Norte de California el 7-8-2009 por el mayor fondo de pensiones de Estados Unidos denominado CalPERS (*California Public Employees' Retirement System*; con activos calculados en 173.000 millones de dólares) contra las tres agencias de rating más importantes: Moody's, S&P y Fitch Ratings. Éstas concedieron una alta calificación (triple A hasta agosto 2007 para su deuda senior) a tres vehículos financieros de estructura compleja (Cheyne, Stanfield Victoria y Sigma), lo que animó a CalPERS a invertir en ellos 1.300 millones de dólares en 2006. Los tres vehículos, cuyos activos eran principalmente hipotecas subprime, entraron en concurso en 2007 y 2008, dejando a CalPERS sin recuperación.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Islandia (proceso en el Tribunal especial *LandsDomur* contra su antiguo primer ministro, Sr. Geir H. Haarde, por negligencia de su gobierno en el contexto de la crisis¹⁴¹), lo que no ha sucedido en nuestro país.

d) Silencio sobre la regulación de determinadas prácticas que, o bien han coadyuvado a crear la actual situación o bien su adecuada regulación podría ayudar a resolverla:

— Insuficiencia informativa sobre productos hipotecarios y bancarios en general. De todas las reformas de la Ley 41/2007, sólo dos de sus preceptos están dedicados aumentar la protección de consumidores. Así, queda claro por esta norma que toda la información precontractual en relación al préstamo hipotecario debe suministrarse independientemente de la cuantía de éste y siempre que se trate de viviendas. A raíz de la insuficiencia de la Ley 41/2007, la Ley 2/2009¹⁴² extendió la obligación de suministrar tal información de las entidades bancarias a otros operadores crediticios (como las intermediadoras de crédito), tanto en relación a la información precontractual como la suministrada en el momento de la formalización, además de exigirles otros requisitos de transparencia —sorprendentemente no exigibles hasta este momento, como el deber de registrar sus actividades en registros públicos, sus condiciones generales, límites publicitarios, etc.—. No obstante, incluso tras dicha Ley 2/2009 quedan por lo menos dos cuentas pendientes: primera, el compromiso de las entidades de crédito españolas con la transparencia de sus operaciones, firmando el código de conducta hipotecaria europeo, que estaba previsto se reforzase con el Libro Blanco 2007; la segunda, su asunción de responsabilidades (por lo menos, de carácter civil) por las malas prácticas que han llevado a cabo durante los últimos años hasta la aparición de las MiFiD en 2007. Han tenido que ser las asociaciones de consumidores quienes hayan reclamado por tales abusos, con diversas sentencias judiciales ya hasta la fecha declarando nulos por falta de consentimiento numerosos negocios celebrados en y por entidades de crédito. Así ha sucedido con permutas financieras de

perar, al menos, 1.000 millones de dólares. La cuestión estriba en el papel activo que tuvieron las tres agencias en la construcción de los tres vehículos para poderles otorgar la máxima calificación posible, cobrando altos honorarios por ello. La demanda se basa tanto en common law como en los arts. 1709 y 1710 CC California (puede hallarse en <http://law.justia.com/california/codes/2009/civ/1708-1725.html>). Dichos preceptos señalan que aquél que voluntariamente engaña a otro para modificar su posición y ello le causa un daño o un riesgo, es responsable por el daño que se le cause, es decir, es una responsabilidad civil por daños. Documentación sobre el caso puede encontrarse en <http://online.wsj.com/public/resources/documents/calpers.pdf> y ha saltado a la opinión pública por su impacto nacional e internacional (ver en el *New York Times* http://www.nytimes.com/2009/07/15/business/15calpers.html?_r=3), a pesar de que todavía no hay sentencia (puede seguirse el proceso en <http://webaccess.sftc.org/Scripts/Magic94/mgrqispi94.dll?APPNAME=IJS&PRGNAME=ROA22&ARGUMENTS=-ACGC09490241>).

¹⁴¹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/28/internacional/1285696260.html>.

¹⁴² Ley 2/2009, de 31 de marzo (BOE núm. 79, 1-4-2009, p. 30843).

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

cobertura de riesgo (*swaps*) en SAP Álava 7-4-2009¹⁴³ y SAP Asturias 27-1-2010¹⁴⁴; y, en cuanto a créditos hipotecarios, ver la SAP Jaén 27-3-2009¹⁴⁵, entre muchas cosas.

En todos ellos no se trataba especialmente de que no se hubiese provisto de información al cliente correspondiente sino que el producto (hipotecario o no) que se le ofrecía era tan complejo, o sus condiciones (remuneratorias, de riesgo, de cálculo, etc.) lo eran tanto que no podían haber sido comprendidas por un cliente no profesional: no se trata de explicar o de proveer información sino de falta de transparencia del producto y falta de comprensión por parte del cliente por su dificultad intrínseca (ej. a nadie profano puede hacérsele comprender todos los extremos de un *credit link* de la extinta Lehman Brothers).

En otro grupo de sentencias se otorga responsabilidad civil al cliente que ha sufrido graves pérdidas debido a una deficiente información. Así, en SJPI n. 1 Madrid 2-9-2009¹⁴⁶ la entidad de crédito es condenada a compensar a un cliente por no avisarlo a tiempo de la quiebra de Lehman Brothers (LB) para que pudiese vender (el quantum indemnizatorio es precisamente la diferencia entre los valores antes de la crisis de LB y las pérdidas que sufren a causa de la quiebra de éste), incidiendo que el deber de información al cliente bancario no se agota con la adquisición del producto financiero, sino que la obligación del buen mandatario/asesor se debe alargar durante la vida de la emisión. También hay condena a daños y perjuicios en la SJPI n. 1 de Badajoz 24-11-2009¹⁴⁷. En cambio, no se conceden en la STSJC Valencia 2-6-2008¹⁴⁸ por la compra de 150 participaciones preferentes de LB que acarreó graves pérdidas para el cliente; consideró el Tribunal que al retirar ese dinero del plazo fijo asumía voluntariamente más riesgo en la operación a cambio de más rentabilidad, debiendo como consecuencia pechar con las pérdidas sufridas. En este caso, la cuestión estriba

¹⁴³ AC 2009/995.

¹⁴⁴ AC 2010/6.

¹⁴⁵ AC 2009/1604. Se trataba, en este caso, de un seguro para cubrir la contingencia de la subida del tipo de interés del préstamo hipotecario contratado, sobre el cual no se había provisto de toda la documentación al cliente. Según el FJ 2.º de la Sentencia: «Pues bien, consideramos que el Banco Santander Central Hispano, S.A. no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues como se dijo no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria, por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. El representante legal de la entidad demandada dijo que en la oferta vinculante del préstamo hipotecario se ofreció al cliente una cobertura genérica que podía hacerse de muchas formas. Aunque en el documento de oferta vinculante del préstamo hipotecario, donde se recogen las condiciones financieras del mismo, entre otras el importe del préstamo y los intereses variables pactados, no se hace mención a estas formas de cobertura, y contiene lapsus importantes, sobre la finca hipotecada, que realmente son dos, y no una, e incluso no aparece firmada por ninguna de las partes».

¹⁴⁶ AC 2009/1751.

¹⁴⁷ AC 2010/39.

¹⁴⁸ JUR 2008/309955.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

en si realmente tales clientes (no profesionales) consiguieron conocer toda la dimensión de lo que implicaban unas participaciones preferentes y sus riesgos.

Piénsese, incluso, que incluso el Tribunal Supremo se ha hecho eco de toda esta serie de malas prácticas bancarias mediante su conocida STS 16-12-2009¹⁴⁹ por la que declaró nulas 13 cláusulas de uso corriente en los contratos bancarios, entre las que se cuentan las siguientes: la cláusula por la que la entidad de crédito se reserva la posibilidad de rescindir un contrato de préstamo hipotecario por cualquier causa; la que le da potestad para resolver anticipadamente un préstamo por la posible disminución patrimonial del prestatario; la que prohibía vender o enajenar el bien hipotecado al hipotecante; o la que le posibilitaba eximirse de comunicar al deudor hipotecante la cesión de los préstamos a un tercero. Sintomáticas de malas prácticas son también las recientes SSTS 4-11-2010 (núm. 663/2010) y 19-12-2010 (núm. 861/2010), en las que se declaraban nulas cláusulas tipo de redondeo al alza en préstamos, por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones entre el proveedor del servicio y los consumidores.

La MiFid (*Markets in Financial Instruments Directive*¹⁵⁰) 2007, adoptada por España por Ley 47/2007, de 19 de diciembre¹⁵² podrá, en cierta manera, prevenir estas malas prácticas bancarias evitando directamente que se puedan ofrecer (es decir, ya no es un tema de informar o de comprender, sino, apriorísticamente, de prohibición de ofrecer) determinados productos hipotecarios a profanos en materia financiera o no profesionales (art. 79bis.6 LMV, introducida por la Ley 47/2007: «Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente»). Como ya habíamos dicho en alguna otra ocasión¹⁵² en base a ejemplos más que conocidos (como el de Arthur Andersen), los operadores financieros no pueden regularse sólo por las reglas del mercado: el temor por perder credibilidad por malas operaciones no es suficiente para salir del mercado en tanto que en seguida fundan nuevas empresas que, con distinta marca pero con las mismas personas y técnicas, vuelven al negocio. Entre los negocios hipotecarios más perjudiciales para el deudor hipotecario, objeto ya de las primeras resoluciones judiciales declarándolas nulas (SJ Mercantil núm. 2 de Sevilla 30-9-2010¹⁵³), han sido las cláusulas suelo, es decir, aquéllas que venían unidas a las «cláusulas techo» pero en medida asimétrica a favor de

¹⁴⁹ RJ 2010\702.

¹⁵⁰ Directiva 2006/73/CE, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE 2-9-2006, L 241/26).

¹⁵¹ BOE 20-12-2007, núm. 304, p. 52335.

¹⁵² NASARRE-AZNAR, *Tort law-Spain*, p. 98.

¹⁵³ JUR 2010\347573.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

la entidad de crédito: ésta aseguraba que el préstamo no podía superar cierto tipo de interés (cuando ello muy improbable dada una determinada tendencia a la disminución), pero en tal tiempo y en contraprestación, tampoco podía bajar de otro tipo de interés mínimo, sin revelar la auténtica naturaleza de la cláusula: cubrir el propio riesgo del banco (quien, con dichos ingresos mínimos, se asegura poder pagar sus propios compromisos con sus acreedores) y, en su caso, servirle de remuneración mínima.

— La regulación de las comisiones bancarias y aranceles notariales modificada por la Ley 41/2007 no es óptima¹⁵⁴.

— La regulación de la cesión de crédito hipotecario con la nueva redacción dada por el art. 149 LH se ha complicado en exceso, facilitando la división de obligación e hipoteca, sin aclarar qué sucede cuando una y la otra pertenecen a personas distintas¹⁵⁵.

— Es notorio que la situación actual de sobreendeudamiento es debida a una corresponsabilidad entre las entidades de crédito y los deudores hipotecarios. El sobreendeudamiento de las familias pasó del 45% en 1995 o del 76,7% en 2001 al 143% en 2008¹⁵⁶. Por una lado, los movimientos sociales surgidos al soporte de la grave crisis actual¹⁵⁷ están proponiendo medidas de formación de consumidores en «consumo responsable». También proponen promover la educación financiera y unidades de servicios de sobreendeudamiento¹⁵⁸, aunque esta tarea de advertir de lo que se está pactando y lo que implica, especialmente hacia la parte que no tiene por qué comprenderlo, está encomendada a los notarios (art. 1. y 1933 RN¹⁵⁹). Al sobreendeudamiento han colaborado: productos hipotecarios complejos (ej. fórmulas de cálculo en hipotecas de cuota creciente, comercializada en ocasiones como «hipoteca joven», con crecimiento en progresión geométrica¹⁶⁰) que no permitían comprobar el

¹⁵⁴ Ver una mayor explicación en IGLESIAS PARMA, Pablo, *Régimen de la compensación por amortización anticipada*, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN, «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pp. 91 a 102; y en MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián, *Costes arancelarios*, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pp. 103 a 126.

¹⁵⁵ Ver SIMÓN MORENO, Héctor, *La cesión del crédito hipotecario*, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pp. 145 a 190.

¹⁵⁶ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS, *Por unas medidas y soluciones urgentes al grave problema del endeudamiento y sobreendeudamiento de las familias en España*, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf, p. 1.

¹⁵⁷ TERCER FÓRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, p. 25.

¹⁵⁸ TERCER FÓRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, p. 26.

¹⁵⁹ Decreto de 2 de junio de 1944, Nuevo Reglamento Notarial (BOE 7 julio 1944, núm. 189).

¹⁶⁰ Por ejemplo: $a_1 = C \times \frac{1 + i - q}{1 - q''(1 + i)^{-n}}$

(verla en <http://www.abanfin.com/modules.php?tit=prestamo-en-progresion-geometrica-cuota-creciente&name=Manuales&fid=ee0bcbv>).

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

alcance total de la deuda; el haber permitido a las entidades bancarias desde 2002 (art. 18 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero¹⁶¹) refinanciar las hipotecas *sub-prime* españolas a través de los «certificados de transmisión de hipotecas» incluidas en fondos de titulización de activos¹⁶², de manera que les ha permitido conceder más hipotecas que no cumplen los requisitos del antiguo (antes de 2007) art. 5 LMH que exigía un bajo *loan-to-value* ratio (LTV) para poderlas refinanciar mediante valores hipotecarios estándar (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias); es decir, como las entidades crediticias podían deshacerse del riesgo que conllevaban las hipotecas de alto LTV (ej. con la ayuda de tasa-doras, incluían en el valor del préstamo hipotecario, un coche nuevo, un gran televisor, las vacaciones de los años sucesivos, etc.) mediante dichos valores de «peor calidad», se vieron más animadas a conceder préstamos más abultados económicamente superando en ocasiones el valor de la propia finca; naturalmente, préstamos hipotecarios de tanto volumen sólo podían hacerse accesibles a los deudores aumentando los plazos de amortización lo que en definitiva promovía ocultar la verdadera situación a éste: un gran endeudamiento prolongado durante muchos años (hasta 40 años, con más en casos excepcionales); cantidades debidas tal altas y plazos tan prolongados unidos a una petición (pensemos en el deficiente mercado de alquiler en España) y concesión masiva de préstamos hipotecarios, llevaron en ocasiones a pedir garantías añadidas a la hipotecaria, como los avales personales: la verificada insuficiencia del valor de la casa y la insolvencia técnica del deudor ha llevado a las entidades de crédito a dirigirse contra los avalistas, contribuyendo así a la generalización de las deudas y de los apuros económicos¹⁶³; la política de bajos tipos de interés (históricos) del Banco Central Europeo que impulsaban al consumo y desincentivaban el ahorro, seguidas tras el estallido de la crisis, por aún más bajadas que las entidades de crédito han absorbido con aumento de los diferenciales de interés, dada su precaria situación financiera, de manera que no se ha contribuido a reactivar la economía con la generalización del crédito; etc.

— La dación en pago. Desde nuestro punto de vista, esta institución necesita un estudio en profundidad en el contexto hipotecario. A pesar de que, en la práctica, se están admitiendo muchas daciones de la finca hipotecada en pago de deudas hipote-

¹⁶¹ BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, p. 41273.

¹⁶² Ver NASARRE AZNAR, Sergio, «El Anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, pp. 303 a 312.

¹⁶³ CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y de crédito*, Madrid, 10-2-2009, p. 14.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

carias (ej. en caso de hipotecas contratadas con inmigrantes recién llegados sin trabajo estable), ello no permite despejar las serias dudas de legalidad que tal medida tiene en relación con la norma de *ius cogens* prevista en el art. 1859 CC que prevé la prohibición de pactar el comiso en relación a la prenda y la hipoteca. Y que un préstamo hipotecario en un inicio se pactase que se devolvería en amortizaciones dinerarias metálicas y que, sobrevenidamente (en caso de impago del prestatario), se admita en pago la entrega del dominio de la finca, no deja de ser una novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario en el modo de pago, prohibido por el art. 1859 CC. Este precepto ha sufrido diversos paliativos por parte del legislador (ej. arts. 4 y 11 Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo¹⁶⁴, que concede un derecho de apropiación por parte del acreedor —normalmente entidad de crédito— de las garantías financieras) e importantes matizaciones desde la doctrina a través de la admisión del «pacto marciano» (Digesto 20,1,16,9), siempre que la apropiación vaya precedida de pacto para ello, de justa estimación objetiva del bien y no haya notable desproporción entre prestaciones¹⁶⁵. Pero no debe olvidarse el transcendente papel que ha desempeñado la prohibición del pacto comisorio en la evitación de la usura, impidiendo que un préstamo con hipoteca se convierta en una compra-venta encubierta (SSTS 29-1-1996¹⁶⁶ y 16-5-2000¹⁶⁷), es decir, que la causa del préstamo no es la típica de estos contratos (puesta a disposición de una cantidad a devolver en plazos) sino la propia de la compra-venta (puesta a disposición de una cantidad con la finalidad de que el prestamista se quede con la finca), especialmente en Cataluña a través de la venta en carta de gracia¹⁶⁸. A parte de la desnaturalización de la garantía, el pacto comisorio está prohibido debido a la posición de superioridad que tienen las entidades de crédito respecto a los consumidores y el riesgo de que aquéllas se aprovechen del estado de necesidad (de crédito) de éstos; tampoco queda bien engarzado en nuestro sistema un mecanismo de autosatisfacción que no pase por el filtro de autoridad pública (juez o notario).

En la actualidad, la propuesta de la dación de pago a nivel legislativo (Proposición no de Ley) finalizó el 16-6-2010 su trámite en la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, resultando un mandato al Gobierno de efectuar un infor-

¹⁶⁴ BOE 14 marzo 2005, núm. 62, p. 8832.

¹⁶⁵ Ver FELIU REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, Ed. Civitas, p. 95.

¹⁶⁶ RJ 1996/735.

¹⁶⁷ RJ 2000/5082.

¹⁶⁸ VALLÉS Y PUJALS, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1993, Librería Bosch, pp. 112 y 113, que recoge contratos análogos o equivalentes al préstamo en los que puede resultar usura, entre los que se cuentan el pacto comisorio y la venta a carta de gracia catalana. En cuanto a esta última, ver también DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya», *Estudis de Dret Privat Català*, núm. 1, Barcelona, 1993, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, pp. 35 y 36.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

me en el plazo de tres meses sobre la posibilidad de que de forma general se aceptase la dación en pago como método para liquidar toda la deuda hipotecaria, sin que en enero 2011 estuviera finalizado¹⁶⁹.

Otra cosa es la posibilidad del art. 140 LH de limitar la recuperación del acreedor al valor de la finca pero que nada tiene que ver con la dación en pago porque: a) se trata de un pacto previo, de manera que la entidad de crédito tiene que consentir a renunciar a reclamar sobre todo el patrimonio del deudor (es decir, renunciar al art. 1911 CC y 105 LH); b) el acreedor no puede adjudicarse la vivienda, sino que la debe sacar a subasta¹⁷⁰, siguiendo el procedimiento de la LEC («quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados», dice el art. 140.2 LH, es decir, al importe resultante del procedimiento ejecutivo).

Es criticado también desde ciertos sectores sociales e, incluso, doctrinales que en base al art. 671 LEC la entidad de crédito se pueda adjudicar la finca dada en garantía sólo por el 50% de su valor, pidiéndose (exigiéndose) que deba adjudicársela por el todo. Piénsese, sin embargo, que llegado este punto de la subasta, ni el prestatario hipotecante ha conseguido deshacerse la finca por más valor ni ha asistido postor alguno a la subasta. A pesar de la insuficiente transparencia y efectividad del procedimiento de subasta en sí que claramente criticamos *infra*, lo cierto es que en un sistema capitalista las cosas valen lo que las personas están dispuestas a pagar por ellas. Es decir, llegado ese momento del proceso de ejecución, como nadie ha querido dicha finca, la finca vale 0 euros o, en el mejor de los casos, el 50% de su valor de tasación porque ahí se paró la subasta. Y si la entidad de crédito se la adjudica por el 50% de su valor, está enjuagando al menos parte (en otra coyuntura del mercado podría ser toda o incluso más que toda la deuda) de la deuda con un inmueble que ahora sabemos que no vale ni la mitad del valor por el que se tasó (y en esta coyuntura de mercado en que esto sucede, posiblemente ello sea así y deba ser la entidad de crédito la que corra con todos los gastos de su mantenimiento —impuestos, comunidad, reparaciones, derramas, etc.— a partir de entonces y en los próximos años hasta encontrar comprador). Por lo tanto no podemos estar de acuerdo de que en este punto el proceso de ejecución hipotecaria no sea adecuado o beneficioso para el prestatario hipotecante: piénsese que suya fue la elección de adquirir endeudándose

¹⁶⁹ Proposición no de Ley para la dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda hipotecaria. (161/001634). Puede seguirse el procedimiento en www.congreso.es. No obstante, en la Sesión del Congreso de 14-12-2010 quedó rechazado instaurar la dación en pago como método de satisfacción de la hipoteca.

¹⁷⁰ Dice el art. 671 LEC en su redacción actual: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

una finca que, en un determinado momento, ha perdido todo su valor. Esto es una mala inversión, un mala decisión, sólo a él imputable y que no es compensable, dado que ha sido provocada por los avatares del mercado. Es el denominado «riesgo de mercado» (provocado por las oscilaciones en el precio de los activos; del mismo modo estaríamos de acuerdo que nada puede reclamar aquél que invierte en bolsa y al día siguiente los valores adquiridos valen la mitad), comparable, a nuestro juicio, con el «riesgo general de la vida», el cual en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Supremo (STS 22-2-2007¹⁷¹) ha dicho que no da lugar a compensación alguna. Pues bien, la pérdida total de valor del inmueble (nadie lo quiere por el precio ofrecido y no sabremos si alguien lo querría por menos) es, en definitiva, evitada obligando a la entidad de crédito (si no, se alzará el embargo) a quedárselo por el 50% del valor de tasación (si no, se alza el embargo, art. 671.2 LEC). Y de aquí puede bien entenderse cómo la entidad de crédito puede seguir ejecutando —aunque ponemos en duda la legalidad del art. 579 LEC que posibilita hacerlo tras la ejecución hipotecaria, sin necesidad de iniciar procedimiento nuevo alguno— por el resto del valor del préstamo contra el patrimonio del deudor, con lo que corre un evidente riesgo de impago (ej. difícilmente una persona que ha perdido la vivienda habitual por ejecución hipotecaria por impago podrá hacer frente de inmediato a la reclamación personal del acreedor hipotecario; éste deberá enfrentarse a una espera de tiempo indefinido y sin certeza de cobro). Esto es lo que preceptúan los arts. 1169 y 1911 CC, es decir, que el deudor debe devolver el 100% (más los intereses pactados correspondientes) de lo que tomó prestado y no sólo una parte (es una obligación natural el tener que devolver todo lo que se te ha prestado, por mucho que se limite al valor en un determinado momento en el tiempo del inmueble), por lo que responde con todo su patrimonio, presente y futuro.

El reciente AAP Navarra 17-12-2010 (Sección 2.^a), no obstante, no sigue ninguna de las consideraciones que hemos apuntado hasta ahora: al entender el Tribunal que el valor de la finca es el que se fijó para la tasación —hecha por la entidad de crédito— en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que es superior a la deuda debida y por la que se ha ejecutado, rechaza que el acreedor pueda proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor hipotecario, de manera que adjudicándose la finca se da por saldada toda la deuda (excepto por lo que se refiere a las costas y a la liquidación de intereses). Dado que nadie se había presentado a la subasta (FD 3.^º), pedía el acreedor que se le adjudicase la finca por el valor de 42.895 euros, por debajo del valor de tasación que se fijó en la escritura que era

¹⁷¹ RJ 2007\1520.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

de 75.900 euros, y solicitaba proseguir contra el deudor por el resto. Y como la entidad de crédito no pudo —por desestimación— aportar al proceso nueva tasación en el momento de la ejecución hipotecaria, considera el tribunal «que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria» y reprocha que «el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas». Sorprendentemente, el Tribunal prosigue con una «pequeña consideración» en la cual se pregunta, *grosso modo*, cómo es posible —ello le plantea al Tribunal una reflexión «cuanto menos moralmente intransigente»— que el acreedor apelase el Auto de primera instancia (que también había denegado la prosecución de la ejecución) si la responsabilidad de que la finca del ejecutado valiese menos había sido de «la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias» —citando para ello fuentes como declaraciones del «Presidente de Estados Unidos» y del «Presidente del Gobierno español»—, dejando eso sí claro que «no queremos decir con esto que el [ejecutante] sea el causante de la crisis económica». Y de tal digresión concluye que si bien la prosecución de la ejecución planteada no supone un abuso de derecho del art 3.1 CC, sí que es «moralmente rechazable» y que «resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”». Esta resolución judicial que, a la sazón, no fue seguida por la Sección 3.^a de la misma Audiencia Provincial en otra prosecución de ejecución de sentencia a las pocas semanas, tuvo un gran impacto mediático¹⁷², más teniendo en cuenta su firmeza al ser un Auto de segunda instancia (arts. 466 y 477 LEC y la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12-12-2000).

En la misma línea que este AAP Navarra 17-12-2010, podemos situar al Auto del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona de 26-10-2010. En éste, con referencias homéricas y a dar una salida/segunda oportunidad al sobreendeudamiento de los consumidores, el Juez concursal decide concluir el procedimiento concursal contra dos pensionistas por inexistencia de bienes o derechos realizable de los concursados pero además extinguir «las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso». A pesar de lo que señalan el art. 1911 CC (aplicable a este caso, dado que las deudas concursales no satisfechas en el concurso por falta de bienes siguen debiéndose y deberían haberse satisfecho en el futuro) y el

¹⁷² Ver, por ejemplo, <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/26/suvivienda/1296040278.html> (disponible el 10-2-2011).

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

178.2 LC, el Juez considera que no puede prolongarse la situación de liquidación por 13 años (los que calcula serán necesarios para que puedan devolver los créditos impagados que ahora no pueden pagar) ni tampoco condenarlos a que inmediatamente se vuelvan a encontrar en una situación de concurso porque siguen sin poder satisfacer las deudas que faltan, al estilo, dice, de «Sísifo, el rey de Éfira», es decir, condenándolos a abrir y cerrar concursos o a ejecuciones singulares que nunca podrán satisfacerse completamente. Y, dice, como no se les puede condenar ni a esto ni a una situación por 13 años de liquidación, lo que provocaría la extinción física o moral de la persona o dejarla al albur de la beneficencia pública —lo que no está permitido por el proceso concursal—, sí que puede «cuanto menos la extinción de los créditos concursales» que no han sido satisfechos.

Sin poder entrar en más comentario en cuanto al AJM núm. 3 Barcelona 26-10-2010, limitaremos el siguiente comentario al AAP Navarra 17-12-2010. A nuestro juicio, el AAP Navarra 17-12-2010 no se ajusta a derecho, no sólo porque 1) está juzgando en equidad, 2) sino porque está ejerciendo de legislador al hacerle decir a los arts. 1911 CC y 579 LEC lo que no dicen (interpretación *contra legem*, que tampoco está admitida) afectando a la seguridad jurídica y al mercado hipotecario, 3) al tiempo que su razonamiento y su *obiter dicta* en forma de «pequeña consideración» son, más que imprecisos, incorrectos. En cuanto a que es un juicio en equidad lo evidencia en tanto que no cita fundamento jurídico alguno para contradecir a los arts. 1911 CC y 671 y 579 LEC, recurriendo, veladamente, a la doctrina de hechos propios («finca, que él mismo valoraba») sin comprobar si reúne el caso los requisitos del Tribunal Supremo para apreciarla en base al art. 7.1 CC (SSTS 28-1-2000, 22-1-1997 y 16-2-1988), de manera que más que una interpretación de la Ley según la realidad del tiempo del art. 3.1 CC según su sentido actual estamos ante un juicio en equidad del art. 3.2 CC, prohibido (salvo excepciones que no vienen al caso), al tiempo que también considera que, sin haber abuso de derecho, el comportamiento del acreedor reclamando proseguir la ejecución es «moralmente rechazable» a pesar de que él no «sea el causante de la crisis económica». En cuanto a lo segundo, ya hemos dicho que es una obligación natural devolver todo lo que a uno le prestan, independientemente de si se debe responder preferentemente con una finca o con el resto del patrimonio (art. 1911 CC); que si no hay ningún postor, el art. 671 LEC legitima al acreedor a adjudicarse la finca por el 50% del valor de la misma o por la cantidad total que se le deba, a su elección y, si no opta, se alzaría el embargo a instancias del ejecutado; y que el art. 579 LEC permite, por falta de satisfacción de la hipoteca, proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor; a lo que debe añadirse que la dación en pago no es de obligatoria aceptación por parte del acreedor (como se le obliga aquí, en contra de lo que seña-

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

la el art. 1169 CC y que puede ser de dudosa legalidad en el ámbito del crédito hipotecario por lo que hemos dicho en cuanto al pacto comisorio y a la causa del negocio. Esta resolución firme contra *legem* puede ser muy disruptiva para el mercado hipotecario, dado que las entidades de crédito repercutirán en sus futuras operaciones de préstamo hipotecario el riesgo de que cualquier autoridad judicial pueda imponerles una quita en el recobro en caso de impago, al tiempo que genera aún más incertidumbre en el mercado (incluso internacional) de nuestros préstamos y valores hipotecarios (y sus *cash flows* relacionados). Y, tercero, no podemos compartir la *ratio decidendi* del Auto, en tanto que el Tribunal sí que tenía otro valor de la finca en el momento de la ejecución: 0 euros o, en el mejor de los casos, el 50% del valor de la finca, porque nadie pujó por la finca¹⁷³; y el hecho de que la Ley obligue al acreedor a adjudicársela por la mitad del valor de tasación es parte del riesgo de fluctuación de valor que se le imputa al a entidad de crédito: el resto deberá conseguirlo sin garantía alguna, lo que no había previsto cuando tasó la finca en el momento de la concesión. Las cosas no valen siempre lo mismo, sino que dependen de la oferta y de la demanda en nuestro sistema económico, de manera que, a falta de más datos, es incorrecto no haber tenido en cuenta el nuevo valor o no haber aceptado la oferta de precio de adjudicación del valor ofrecido por la entidad de crédito, pues supera el 50% del valor de tasación original. Y si el banco ya se está adjudicando —obligatoriamente, dado que el resto de soluciones que le da la ley aún van más en contra de sus intereses— una finca que en el momento de la ejecución nadie apuesta por ella y debe continuar por el resto sin garantía (todo ello es parte del riesgo que debe absorber el acreedor), el deudor debe devolver todo lo que se le prestó (con garantía hipotecaria) porque el inmueble que compró se ha depreciado en el momento de la ejecución (riesgo de mercado no compensable y que debe ser asumido por el deudor/propietario). Y no puede excusarse que la tasación fue hecha por la entidad de crédito: independientemente de las malas prácticas bancarias en tasaciones excesivas —un número de ellas, no olvidemos, en cohabitación con deudores que incluían bienes de consumo con la casa— a las que ya hemos hecho referencia, lo cierto es que es razonable que quien deja el dinero a devolver en 30 años o más por lo menos pueda valorar el (único) bien sobre el que preferentemente se podrá cobrar si el deudor impaga.

— La mayor transparencia y generalización de la subasta en sí, que podría contribuir a la transparencia y a hallar el valor real de los precios de las fincas ejecutadas, aumentándose la posibilidad de conseguir más cantidad por cada inmueble. A parte de la iniciativa aislada de un Secretario judicial de Murcia que recibió por ello el Pre-

¹⁷³ Advertimos, no obstante, sobre la ineficacia de nuestro sistema de subastas en el punto siguiente.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

mio «Balanza de Cristal de la Justicia» de 2006, que culminó con la creación por parte del Ministerio de Justicia de la web de «subastas judiciales electrónicas» que, a día de hoy, se encuentra desactivada¹⁷⁴ pero que durante tiempo sólo ha venido funcionando con dicho juzgado de Murcia, sin que consten más adheridos. Parte de la problemática de los bajos precios de la vivienda puede venir de que el sistema actual de subasta (arts. 667, 668, 645 y 646 LEC; sistema de edictos y publicidad en el tablón de anuncio en el juzgado) no favorece la presencia masiva de subasteros (ej. online, al estilo e-bay), de manera que no se crea una real competencia entre las pujas, de manera que no puede averiguarse el valor real del inmueble. Por lo tanto, el problema de que la entidad de crédito continúe la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor, se acucia, con graves consecuencias para éste¹⁷⁵.

A ello hay que añadir las medidas económicas paliativas de la deuda hipotecaria que se han llevado a cabo y que parece no haber conseguido el resultado y la generalización deseada: la moratoria ICO que, debido a sus estrictos requisitos, no había atraído en junio de 2009 más que alrededor de 6.000 personas cuando las previstas para todo el programa habían sido 500.000¹⁷⁶; tampoco parece ser la solución el alargamiento del plazo del préstamo, porque aunque produzca la reducción de la cuota mensual, provoca un aumento de los intereses remuneratorios a favor de la entidad de crédito¹⁷⁷; la utilización de lo ahorrado en los fondos de pensiones tampoco es una medida definitiva en tanto que la mayoría de familias que disponen de él tienen ya 50 ó 55 años (que no son la mayoría que tienen problemas hipotecarios), es perder el dinero que se tenía para completar la pensión de manera que ésta les será más precaria y, al rescatarlo anticipadamente, pierden el beneficio fiscal¹⁷⁸; la iniciativa catalana de prestaciones económicas de especial urgencia (Orden MAH/559/2009, 22 diciembre) limita tales ayudas a 3.000 euros (lo que no permite superar una situación de insolvencia) y la cuota hipotecaria no puede superar los 1.200 euros, dejando fuera a una parte de familias; tampoco parece generalizarse la conversión de hipotecas en alquiler (previsto en el documento «30 compromisos per a l'ocupació, el teixit econòmic i el desenvolupament social de Catalunya», de 18-12-2009) pues tal conversión no es aceptada de manera generalizada por las entidades crediticias, etc.

¹⁷⁴ Consulta el 9-11-2010 de la web oficial de «subastas judiciales» del Ministerio de Justicia: <https://subastas.mjjusticia.es/subastas/home.do>. Algo más de información en www.e-justicia.es/index.html.

¹⁷⁵ Ver en http://www.youtube.com/watch?v=FwriPYc1Uzwg&feature=player_embedded el acontecimiento en noviembre de 2010 de la paralización de una subasta en Tarragona por parte de un grupo denominado «Plataforma de afectados por la hipoteca», cuya web es <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/>.

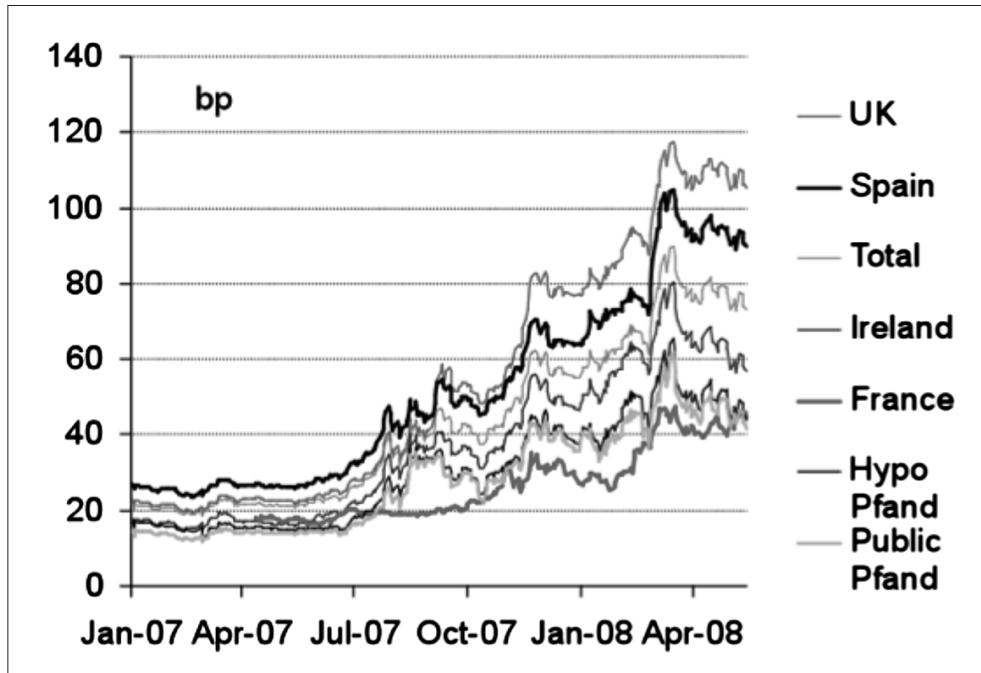
¹⁷⁶ TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, p. 18.

¹⁷⁷ En este sentido, ver el CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, p. 5.

¹⁷⁸ CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, p. 6.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

FIGURA 2
*SPREADS DE RIESGO DE CÉDULAS HIPOTECARIAS EN LOS PRIMEROS AÑOS
 DE LA CRISIS EN RELACIÓN AL *BUND* ALEMÁN*



Fuente: iBoxx, 2008.

Y, por lo que se refiere a las operaciones pasivas, su aún más deficiente regulación tras la Ley 41/2007, ha contribuido en la crisis de financiación de las entidades de crédito españolas (que han debido recurrir a refinanciarse con la compra de sus obligaciones por parte del Banco de España y por parte del Banco Central Europeo y demás bancos centrales de los estados, es decir, refinanciándose con dinero público¹⁷⁹) con graves repercusiones en el aumento de los requisitos y rigideces en la concesión de préstamos, en general, y de préstamos hipotecarios en particular. De este modo¹⁸⁰, no se ha aumentado la transparencia de la garantía y la seguridad de ninguno de los valores hipotecarios (precisamente en sentido inverso de lo que solicita internacionalmente Basilea II y III). Después de que se evidenciase por parte del mercado

¹⁷⁹ BADÍA, Daniel, *El Banco de España compra cédulas hipotecarias antes que el Banco Central Europeo*, «Expansión», 13-5-2009, disponible en <http://www.expansion.com/2009/05/12/empresas/banca/1242160890.html>.

¹⁸⁰ Ver, en general, las conclusiones del estudio sobre la Ley 41/2007 en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado...*, pp. 670 a 677.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

internacional la fragilidad de nuestros valores hipotecarios (ver Figura 2) su riesgo (y por lo tanto el coste de refinanciación de nuestras entidades de crédito), es decir, la posibilidad de que el emisor los impague al inversor, se ha visto incrementado considerablemente, lo que no se ha visto compensado por una «nueva» regulación más transparente y segura de los mismos. La deficiente regulación del registro contable de cobertura de créditos hipotecarios para cédulas y para bonos; la ausencia de un fiduciario independiente y externo que lo controle; la ausencia de clarificación de la garantía de cédulas y participaciones hipotecarias; la disminución de la garantía de los bonos hipotecarios; el aumento de LTV en los préstamos refinanciables en un contexto de crisis como el actual que lo desaconseja completamente; la poca claridad de los requisitos que deben cumplir las hipotecas sobre inmuebles extranjeros para poder ser refinaciados; entre otras¹⁸¹, así lo evidencian.

2.3. La respuesta del legislador para la revitalización de la vivienda en alquiler. Los fracasos de los FII y de las SOCIMI

Como ya habíamos advertido en otros trabajos¹⁸², ni los fondos de inversión inmobiliaria (FII), primero, ni las SOCIMI (Sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario), después, son estructuras financieras lo suficientemente sólidas como para suponer un auténtico cambio en la promoción de la vivienda en alquiler y estructurar y profesionalizar el mercado inmobiliario¹⁸³.

Los motivos esenciales para tal afirmación son los siguientes:

a) Las SOCIMI no son lo suficientemente atractivas para que otras instituciones que se encargan de la gestión de bienes inmuebles (ej. FII, sociedades inmobiliarias, etc.) adopten esta forma societaria y aporten sus inmuebles para alquiler. Así, no pueda decirse que tengan una naturaleza jurídica *ad hoc* (por ejemplo, la flexibilidad en su creación y gestión que le daría ser un patrimonio fiduciario o trust) sino

¹⁸¹ Ver una explicación de todas ellas y de otras en NASARRE AZNAR, Sergio, *Operaciones pasivas. La refinanciación de créditos y préstamos hipotecarios*, en MUÑÍZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), «La reforma del mercado hipotecario», Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pp. 399 a 552.

¹⁸² Ver NASARRE AZNAR y RIVAS NIETO, *La naturaleza jurídico-privada....*, pp. 3 a 66. Igualmente escéptico se muestra ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio, *Las nuevas «SOCIMI» ante el fracaso de los instrumentos de estímulo de la vivienda en alquiler en España*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 119, julio-septiembre 2010, pp. 163 y 164, aunque deja la puerta abierta a que tengan algún impacto en unos años, superada la crisis actual.

¹⁸³ Coincide con la necesidad de profesionalización del mercado inmobiliario en España, mencionando los REIs, INURRIETA BERUETE, Alejandro, *Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional*, Madrid, 2007, Fundación Alternativas, Working Paper 113/2007, p. 60. Disponible en: http://www.spaviv.es/comunicacion/publicaciones_y_entrevistas/Lab._ALTERNATIVAS_113.pdf.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

que se trata simplemente de un *overlay* (un tipo o capa) de Sociedad Anónima. Además, la sociedad que pretenda convertirse debe asumir diversos gastos de transformación, sólo podrá recurrir al préstamo de manera limitada y con condiciones, sólo pueden ser SOCIMI las sociedades abiertas (imposibilitando que entidades o personas que gestionan un número limitado de inmuebles lo puedan ser), elevados gastos para que pueda cotizar, depósito inicial también elevado, etc.

b) Problemática con su naturaleza jurídica. No cumplen los requisitos de la OCDE para ser consideradas como *real estate investment trusts* (REITs) internacionales (a los que pretenden imitar), porque esta entidad requiere que los vehículos inmobiliarios, para ser considerados REITs deben ser *tax transparent* y no tributar a nivel de entidad. Las SOCIMI está previsto que tributen al 18% a nivel de vehículo. Ello pone en duda la liquidez de las acciones de las SOCIMI en el mercado internacional, lo que puede lastrar su desarrollo.

c) Falta de flexibilidad de las SOCIMI en la gestión de los inmuebles. En ocasiones puede no convenir que la explotación de los inmuebles se haga exclusivamente por arrendamiento. Además, no está previsto especialmente que las SOCIMI, a diferencia de lo que pueden hacer muchos REITs norteamericanos, puedan gestionar íntegramente el funcionamiento de los inmuebles y sus socios ser los inquilinos (propio de los REITs cerrados, que no son posibles en España) y, finalmente, no se fomenta su especialización por tipos de inmuebles, lo que les puede hacer menos efectivos que algunos REITs internacionales.

Igualmente, todas las políticas públicas llevadas hasta este momento en relación al alquiler han sido erráticas. Desde las famosas «Kelifinder» de 2006 (se regalaron zapatillas a los jóvenes que quisiesen ir a buscar casa para alquilar; ver Figura 3), hasta las actuales reformas en la Ley de Arrendamientos Urbanos y Ley de Enjuiciamiento Civil para optimizar los procesos arrendaticios. También se han llevado a cabo cambios tributarios que han permitido deducirse en del IRPF las rentas devengadas por razón de arrendamiento (art. 68.7 Ley 35/2006); otras medidas han sido las ayudas directas a los jóvenes para el pago del alquiler, que en ocasiones han originado la subida de la renta por el propietario. El caso más extremo lo ha representado Cataluña que en la Ley 18/2007 prevé que se le abra un expediente a un propietario de una vivienda «permanentemente vacía» o «permanentemente desocupada», pudiéndosele incluso expropiar el usufructo de la misma si no la alquila (art. 42.6 Ley 18/2007, de Vivienda de Cataluña) y proceder a su alquiler por parte de la Administración Pública.

A la vista de que la vivienda en alquiler en España es el 10,7% del total de la vivienda ocupada (cuando lo deseable sería que llegase a alrededor del 25%) y de que,

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

FIGURA 3
CAMPAÑA «KELI FINDER» 2006 PARA PROMOCIÓN DEL ALQUILER



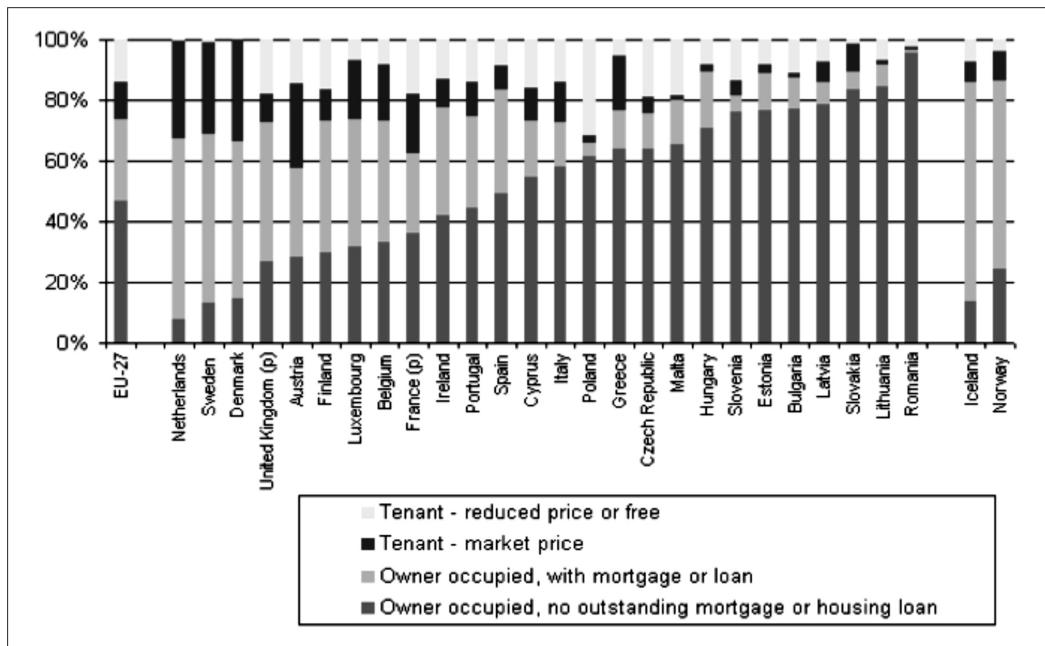
según los datos del Instituto Nacional de Estadística (15-1-2009), la vivienda en alquiler se encareció en España el 4,4%, esto es, 3 puntos porcentuales por encima del IPC de 2008 (cerrado en diciembre en el 1,4%), no parece que estas políticas hayan contribuido de momento a la generalización y accesibilidad económica del alquiler, como lo evidencia la Figura 4¹⁸⁴: la tasa de vivienda en propiedad en España, entre hipotecados y no, sólo es superada por los países del bloque del Este, como Hungría, Estonia, Bulgaria o Rumanía, muy lejos de la media europea de viviendas en alquiler, un 25%, que a su vez muestra cómo vivienda en propiedad y riqueza no necesariamente deben ir juntos (véase cifras para Suecia, Dinamarca, Gran Bretaña, Austria, etc.): la ausencia de un saneado mercado de vivienda en alquiler y de alternativas a ambas formas de tenencia (*tenure*) sigue presionando al mercado en propiedad (lo que coadyuva a que éste no pueda alcanzar su valor real) y provoca un aumento en el endeudamiento de las familias. Sobre la pobreza de las familias, el último informe Eurostat disponible (de 21-8-2010, con datos de 2008), el porcentaje de población en el límite de pobreza en España se acerca al 20%, sólo superada por Letonia, Lituania, Bulgaria, Rumanía y Grecia. Y sobre su endeudamiento, según informe del Gobernador del Banco de España 2009¹⁸⁵, «un factor decisivo en el crecimiento de 1999 a 2008 ha sido el extraordinario aumento del endeudamiento de las familias y las empresas. Durante la última década, la demanda interna española ha podido crecer al

¹⁸⁴ Aunque son datos de 2008, son muy similares a los de 2007.

¹⁸⁵ BANCO DE ESPAÑA, *Boletín económico*, 2/2009, p. 27.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

FIGURA 4
VIVIENDA EN PROPIEDAD Y VIVIENDA EN ALQUILER EN EUROPA EN 2008



Fuente: Eurostat, 2010.

(p) valor provisional.

doble de velocidad que la de la Unión Europea gracias a que el endeudamiento de los agentes privados se ha duplicado en el período de 1999 a 2007. La deuda de los hogares ha pasado de poco más del 60% al 130% de su renta bruta disponible, y la deuda de las empresas, del 270% a casi el 600% del excedente bruto de explotación».

En este contexto, las SOCIMI, presentadas como «nueva solución» aunque ya existan en forma de REITs en Estados Unidos desde 1960 y en 21 países más, no parece que vayan a ser un factor decisivo para que el arrendamiento se convierta, a corto plazo, en un auténtica alternativa al dominio y ayude a la relajación de la deuda familiar.

2.4. El alcance de la problemática de la vivienda vacía.

La cuestionada respuesta del legislador catalán en la Ley 18/2007

Según el Ministerio de la Vivienda (abril 2010), a finales de 2009 existían en España 700.000 viviendas vacías, lo que evidencia que en la década anterior a 2007 se

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

había construido muy por encima de las necesidades de vivienda. El último censo, el de 2001, revelaba que para entonces —antes de la «década dorada» de la construcción— existían ya 3 millones de viviendas vacías, lo que fue corroborado por el relator de la ONU en 2008¹⁸⁶. La vivienda vacía y no explotada representa unas pérdidas de 5.300 millones de euros anuales¹⁸⁷.

No parece que las medidas desgranadas hasta el momento para la promoción del alquiler (ej. Sociedad Pública de Alquiler, avales públicos para el contingente de impago del inquilino, cheques jóvenes para el alquiler, incentivos fiscales, etc.) hayan tenido un impacto real en los propietarios que prefieren tener cerradas sus viviendas antes que alquilarlas.

La reacción del legislador catalán a esta situación ha sido la Ley 18/2007, de 28 de diciembre¹⁸⁸, desarrollada por el Proyecto de Decreto del Plan Territorial Sectorial de Vivienda (DOG 20-4-2010)¹⁸⁹.

De todos los aspectos, dos son de especial transcendencia para el tema que ahora nos ocupa: la posibilidad de la expropiación forzosa del usufructo de las viviendas vacías situadas en zonas de fuerte y acreditada demanda (art. 42.6 Ley 18/2007)¹⁹⁰ medida, a nuestro juicio, constitucional (SSTC 37/1987, de 26 marzo¹⁹¹ y núm. 319/1993, de 27 de octubre¹⁹²), pero no exenta de controversia; y el desarrollo del contenido del contrato de masovería urbana, que lo estudiamos más adelante.

ANGEL¹⁹³ entiende que un límite a la propiedad privada que debe ser aceptado es cuando ésta afecta al bienestar público. En otros términos, la existencia estimada de 4 millones de viviendas vacías no puede comprenderse en el contexto del incremento de desahucios de familias de los últimos 3 años ni los efectos colaterales que tiene en la configuración de nuestra sociedad: según el informe Eurostat Juventud 2009¹⁹⁴,

¹⁸⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008, pp. 11 y 12, que se pronuncia en los siguientes términos: «España tiene el mayor número de casas deshabitadas de la Unión Europea».

¹⁸⁷ VINUESA, Julio, *La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible*, «Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales», vol. XII, núm. 270 (39), 1-8-2008, p. 13.

¹⁸⁸ BOE 27 febrero 2008, núm. 50, p. 11653.

¹⁸⁹ http://mediambient.gencat.cat/cat/ciutadans/habitatge/Pla_territorial_sectorial.jsp?ComponentID=176301&SourcePageID=153749#1.

¹⁹⁰ Ver más detalles en VAQUER ALOY, Antoni, *La expropiación temporal del usufructo de viviendas desocupadas en la Ley catalana del derecho a la vivienda*, «RGLJ», núm. 1, 2009, pp. 133 a 178.

¹⁹¹ RTC 198737.

¹⁹² RTC 1993319.

¹⁹³ ANGEL, Schlorom, *Housing policy matters. A global analysis*, Nueva York, 2000, p. 92.

¹⁹⁴ EUROSTAT, *Youth in Europe*, 2009 Edition, p. 31. Puede hallarse en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-920/EN/KS-78-09-920-EN.PDF.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

la juventud española es la segunda de Europa en no poder independizarse de su núcleo familiar por no poder acceder a una vivienda con un coste asequible.

3. PROPUESTAS DESDE EL DERECHO PRIVADO

Las diversas fórmulas que aquí proponemos desde el derecho privado se deben comprender como complementarias a las políticas públicas de vivienda.

Es decir, diversos estudios evidencian la insuficiencia del número de vivienda social —y menos la realmente disponible, la que está en régimen de alquiler, y no en propiedad o en alquiler con opción de compra— para hacer frente a la nueva realidad surgida del estallido de la crisis a finales de 2007¹⁹⁵. El importante impacto social que ello está teniendo se está amortiguando, paradójicamente, con una institución de derecho privado: la obligación de prestar alimentos entre parientes, incluido el cónyuge, y hasta el grado de hermano (arts. 237-1 a 237-14 CCC), lo que no es muy común en derecho comparado.

Es decir, mientras las políticas públicas descritas y el derecho público han tenido un impacto limitado, tal y como hemos descrito, sin impacto sustancial en el magro porcentaje de vivienda en alquiler (privada y pública) y en el número de viviendas vacías, el derecho privado no puede quedar impasible. A nuestro juicio, la reformulación del derecho privado, que debe impulsar de nuevo el mercado de la vivienda por sí mismo —sin necesidad de intervención pública, excepto el marco legislativo adecuado— pasa por superar la «alternativa dominio-alquiler» y llegar a una «combinación entre dominio y alquiler».

Piénsese, en cualquier caso, que el estado casi embrionario del desarrollo del art. 47 CE, la entrada en vigor en diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa (comentado *supra*) y el imperioso desajuste entre vivienda vacía y necesidad de vivienda en nuestro país puede llevar a una importante reformulación del derecho a la vivienda desde el derecho constitucional que, superando el mero derecho programático influenciador de políticas públicas —insuficientes, como se ha dicho— se inserte en el derecho civil, anulándolo, en base a valores superiores al de seguridad jurídico-privada. No son extrañas las resoluciones judiciales en derecho comparado que han tenido

¹⁹⁵ Ver el claro estudio comparado de nuestro escaso 2% de vivienda pública de alquiler de INURRIETA BERUETE, *Mercado de vivienda...*, pp. 27 a 33. Ver también LEAL, *La política de vivienda...*, p. 69 cuando indica que la promoción de vivienda pública para la venta en España es única en Europa (donde el apelativo de «vivienda social» sólo se aplica a la vivienda pública de alquiler; y que sólo Grecia tiene una proporción de viviendas públicas en alquiler inferior a España).

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

este efecto en relaciones puramente civiles¹⁹⁶. Veamos dos de las más paradigmáticas, ambas en Alemania:

a) Caso *Parabolantenne* 9-2-1994¹⁹⁷. Se trata de un inquilino de origen turco que solicitaba instalar una antena parabólica para captar la televisión de Turquía. Según el contrato de arrendamiento, necesitaba el consentimiento del propietario, quien se lo denegó. El Tribunal Supremo denegó su petición dado que no tenía el derecho a hacerlo según su contrato de arrendamiento. Pero el Tribunal Constitucional de aquel país, interpretando de buena fe el § 242 BGB, consideró que los tribunales ordinarios habían violado el derecho constitucional del inquilino de libertad de información (art. 5(1) *Grundgesetz*), de manera que el propietario fue obligado a dejar instalar la antena.

b) Caso *Bürgschaft* 19-10-1993¹⁹⁸. En este caso, una hija de 21 años, con escaso nivel educativo, con bajo salario en un trabajo no cualificado y sin patrimonio, firmó un aval por las deudas de su padre que ascendía al equivalente hoy a 50.000 euros. El empleado de banca le pidió simplemente que firmara y que ello no le haría entrar en ninguna obligación relevante y que sólo lo necesitaba para sus archivos. En primera instancia se consideró que el banco debería haber informado suficientemente; en apelación, que una persona mayor de edad ya debería saber lo que firma; y el Tribunal Constitucional consideró el contrato de aval nulo porque viola el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la familia: la carga es tan gravosa que atenta contra la buena marcha de la familia.

A la espera de cómo se integrarán los derechos fundamentales en el *Draft common frame of reference* 2009 (DCFR; art. I-1:102 DCFR que señala que sus reglas deben interpretarse al a luz de los derechos y libertades fundamentales, que lleva al art. 6 Tratado de Lisboa; art. II-7:301 DCFR: un contrato es nulo si infringe principios fundamentales en los estados miembros) y la propia eficacia de éste en el derecho privado europeo, no es extraño plantearse una intervención de nuestro Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido del citado caso (ej. evitando desahucios en determinadas circunstancias, obligando a llegar a un acuerdo a acreedor hipotecario y deudor hipotecario para la refinanciación de la deuda, etc.) cuando se trata de una coyuntura de tanta necesidad como la actual y una situación estructural de nuestra legislación jurídico-pública y jurídico-privada que no están dando una solución

¹⁹⁶ Ver otros posibles efectos en CHEREDNYCHENKO, Olha O., *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, «European Review of Contract Law», 19-3-2010, Vol. 6, num. 1, pp. 39 a 65, 2010. Puede hallarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1574865>.

¹⁹⁷ BVerfGE 90, 27.

¹⁹⁸ BVerfG 19-10-1993, BVerfGE 89, 214 (Bürgschaft).

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

al acuciante problema de la vivienda. Acaso podemos encontrar un reflejo de todo ello en el art. 231-9 CCC en relación a imposibilitar la enajenación de la vivienda familiar sólo con el consentimiento del cónyuge titular, lo que por razones de equidad o justicia, implica obviar todas las reglas del derecho privado patrimonial.

Según todo lo dicho, pasamos a estudiar una serie de instituciones y mecanismos alternativos al dominio y al alquiler, estudiados desde la óptica del derecho privado. De esta forma tenemos:

- a) Retirar, por cuestiones de necesidad pública, al titular dominical de una vivienda las facultades de uso y disfrute para el caso infrautilización de la misma (vivienda vacía), en contextos de necesidad, lo que está directamente vinculado con la función social de la propiedad (art. 33.2 CE y art. 541-2 CCC). Es la solución de la expropiación del usufructo del art. 42.6 Ley catalana 18/2007.
- b) Que la condición de propietario y la de inquilino puedan recaer sobre la misma persona. Es la solución de la *shared ownership* inglesa, que provee más ventajas que el arrendamiento con opción de compra.
- c) Desmembramiento del dominio. Es la opción del *leasehold* inglés, que contrasta con el escaso funcionamiento del censo enfitéutico en nuestros sistemas jurídicos como modo de tenencia de la vivienda.
- d) Reelaboración de los derechos reales limitados. Necesaria reconfiguración del uso y de la habitación, que en la actualidad, no admiten ser hipotecados (art. 108.3 LH) ni, por lo tanto, obtener financiación adecuada, primando su función alimentista, atendiendo a su carácter personal e indisponible.
- e) Reelaboración jurisprudencial de ciertas situaciones fácticas en relación a la posesión de inmuebles utilizados como vivienda, que tienden a la mayor protección del desfavorecido.
- f) El contrato de masovería urbana, citado en diversos preceptos de la Ley 18/2007, cuyo desarrollo está en fase de proyecto.

3.1. La expropiación del usufructo por infrautilización de la vivienda

Como ya hemos avanzado, pese a los titubeos iniciales, la propuesta de expropiación del usufructo de la viviendas vacías e infrautilizadas por razones de función social (art. 33.2 CE) es, hoy por hoy en Cataluña, legal (art. 42.6 Ley 18/2007), constitucional (STC 26-3-1987) y no es una solución extraña al derecho histórico español ni comparado. Aclaramos estas tres últimas ideas:

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

a) Con el fin de ver el alcance de la posibilidad de intervención de los poderes públicos en caso de que un inmueble privado no cumpla la función social que tiene recomendada —en caso de una vivienda, que sirva efectivamente como vivienda según el art. 47 CE— conviene realizar dos extractos claves de la STC 26-3-1987, que deniega la constitucionalidad de una Ley andaluza que multaba y podía llegar a expropiar las fincas que no fuesen suficientemente productivas. Así, el FJ 2.^º indica que «No hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, imponga a éste o permita imponerles determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la Empresa agraria». Y, por su parte, el FJ 5.^º señala que «Pero a ello debe añadirse que la licitud constitucional de tales medidas, así como de la subsiguiente expropiación si el Plan de Mejora Forzosa no es aceptado o no es cumplido por el empresario agrícola, viene dado por su carácter de sanción legal a un previo incumplimiento de los deberes que definen la función social que las fincas rústicas están llamadas a satisfacer. En resumen, la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa».

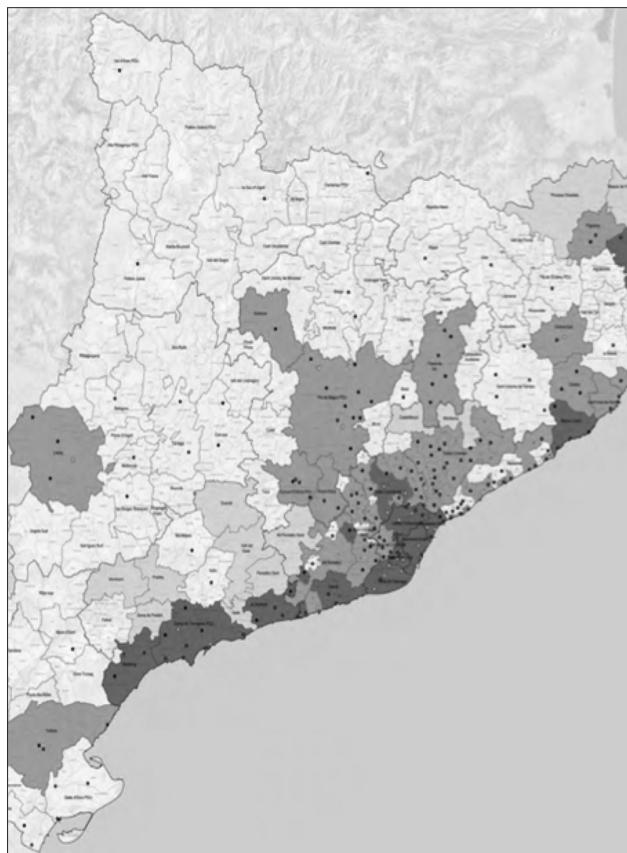
b) Las LAUs 1946, 1956 y 1964, en un contexto también de necesidad de vivienda (no debido, sin embargo, a que existiesen muchas pero vacías, sino que no existían), han previsto el arrendamiento forzoso, obligando al titular de la vivienda vacía a otorgar arrendamiento y, no haciéndolo, lo llevaba a cabo el Gobernador Civil (art. 3 D 3-10-1947¹⁹⁹). El alquiler forzoso de vivienda declarada deshabitada (desocupada por más de dos años) que se ubique en ámbitos de acreditada demanda y necesidad de vivienda y que se mantenga 1 año desocupada tras la declaración (art. 58 Anteproyecto de Ley de Vivienda del País Vasco de 17-1-2011).

c) En derecho comparado existen medidas similares, como en Francia o en Bélgica. También en el Reino Unido mediante la *Empty Dwelling Management Order* (EDMO), regulada en la *Housing Act 2004* (18-11-2004) en sus ss. 133 a 138, habiéndose desarrollado las EDMOs provisionales (*interim EDMOs*) por la *Housing Order 2006* (6-4-2006). La regulación de las EDMOs difieren en algunos aspectos con la re-

¹⁹⁹ RCL\1947\1346. Ver también la Disp. Final 2.^a del D 13-4-1956 (RCL\1956\652) y la Disp. Final 2.^a del D 4104/1964, de 24 de diciembre (RCL 1964\2885).

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

FIGURA 5
ZONAS DE DEMANDA DE VIVIENDA FUERTE Y ACREDITADA



Fuente: PPTSV 2010.

gulación prevista para la expropiación forzosa catalana en el Proyecto de Decreto sobre el Plan Territorial Sectorial de Vivienda²⁰⁰ en adelante, PPTSV 2010. El PPTSV 2010 será comparado en la Tabla 2 con el EDMO inglés.

Con el cambio de gobierno en Cataluña a finales de 2010, el PPTSV 2010 parece haber sido abandonado, aunque su interés se mantiene a la hora de comprender cómo podría desarrollarsela Ley de vivienda catalana de 2007, por lo menos en los dos aspectos que ahora más nos interesan: la masovería urbana y la expropiación forzosa del usufructo, ambas previstas legalmente en dicha norma.

²⁰⁰ DOGC 20-4-2010.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

Una vez aparecida la posibilidad de expropiación forzosa en el art. 42.6 Ley 18/2007, su aplicabilidad práctica quedó cuestionada por dos vías: por un lado su juridicidad y, por otra, su eficacia. En cuanto a la primera, la duda se centraba en aclarar cómo iban a llevarse a cabo las expropiaciones. La respuesta viene en el PPTSV 2010 al concebir los «sistemas metropolitanos y sistemas urbanos de fuerte de manda», es decir, la zonificación de Cataluña para evidenciar los territorios de fuerte y acreditada demanda de vivienda. Esta zonificación aparece en la Figura 5. Destacan las zonas con demanda de vivienda de más de 20.000, como Barcelona y Tarragona. Sólo si existe tal necesidad está justificada la expropiación, dada la función social de la propiedad. En cuanto a la segunda, la eficacia de la medida, está por ver qué implica su puesta en práctica y si realmente va a ser un mecanismo que facilite el acceso a la vivienda.

La Tabla 2 resume, pues, cuál es el funcionamiento previsto para la expropiación forzosa en el PPTSV 2010 y cuál es la problemática que, a nuestro juicio, presentará de aprobarse de este modo.

TABLA 2
FUNCIONAMIENTO PREVISTO PARA LA EXPROPIACIÓN FORZOSA
CATALANA EN RELACIÓN A LA EDMO INGLESA

	Expropiación catalana (en base al art. 42 Ley 18/2007 y PPTSV 2010)	Problemática y comparativa con el EDMO inglés (Housing Act 2004)
Prerequisitos	<ul style="list-style-type: none"> – Que se hayan efectuado políticas de incorporación de la vivienda al alquiler; que se hayan ofrecido garantías de cobro de rentas; que se hayan dado incentivos para la rehabilitación; que el piso no se haya cedido a la Admón. para su alquiler. – Que sea considerada vivienda vacía o permanentemente desocupada. – Que se encuentre en una zona de demanda fuerte y acreditada. 	<ul style="list-style-type: none"> – Problemática: que puede expropiarse aunque no haya demanda fundada para ese inmueble en particular. En UK, es carga de la Administración probar la necesidad de ese inmueble en concreto.
Fundamento	Incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE y 341-2 CCC).	
Procedimiento	<ul style="list-style-type: none"> – Expediente administrativo contradictorio. – En 2 fases: 1.^a Notificación. 2.^a Si no se ha corregido por causa imputable a la propiedad en 2 años. 	<ul style="list-style-type: none"> – No existe control judicial o para-judicial previo (sí en EDMO UK, por el Residential Property Tribunal). – Nada se señala sobre la obligatoria constancia registral de la expropiación.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

TABLA 2 (Cont.)

	Expropiación catalana (en base al art. 42 Ley 18/2007 y PPTSV 2010)	Problemática y comparativa con el EDMO inglés (Housing Act 2004)
Resultado	<ul style="list-style-type: none"> – Expropiación del usufructo para destinatario al alquiler; tiempo máximo: 5 años. – No está previsto el poder recuperar anticipadamente la posesión en caso de necesidad del propietario o familiares (¿aplicación de la LAU?). 	<ul style="list-style-type: none"> – En UK expropiación del uso de <i>freehold</i> o <i>leasehold</i>; plazo de 1 año para un acuerdo (además, es activa, es decir, puede proponer inquilino al propietario) y 7 años de duración. – En UK está prevista la <i>revocation</i> si el propietario prueba su necesidad o intención de vender; también si la Admón. no consigue ocupar la vivienda. Cualquier controversia, al Tribunal.
Justiprecio	<ul style="list-style-type: none"> – Debe tenerse en cuenta la legislación urbanística y la legislación de expropiación forzosa, deduciéndose gastos de gestión de la Admón. y obras de mejora realizadas por ésta. – Si el propietario cobra antes de terminarse el proceso de expropiación, deberá presentar aval por la cantidad recibida con el que hacer frente a los gastos que deba soportar. La Admón., en cambio, no debe prestar garantía. 	<ul style="list-style-type: none"> – En lugar del aval, en UK basta con inscripción en el Registro: el EDMO se considera carga real, devaluando así el valor del inmueble hasta que se satisfaga.
Tipo de vivienda	<ul style="list-style-type: none"> – Que sea un inmueble susceptible de ser ocupado, con cédula de habitabilidad o con posibilidad de conseguirla. Obligatorio reparar aquello que pueda afectar a la seguridad de las personas. 	<ul style="list-style-type: none"> – No se especifica qué sucede con los muebles. En UK, la Administración es responsable de su conservación y el propietario tiene derecho a retirarlos.
El usufructo	<ul style="list-style-type: none"> – Tiene carácter indisponible (no puede enajenarse ni gravarse), pero sí ceder su gestión y posible arrendar la vivienda. – Plazo máximo de 5 años. – Finalizado, el propietario recupera su uso. 	<ul style="list-style-type: none"> – En UK, plazo máximo de 7 años y el arrendamiento es por ese tiempo.
El arrendamiento	<ul style="list-style-type: none"> – Su duración se debe ajustar al plazo del usufructo. – Las reparaciones extraordinarias en el inmueble son a cargo del propietario, mientras que las ordinarias son a cargo de la Administración. 	<ul style="list-style-type: none"> – Nada se señala sobre qué se hace con la renta satisfecha por el arrendatario. Una consecuencia de la expropiación del usufructo y no del uso es que se lo quedará la Admón., independientemente de si es excesivo para hacer frente a los gastos necesarios.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

TABLA 2 (Cont.)

	Expropiación catalana (en base al art. 42 Ley 18/2007 y PPTSV 2010)	Problemática y comparativa con el EDMO inglés (Housing Act 2004)
El arrendamiento	<ul style="list-style-type: none"> – Las incidencias con el arrendamiento las resolverá la Administración. – El arrendamiento se ajustará a la LAU, con especialidades: <ul style="list-style-type: none"> a) Vivienda destinada a residencia habitual, sin que puedan realizarse otras actividades. b) No puede cederse el arrendamiento, ni ceder su uso total o parcial, ni re-alquilar. Tampoco cambio de residencia (a no ser que sea derivado de proceso de crisis familiar). c) Para poderse subrogar por el art. 16 LAU se exige haber convivido al menos el mismo tiempo transcurrido desde que se inició el arrendamiento hasta la defunción. d) La renta será la que corresponda por m² en viviendas protegidas. e) Se contemplará la renuncia a los derechos especiales y beneficios de la LAU f) El arrendatario permitirá que el arrendador revise la vivienda cuando lo requiera; al extinguirse se extenderá acta de desocupación. 	<ul style="list-style-type: none"> – En UK lo cobra la Admón. (una especie de <i>servicing</i>) pero el sobrante debe pagarla al propietario (si no son suficientes, el propietario no paga nada). A cambio no hay compensación por expropiación, a no ser que sea un tercero perjudicado con intereses sobre la finca. – Nada se dice con las mejoras en el piso. En UK revierten en el propietario sin compensación. – Todos los gastos corrientes e impuestos los pagará el arrendatario.

Fuente: Elaboración propia.

3.2. La doble condición de propietario e inquilino.

La shared ownership vs arrendamiento con opción de compra

La idea de que la doble posición de arrendatario y propietario pueda recaer sobre la misma persona sobre un mismo inmueble (en un porcentaje lo tiene en propiedad y el resto, en alquiler) parte, precisamente, de la necesidad de conjugar en una misma forma de tenencia las ventajas del dominio y del arrendamiento, descartando, en la medida de lo posible, las negativas. De este modo, tenemos:

a) Como es propietario de una parte progresiva del inmueble, aporta seguridad en la inversión del inquilino/propietario desde un inicio.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

b) En la parte en que es propietario, goza de un derecho absoluto. Esta exclusividad se repite no sólo en el uso de la vivienda sino que, en el modelo inglés, sólo en alteraciones sustanciales hace falta el consentimiento del arrendador/propietario quien no tiene porqué poner reparos siempre que no se desmerezca la vivienda o se ponga en peligro la estructura. Piénsese que el arrendador no vive allí y el inquilino está desincentivado a realizar actos en perjuicio de la vivienda porque él sí vive y es co-propietario de la misma, de manera que, haciéndolo, provocaría su disminución de valor.

c) Acceso a financiación hipotecaria desde buen inicio en la parte en propiedad. Además, es diferente endeudarse por el 10% de 300.000 euros que por el total de esta cuantía de una sola vez: sólo si demuestra ser capaz de devolver en tiempo y forma los 30.000 euros, se le concederán otros tantos por el siguiente porcentaje de adquisición de la vivienda.

d) Dado que es el inquilino/propietario el que va decidiendo cuándo y cuánto (es posible que haya un plan pactado con el arrendador) va adquiriendo en propiedad de la vivienda y tiene el resto en arrendamiento, puede adaptarse a sus necesidades de movilidad geográfica: puede desprenderse del dominio con más facilidad por la mayor facilidad del comprador de encontrar financiación para un porcentaje de la casa que por el total de ésta y, en cuanto al arrendamiento, puede rescindirlo.

e) Mayor asequibilidad de la vivienda. La parte que paga en arrendamiento suele estar subvencionado en el modelo inglés y, en cualquier caso, es más asequible que el dominio.

f) Dado el menor endeudamiento en la deuda hipotecaria, puede disponer de más renta para otras necesidades vitales.

g) Esta institución quedaría reforzada en nuestro derecho con una regulación general de los patrimonios fiduciarios o trust. Cataluña tuvo un Borrador de Anteproyecto de Ley sobre patrimonios fiduciarios en 2006.

Lejos de ser una configuración utópica, está plenamente en funcionamiento tanto en Inglaterra como en Irlanda. En ambas jurisdicciones se cuenta con la colaboración de las *housing associations*, entidad semi-pública especializada en vivienda social.

La Tabla 3 desarrolla las características esenciales de la *share ownership* inglesa comparada con la solución en nuestro sistema que más se le puede aproximar: el arrendamiento con opción de compra. A pesar de las semejanzas, la *share ownership* aporta menos incertidumbres y más ventajas que éste: en la primera, el inquilino es propietario desde un primer momento; puede conseguir financiación desde un inicio

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

TABLA 3
COMPARATIVA SHARED OWNERSHIP VS ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA

	Esquema de la <i>shared ownership</i> (UK)	Contrato de arrendamiento con opción de compra
Naturaleza jurídica	Un inmueble es tenido en propiedad y en largo alquiler (en UK, 99 años) a la vez.	El inmueble se pone en régimen de alquiler y se puede, de forma unilateral, llegar a adquirir la propiedad en las condiciones prefijadas.
Ventajas	Pueden irse comprando partes de la vivienda. Financiación desde un principio (ej. hipoteca de máximo; hipoteca recargable). En nuestro sistema se permitiría una financiación con garantía en la opción de compra y también en la parte del inmueble que es de su dominio (de manera que parte de las mensualidades, al menos las que se satisfacen como deudor hipotecario, podrán estar financiadas). El tenedor del inmueble puede comportarse como un propietario desde un principio.	Se puede ir usando la vivienda —aunque no se sea propietario— en régimen de alquiler. Financiación: puede hipotecarse el derecho de opción de compra, de manera que lo que se financia es la adquisición de la vivienda, pero no las rentas satisfechas hasta ese momento. Lo satisfecho como renta pasa a computarse como pago a cuenta del precio.
Inconvenientes	Es mejor que el propietario original sea una entidad pública (en UK, una <i>housing association</i>). De este modo se asegura la cooperación propietario-inquilino y el precio del arrendamiento puede ser social.	Normalmente no se precisará financiación desde el principio y sólo al ejercitarse la opción (aunque en ese momento debe satisfacerse el total de una sola vez), en plazo, que no puede superar 10 años aunque es prorrogable (art. 568-8 CCC). Conveniencia de establecer cláusulas estabilizadoras que eviten la <i>rebus sic stantibus</i> .
Derechos del inquilino/ propietario	No se le aplican las reglas del condominio (antieconómico), sino que usa él (arrendatario) la casa en exclusiva, puede alterar la cosa (siempre que no desmerezca la vivienda o la ponga en peligro), puede realizar reparaciones, puede vender la parte de la casa que tiene en propiedad (aunque la <i>housing association</i> puede señalar quién tiene preferencia).	No hay diferencia con el arrendamiento ordinario, aplicándose la LAU durante su vigencia. Tiene el uso en exclusiva de la vivienda. Derechos limitados respecto a las obras y alteración de la cosa, rigiendo las reglas comunes respecto a la conservación y reparaciones, aunque con libertad de pacto.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

TABLA 3 (*Cont.*)

	Esquema de la <i>shared ownership</i> (UK)	Contrato de arrendamiento con opción de compra
Deberes del inquilino/ propietario	<p>Pago de gastos ordinarios. No los de la estructura del edificio o los extraordinarios.</p> <p>Debe pagar la cuota de amortización hipotecaria por la parte que tiene en propiedad más un alquiler (social o subvencionado) por el resto.</p> <p>En caso de impago de la hipoteca, se le ejecutará la parte en propiedad.</p>	<p>Satisface sólo los gastos relacionados con el consumo (luz, agua, etc.).</p> <p>Debe pagar, durante su vigencia sólo la renta con las repercusiones previstas en la LAU.</p> <p>El precio final de la venta será el fijado para el ejercicio de la opción, más las rentas previstas durante la vigencia del arriendo.</p> <p>El incumplimiento por el arrendatario dará lugar a la resolución y desahucio previsto en la LAU.</p> <p>De no ejercitarse la opción al final del término contractual previsto se daría por resuelto por cumplimiento del plazo, salvo pacto en contrario.</p>
Cuestión fiscal	Está por ver cómo sería en nuestro derecho. Pero está claro que una parte de los pagos se hace a título de préstamo hipotecario y el resto a título de alquiler.	Liquidarían por IVA (1%, ahora en revisión) y tomarían como base todo el contrato (rentas más precio final). Es parecido a una transmisión ordinaria. También lo es la satisfacción del AJD, que queda trasladado al momento del ejercicio de la opción de compra.
Riesgo de no acabar siendo propietario	<p>El acceso progresivo al dominio es un derecho del inquilino/propietario.</p> <p>En cualquier caso, si se ejecutase la parte de la casa de la que él no es propietario (por problemas con el otro propietario), en nada le afectaría. Deberían valorarse derechos de tanteo y retracto y la propiedad compartida debería respetarse por el nuevo adquirente de la parte aún no comprada.</p>	Dado que el alquiler con opción de compra sería en esta supuesto posterior a la hipoteca-promotor (salvo cuando exista posposición de rango) si el promotor la impaga, el banco podría ejecutar la garantía, con riesgo de que la vivienda quede en manos de un tercero. No obstante, el arrendatario tiene el derecho de retracto en la subasta. En cualquier caso queda purgado el derecho de opción.

Fuente: Elaboración propia.

y no necesariamente por el total de una sola vez (sobreendeudamiento); mayor autonomía sobre la vivienda desde un inicio que con la LAU; y no debe tomar la decisión de comprar en poco tiempo (unos 3 años en la práctica), en un tiempo determinado

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

(la STS 28-4-2000²⁰¹ establece el plazo como un requisito para el arrendamiento con opción de compra; ver también el art. 14 RH) y en una sola vez; puede disponer de la parte en propiedad desde el inicio; no existe riesgo de que el arrendamiento siempre irá en el Registro por detrás de la hipoteca promotor ni tampoco que la opción se inscriba con posterioridad a ésta, quedando purgada en caso de que dicha hipoteca promotor se ejecute, como sí sucede con el arrendamiento con opción de compra; otros riesgos de éste son que el propietario entre en concurso o venda el inmueble a un tercero hipotecario de buena fe, a pesar de que se comprometió a no vender, si el derecho de opción no se inscribió en el Registro.

En cualquier caso, tanto el ordenamiento jurídico común como el catalán²⁰² tienen la «infraestructura jurídica» para poder implementar la «propiedad compartida», dado que, o bien puede estructurarse a través de una combinación de derechos reales y de arrendamientos, o bien se puede establecer sobre la base del modelo francés de sociedad de carácter social (SCI *àvocation sociale*)²⁰³. De hecho, en el Decreto catalán 13/2010, de 2 de febrero, del Plan para el derecho a la vivienda de 2009-2012²⁰⁴, concretamente en sus arts. 2.1 a), 21, 22 y 32, se prevé la posibilidad de que se adquieran o rehabiliten o se promuevan viviendas de protección oficial en régimen de copropiedad entre la Generalitat y ciertos particulares (los que tengan unos determinados ingresos máximos, fijados en el art. 7.1 a), b) y c D 13/2010), aunque su regulación y alcance es más limitado que la *shared ownership* que aquí se propone. Así, no se determina por qué normativa se regula la copropiedad que surge a raíz de la adquisición por el particular y por la Generalitat y si tiene sus mismos límites de disposición, gestión ordinaria y extraordinaria, qué derechos y obligaciones tiene la Generalitat sobre el condominio, en calidad de qué el propietario privado ocupa la parte que no es suya, etc. Simplemente aporta unos aspectos parciales que alteran el normal funcionamiento del derecho civil, como una nueva regla de tanteo (si el particular quiere vender su parte, la Generalitat tiene un derecho de adquisición preferente; pero si no lo ejerce, para poder vender, el particular deberá primero adquirir la parte de la Generalitat), que es el propietario privado el que asume todos los gastos fiscales de compra y de todos los gastos de mantenimiento y uso de la vivienda y que, en caso de defunción del copropietario privado, se extingue el condominio, a

²⁰¹ RJ 2000\2677.

²⁰² Cataluña tiene desde 2006 su propia regulación de los derechos reales y se prevé que en el Libro VI exista una normativa propia sobre arrendamientos [MARTÍN CASALS, Miquel, *L'elaboració del Codi Civil de Catalunya i, en particular del Llibre VI, en el marc de l'Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya*, XVI Jornades de Dret Català a Tossa, 23-9-2010, p. 9, lo sitúa en el Capítulo 3 (art. 633)].

²⁰³ Sobre esta segunda opción, nos remitimos al trabajo de Jane Ball en este libro.

²⁰⁴ DOGC 11-2-2010, núm. 5565, p. 9379.

pesar de que luego (art. 22.5) se contradice y le da a los herederos la posibilidad de «suceder al causante en las obligaciones derivadas de la copropiedad». A parte de esta insuficiente y fraccionaria regulación, la mayor limitación a esta propiedad compartida se encuentra en el art. 32.3 Decreto 13/2010, el cual limita la propiedad por parte de la Generalitat (en concreto la empresa pública de Administración, Promoción y Gestión, S.A., ADIGSA) a un 10% del precio de venta de la vivienda, sin que pueda conseguirse la progresión en la adquisición, que es característica de la *shared ownership*.

3.3. El desmembramiento del dominio. El *leasehold* vs el censo enfitéutico

La multisecular institución inglesa del *leasehold* (regulada en la s. 1 *Law of Property Act 1925*) o arrendamiento real de larga duración permite tener el dominio pleno de una finca por un tiempo determinado.

Al igual que sucede con el equivalente en *common law* de nuestra propiedad (art. 541-1 CCC), el *freedom* (ambos son *estates on land*, junto al *commonhold*), el *leasehold* puede ser hipotecado y abrir folio en el Registro de la Propiedad. Es un dominio por cierto plazo. Las ventajas de ello para el arrendatario son, esencialmente tres: posibilidad de financiación, auténtico dominio —estabilidad— durante larga duración (50 años, 100 años, etc.) y flexibilidad de acceso a la vivienda dada la variedad de precios debida a la gran variedad de duraciones. Así, no cuesta lo mismo un piso para siempre que por 30 años, por 50 años o por 70 años, que es posiblemente el tiempo por el que se va a necesitar/utilizar. En consecuencia pueden tener un importante impacto en los centros de grandes ciudades con vivienda actualmente a precios prohibitivos: el mercado de vivienda se fracciona de tal manera que siempre existe una vivienda al precio y las necesidades de inquilinos que, a la práctica, tendrán la seguridad de un propietario. Para el titular de la finca la ventaja es, esencialmente, el cobro de una cantidad en un inicio y/o la duración del *leasehold*, normalmente pueden mantener cierto control sobre la finca y tiene la vocación de recuperarla por consolidación cuando expira ese derecho (ej. él no lo necesita pero pretende que la finca vuelva para sus herederos).

Por lo descrito, puede entenderse que el *leasehold* guarda semblanzas con el censo enfitéutico (art. 565-14 CCC), pero tiene respecto a éste determinadas ventajas que lo hacen más adecuado para la promoción del acceso a la vivienda que, igual que sucedía con las SOCIMI y otros fondos para-fiduciarios o con la *shared ownership*, quedaría optimizada con la regulación de los patrimonios fiduciarios (*trust*). En la Tabla 4 se

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

TABLA 4
COMPARATIVA LEASEHOLD VS CENSO ENFÍTÉUTICO EN CATALUÑA Y EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

Leasehold	Censo enfítéutico en el CC y en el CCC	Censo reservativo (arts. 1607 y ss CC) y censo vitalicio (art. 565-29 CCC)	Consecuencias
<p><i>Estate on land</i>: naturaleza arrendaticia y a la vez para-dominical. <i>Freeholder</i> y <i>leaseholder</i> son titulares legales del inmueble.</p> <p>Naturaleza jurídica</p>	<p>Transmisión del dominio útil en el CC, quedando el dominio dividido.</p> <p>Mientras que en la regulación del art. 565-14 CCC, se transmite el dominio pleno de la finca. En ambos tiene duración perpetua, ostentando en contrapartida el censatario la posibilidad de redención, previo pago de la suma convenida.</p>	<p>En ambos se transmite el dominio pleno, contra reserva del derecho a percibir una pensión a pagar por censatario, respondiendo el inmueble. Puede ser perpetua o indefinida en el caso del reservativo y temporal en el vitalicio. Pero con derecho de redención, en ambos casos, precisándose en el vitalicio pacto expreso que lo establezca.</p>	<p>Las diferencias en los censos no tienen trascendencia práctica alguna, manteniéndose sus caracteres de transmisibilidad, indivisibilidad y prescriptibilidad, que les son comunes.</p> <p>Son inscribibles todos ellos en el Registro de la Propiedad (como derechos reales en escritura pública; art. 69 RH, en relación al 7.2 y 8.1 de la LH; y art. 565-7 del CCC).</p> <p>El <i>leaseholder</i> abre folio real. El <i>freeholder</i> no pierde su titularidad dominical, lo que contrasta con la enfeusis catalana (art. 563-3 a) CCC).</p> <p>En tanto que derechos reales, inscribibles, y enajenables los censos son hipotecables (art. 106.2 LH), lo que facilita el acceso a su financiación.</p> <p>La hipotecabilidad del leasehold da opción a financiación → hipotecar un inmueble gravado anteriormente con enfeusis puede ser difícil y es difícil que se conceda un censo a largo plazo como precio de c-v del inmueble.</p>
		<ul style="list-style-type: none"> – Tanto censualista como <i>leaseholder</i> pueden transmitir sus respectivos derechos, con la carga real del censo, ostentando ambos, si así se recogió en el título, los derechos respectivos de tanteo y retracto (art. 1636 CC y art. 565-23.1 CCC). – El censualista tendrá derecho a percibir un laudemio sobre el precio de venta (no superior al 10% en Cataluña), y el censatario podrá redimir el censo, con el pago previamente estipulado 	

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

TABLA 4 (Cont.)

<i>Leasehold</i>	<i>Censo enfitéutico en el CC y en el CCC</i>	<i>Censo reservativo (arts. 1607 y ss CC) y censo vitalicio (art. 565-29 CCC)</i>	<i>Consecuencias</i>
Duración	Son arrendamientos con duración variable, desde pocos años (menos de 7 es improbable que pueda hipotecarse) hasta decenas o centenares de años.	De duración perpetua o indefinida, paliado por el derecho de redención.	El <i>leasehold</i> da mucha flexibilidad de precios de inmuebles y de personas interesadas, porque las duraciones pueden variar. No así el censo.
Utilidad en la organización inmueble	Los edificios con diversas unidades se organizan normalmente en leaseholds, quedando el freehold de todo el edificio para una sociedad que se encarga del mantenimiento y zonas comunes y en la que pueden ser socios los leaseholders.	Aunque no esté concebido el censo como una distribución organizacional sino como una carga real (art. 565-1 CCC), aunque traslativa del dominio (pleno en la en la regulación del CCC y dividido en el CC, siendo esta diferencia más conceptual que práctica) será el censatario quien ostente los derechos de propiedad, como por ejemplo en la comunidad de propietarios (como se desprende del art. 1607 CC y del art. 565-1 CCC).	La importante utilización del <i>leasehold</i> prueba que los leaseholders se ven a sí mismos como propietarios (factor psicológico). Salvo en el caso del censo enfitéutico regulado en el CC, en que se divide el dominio, en las demás figuras se transmite el dominio pleno, con la carga real del pago de la pensión, por lo que puede y debe actuar el censatario como propietario.

Fuente: Elaboración propia y completada con el artículo NASARRE AZNAR, Sergio, y FERRÁNDIZ GABRIEL, Carlos, *Métodos alternativos de acceso a la vivienda en derecho privado y su financiación, «Iuris»*, 2011, en prensa.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

resume la comparativa entre ambas instituciones. En cuanto al censo enfitéutico, se analiza tanto en derecho civil catalán como en derecho civil común, dado que guardan sustanciales diferencias, y también en relación con otros tipos de censo.

3.4. Reformulación de los derechos de uso y habitación

Entrando ya en derechos existentes, entendemos que es necesaria una reconfiguración de los derechos reales de uso y de habitación (arts. 562-1 y ss. CCC) que, aunque su regulación en el CCC ha supuesto un avance en relación a su regulación y función en el CC, no lo ha sido de manera suficiente para que se conviertan en auténticas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda.

Así, mientras uso y habitación en el CC no admiten ser hipotecados (art. 108.3 LH) ni, por lo tanto, obtener financiación adecuada, en el CCC sí se permite pero no libremente (Art. 562-4.1 CCC). Todo ello porque sigue primando su función alimentista, con carácter más o menos personal e indisponible. Dicha función esencialmente alimentista o asistencial crea demasiadas barreras e incertidumbres al habitacionista/usuario e, incluso, al propietario para que pueda considerarse como una vía alternativa real de acceso al a vivienda: que se presuman vitalicios, que se extienda a todo aquello necesario para cubrir las necesidades del usuario, restricciones al gravamen y a la enajenación, tradición de gratuidad, su derecho puede ser purgado por hipoteca anterior del propietario que sea ejecutada, etc.

No debería haber inconveniente, de *lege ferenda*, en dejar a las partes que pactasen el carácter personal o no de dichos derechos reales (es decir, si se constituyen intuito personae o no); pactada esta segunda opción, debería existir la posibilidad de financiar la adquisición del derecho de manos del propietario o de su anterior titular y, en este último caso, poder pactar que el propietario del inmueble se reservase un tanteo y retracto en caso de ejecución hipotecaria del derecho real o en caso de su venta, para poder consolidar así el dominio. En esta misma línea, debería poder concretarse la duración de los derechos con un término, aclarar que pueden ser onerosos y dejar a usuarios y/o a habitacionistas tanteo y retracto en caso de venta o venta forzosa de la casa.

Con ello, se añadiría seguridad y certeza a una situación que de facto existe en la actualidad: el subarriendo, más o menos legal o transparente, de habitaciones dentro de una misma vivienda. En su lugar, se les podría dar un derecho de uso o de habitación configurados como derechos reales, enajenables (con posibles tanteos y retractos a favor del propietario de la vivienda) e hipotecables (financiables), siempre sin poder amparar situaciones de infravivienda.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

La Tabla 5 resume la regulación en el Libro 5.º CCC desde 2006 de los derechos de uso y de habitación con referencias a su regulación en el CC²⁰⁵, junto a propuestas alternativas para optimizar su regulación para convertirlos en derechos que realmente supongan una alternativa al acceso a la vivienda.

TABLA 5
LA REGULACIÓN EN EL CCC DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN
Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

	Límites del uso y/o habitación (CCC)	Propuesta alternativa	Conclusión
Duración	Se presumen vitalicios a favor de una persona física (art. 562-2 CCC).	<ul style="list-style-type: none"> – No obstante, si se admite su enajenación y gravamen, se recomienda concretar la duración. – Deben despojarse de su carácter alimenticio. 	De esta forma no se puede causar perjuicio al propietario si el nuevo titular «vive más» que el antiguo.
Contenido del derecho de uso	<ul style="list-style-type: none"> – Según el título de constitución y, si no, de manera suficiente para atender sus necesidades y de sus convivientes (art. 562-6 CCC). – El uso de la vivienda se extiende a la totalidad de ésta y comprende el de las dependencias y los derechos anejos. 	<ul style="list-style-type: none"> – No obstante, si se admite su enajenación y gravamen, se recomienda concretar el uso. – Dado que se admiten usos distintos del de vivienda, debería concretarse éste o simplemente aceptar el de habitación. – Debería aceptarse pacto en contrario sobre la extensión del uso de la vivienda. 	<ul style="list-style-type: none"> – De esta forma no se puede causar perjuicio al propietario si el nuevo titular tiene más necesidades. – Dado que nos centramos en la promoción de la vivienda, quizás el más adecuado es el derecho de habitación. – Contenido del derecho de habitación.
Contenido del derecho de habitación	Derecho a ocupar determinados dependencias y anejos de una vivienda. Si no lo están los necesarios para las necesidades de vivienda de los titulares y sus convivientes (art. 562-9 CCC).	No obstante, si se admite su enajenación y gravamen, se recomienda concretar el uso.	Dado que debería admitirse tanto la posibilidad de ocupar toda una vivienda en exclusiva o sólo partes de la misma, lo más práctico sería reformar solamente el de habitación, admitiendo ambos usos

²⁰⁵ Ver, para más detalles, el trabajo de Héctor Simón en este libro.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

TABLA 5 (Cont.)

	Límites del uso y/o habitación (CCC)	Propuesta alternativa	Conclusión
Disponibilidad de los derechos	Usuarios y habitacionistas pueden gravar o enajenar su derecho, siempre que tengan el consentimiento del propietario (art. 562-4.1 CCC).	<ul style="list-style-type: none"> – Este precepto supone un avance respecto al CC que lo prohíbe. – Para la promoción de estos derechos como instrumentos de fomento de la vivienda, deberían poderse hipotecar. Sin hipoteca no puede haber financiación para su adquisición. 	<p>Debe tenerse en cuenta que:</p> <ul style="list-style-type: none"> – En el CCC no son ya tan <i>intuito personae</i> como en el CC, dado que puede fijarse duración y extensión geográfica y del derecho (no necesariamente «en la medida que lo necesite») en el título constitutivo. – En el CCC se da el mecanismo ex ante de que el propietario pueda evitar que un extraño se subrogue en los derechos. – Lo que proponemos es un mecanismo ex post, estílo usufructo: tanteo y retrato legales. – Con ello se consigue: estabilidad para habitacionista, cuidado de la vivienda, variación de precios también dependiendo del tiempo de la tenencia del uso (hasta 99 años).
Respeto a los derechos	<p>La ejecución de una hipoteca sobre la vivienda, comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares han consentido (art. 562.4.2 CCC).</p> <p>Extinción por mal uso (art. 562-5 y SAP Barcelona 26-1-2001, JUR 2001\145932).</p>	<p>Los derechos de uso y habitación deberían comportarse, a efectos registrales, como el resto de derechos reales: es decir, deben respetarse si preceden a la hipoteca en cualquier caso.</p> <p>El mal uso como causa de resolución debería pactarse y debería limitarse a un claro incumplimiento contractual o menoscabo del inmueble para que pudiese servir como vivienda.</p>	<p>Es necesaria una aclaración en este punto para asegurar la posición de usuarios y habitacionistas.</p> <p>Sobre el abuso, no puede ser mientras se use con finalidad de vivienda y no se incumplen condiciones contractuales.</p>

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

TABLA 5 (*Cont.*)

	Límites del uso y/o habitación (CCC)	Propuesta alternativa	Conclusión
Gastos	El habitacionista debe satisfacer los gastos de la vivienda que sean individualizables y los de las instalaciones que realice (art. 562-11 CCC).	Esto debería ser regla para el habitacionista, es decir, el cálculo de los gastos proporcionales o con contador, etc.	El criterio de delimitación de gastos debería ser elemento esencial del contrato de habitación, sea el criterio que sea. El CCC nada dice sobre quién debe pechar con las reparaciones.
Contra-prestación	El CCC no hace referencia a la gratuitud del art. 527.2 CC (ver SAP Madrid 22-2-1999, AC 1999\3600), separándose de su configuración alimenticia.	La gratuitud no puede ser un elemento esencial de estos negocios. Debería ser libremente pactable, sin que ello desnaturalizase la institución.	Así el propietario puede sacar un rendimiento del gravamen.

Fuente: Elaboración propia.

3.5. Recalificación jurisprudencial de ciertas relaciones obligacionales relacionadas con la vivienda

A nivel jurisprudencial, debe llamarse la atención hacia la tendencia jurisprudencial de ir perfilando los derechos que sobre una vivienda dan las diversas situaciones o títulos.

Así ha sucedido con la evolución del precario al comodato en las relaciones familiares y de amistad (STS 30-11-1964 y 2-12-1992²⁰⁶), con influencia directa en las causas de revocación: en el ámbito familiar ha quedado establecido que siempre existe un motivo para atribuir el uso de una vivienda y que el poseedor (comodatario) deberá ser respetado en ese uso (a no ser que incurra en el supuesto del art. 1749 CC, de urgente necesidad) mientras dicho motivo persista, pasándose luego a poseer en precario. Aplicaciones prácticas de esta doctrina se han visto:

a) En el ámbito de crisis matrimonial, como en la STS 30-10-2008²⁰⁷. Así, si se ha dejado el uso de una vivienda a un hijo y a su pareja mientras estén casados y el

²⁰⁶ RJ 1992\10250.

²⁰⁷ RJ 2008\6924. Aquí el TS decidió pasar del comodato al precario por la acción ejercitada por los propietarios.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

uso de la misma es atribuido a ella por sentencia de divorcio, ella pasará a estar en precario, de manera que podrá ser desahuciada sin motivo, en tanto que, primero, la sentencia no puede dar más de lo que ya tenía y, segundo, el motivo para dar el comodato —ayudar al hijo en el sustento de la familia— ha desaparecido;

b) En las relaciones paternofiliales, como en la SAP Tarragona 21-7-2008²⁰⁸, donde una madre iba a ser desahuciada por precario por su hija a la que previamente la madre le había donado la vivienda en cuestión. No se trataba de un simple precario, sino que era un comodato que debía respetarse mientras la madre viviese, pues ésa fue su voluntad cuando donó.

El Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor también han provocado una evolución desde el precario al arrendamiento, como en las SSTS 30-10-1986²⁰⁹, 31-1-1995, SAP Granada 14-12-1992 y SAP Vizcaya 16-6-2000²¹⁰. Dos son los supuestos de conversión del precario en arrendamiento:

- a) Si hay pago renta (no pago de simples gastos) por cuenta propia y a título de alquiler, hay arrendamiento. Independientemente de lo que originó la posesión del inmueble (ej. un precario con mera tolerancia), si hay renta en las condiciones descritas, hay arrendamiento, lo que da más seguridad y certeza al poseedor.
- b) Si el precario es de larga duración y no hay relación de amistad o de parentesco que justifique tal situación, se presume onerosa, debiendo probar el propietario que no recibía pago por ello si pretende que se mantenga la calificación de precario y que no se convierta en arrendamiento.

²⁰⁸ JUR 2008V353556.

²⁰⁹ RJ 1986/6017. El Tribunal se expresa del siguiente modo: «ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho»; el hecho de pagar merced que excluya la condición de precaria no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, «siendo acatada la entrega» en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación Sentencia de 10 de enero de 1964 (RJ 1964\121).»

²¹⁰ AC 2000/3353. El Tribunal señala que: «si bien en principio la propiedad se presume libre mientras no se acredite otra limitación, la doctrina ha perfilado una presunción de onerosidad contraria al precario cuando la ocupación de la finca se prolongue en el tiempo y no existan lazos afectivos de parentesco, amistad o agradecimiento determinantes de la liberalidad del precario».

3.6. El contrato de masovería urbana

Contrato típico previsto en los arts. 3.k, 42 y 74 Ley catalana 18/2007, pretende ser una adaptación al mundo urbano del tradicional contrato catalán de masovería rústica, regulado actualmente en el art. 39 Ley 1/2008, de 20 de febrero²¹¹. Su contenido y funcionamiento vienen previstos en la Disposición Adicional 5.^a PPTSV 2010.

Consiste en la cesión del uso de la vivienda por parte del propietario a cambio de que el «masover» se obligue a rehabilitarla y mantenerla.

Para este contrato es posible que existiese cierta necesidad social, dada la presión que, especialmente en época de crisis económica, escasez de préstamo y mucha vivienda vacía, puede ejercer el fenómeno «okupa» o squatter; y también para clarificar la situación de aquéllos usuarios de vivienda ajena que pagan al propietario «en especie», es decir mediante la rehabilitación y mantenimiento de la vivienda. Así sucedió, por ejemplo, en la SAP Tarragona 28-2-2007²¹², en la que se admitió una prórroga forzosa indefinida porque la baja renta que pagaba el inquilino la complementaba con grandes reformas.

Según el Proyecto de Decreto mencionado se busca una asimilación con el alquiler y el alquiler social, también a efectos de subvenciones y garantías públicas. (ej. proyectos de la Generalitat de «aval-vivienda», ayudas a la rehabilitación, etc.). Así, existe una remisión a la LAU para configurar el régimen jurídico del masover (al que busca equiparar con el inquilino) aunque con especialidades. La vivienda, no obstante, debe ser destinada a vivienda habitual y permanente, sin que puedan caber otras actividades. Otras especialidades son que: la masovería puede cederse, aunque el propietario tiene tanteo para recuperar su uso; si no se le comunica, tiene derecho a resolver; la vivienda no se puede alquilar ni ceder en uso a un tercero; y si el masover cambia de residencia —excepto en casos de crisis matrimonial— el propietario podrá resolver, sin indemnización alguna; y es obligatorio estipular en el contrato la renuncia a los beneficios y derechos especiales de la LAU.

Tales actuaciones del masover tienen que tener la entidad suficiente para que la vivienda llegue a tener las condiciones mínimas de habitabilidad. En este sentido, las

²¹¹ DOGC núm. 5082, 3-3-2008, pp. 16654-16668. Dicho precepto, en su apartado 3.^º preceptúa que: «El masover o masovera està obligat a explotar i conrear la finca o explotació agrària segons ús i costum de bon pagès i portar a terme les altres activitats que li hagi encomanat el propietari o propietària, d'acord amb la naturalesa del contracte».

²¹² JUR 2007\126035.

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

partes también se comprometen a redactar un proyecto que reúna dicha condición y el precio de las obras.

La duración del derecho a usar la vivienda coincidirá con el plazo necesario para amortizar el valor de las obras que ha llevado a cabo el masover, y empezará a contar desde que se firme el acta de final de obra, siendo el propietario quien la recepción.

Si las obras tardan más de 60 días en iniciarse, el propietario está legitimado para resolver. No se puede modificar unilateralmente el proyecto. Sólo si hay modificaciones sobrevenidas imprescindibles se podrán imponer a la otra parte, siempre que no superen el 20% del precio del proyecto. En caso de que supere, y si no hay acuerdo, cualquiera quedará legitimado para resolver, quedando lo construido para el propietario, abonando éste lo realizado, más, en su caso, daños y perjuicios.

Esta regulación prevista, no obstante, plantea una serie de interrogantes:

- ¿Podría combinarse con un alquiler tradicional de manera que el inquilino pudiese pagar parte en dinero y parte en especie? ¿Dependería entonces del porcentaje que representa uno y otro modo de pago para calificar el tipo de contrato?²¹³.
- ¿Gozará el masover de las mismas ventajas que el inquilino de la LAU, ej. prórrogas forzosas, tácita reconducción?
- ¿Qué es el derecho de uso y qué alcance legal tiene en base al Código Civil de Cataluña?
- ¿Se le podrá desahuciar por el procedimiento especial de la LEC (desahucio exprés)?²¹⁴. En cualquier caso, la posesión podrá recuperarla el propietario vía el proceso verbal del art. 250.1.1 LEC.
- ¿Será conveniente para las partes el hecho de que el masover no pueda ocupar la vivienda mientras duren las obras —¿dónde vivirá?— y que empiece a vivir cuando estén finalizadas —cuando el propietario querría incluso alquilarla o vivir él—. ¿Cuánto tiempo durará realmente la desposesión del propietario? (obras + uso del masover).
- ¿Puede haber alguna otra causa de resolución, ej. si el propietario encuentra vicios en la construcción y hace responder por ello al masover en calidad de constructor o de promotor?

²¹³ Al estilo de la determinación entre compra-venta y permuta del art. 1446 CC.

²¹⁴ Sobre el nuevo proceso arrendaticio nos remitimos al trabajo de Federico Adán en este libro.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

— A parte de las subvenciones y garantías públicas, ¿cómo podrá financiarse el masover para llevar a cabo las obras de rehabilitación?

4. CONCLUSIONES

1. La actual situación de la vivienda en España no responde a los requerimientos del art. 47 CE ni a los mandatos del art. 6 Tratado de Lisboa 2007 en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales de la Carta de Niza 2000 (v. 2007). El dominio ha conllevado sobreendeudamiento y ejecuciones generalizadas a las familias y el alquiler sigue siendo escaso, inseguro e inaccesible de manera generalizada.

2. La Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario: a) no prevé mecanismos para la situación actual de crisis económica y financiera, sino que, al contrario, potencia la vinculación del deudor hipotecario con una sola entidad de crédito y la despatrimonialización del mismo una vez ha finalizado con el pago de la hipoteca a través de la insuficientemente regulada hipoteca inversa. b) Tampoco solventa prácticas bancarias y otros negocios hipotecarios abusivos, como las cláusulas hipotecarias perjudiciales para los consumidores: suelo, prohibición de venta de finca hipotecada, créditos hipotecarios complejos y productos bancarios arriesgados, que la jurisprudencia va anulando paulatinamente (ej. STS 16-12-2009). c) No aporta transparencia al mercado hipotecario: no se regula la responsabilidad civil de las agencias de calificación, ni tampoco un procedimiento de subasta tras ejecución hipotecaria más abierto y transparente, ni se da mayor credibilidad y fortaleza jurídica a los valores hipotecarios refinanciadores; y las medidas que sí adopta, llegan tarde, como el nuevo régimen de las sociedades tasadoras. El legislador debería, en este momento, aclarar la conveniencia y posibilidad de la dación en pago como modo de satisfacción de los créditos hipotecarios, la posibilidad de articularlo a través del art. 140 LH y la adecuación de la adjudicación a y por la entidad de crédito vía art. 671 LEC. Las políticas públicas de ayuda a los deudores hipotecarios están dando, de momento, resultados limitados.

3. En cuanto a la generalización y vertebración del mercado de alquiler, España se encuentra muy por debajo de la media europea y, dadas las políticas públicas de vivienda llevadas a cabo hasta el momento, tanto en el ámbito de la vivienda privada como en el de la vivienda social, incluyendo la nueva regulación de las SOCIMI en 2009, no parece que el mercado de vivienda en alquiler pueda verse a corto-medio plazo como una alternativa real al mercado de la vivienda en propiedad, que continuará presionado. Una manera de dar seguridad jurídica a los fondos inmobiliarios

LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE ACCESO A LA VIVIENDA...

beneficiados fiscalmente son los patrimonios fiduciarios, cuya prevista regulación en Cataluña quedó lamentablemente parada en 2006.

4. España, tiene mucha vivienda vacía y cerrada, fuera del mercado, a pesar de la ingente necesidad de habitación dadas las crecientes ejecuciones hipotecarias y desahucios por impago de alquileres, lo que evidencia, de nuevo, el fracaso de la normativa de alquileres (de vivienda social y privada).

5. Dado el escaso resultado desde el ámbito público, el derecho privado debe coadyuvar a las intervenciones e iniciativa pública para facilitar el acceso a la vivienda, proponiendo instituciones flexibilizadoras que amplíen los modos de tenencia de acceso a una vivienda, puesto que de lo contrario, no es descartable, dada la actual coyuntura y la influencia europea con el DCFR 2009, una intervención directa del derecho constitucional. Para ello, hay instituciones clave en el derecho inmobiliario que deben reformularse como la duración indefinida del dominio (en tanto que derecho absoluto) o la naturaleza jurídica de los derechos de uso y habitación y la imposibilidad de su financiación. Por su parte, la jurisprudencia ha visto la necesidad de recalificar algunos negocios jurídicos (precarios a comodatos o a arrendamientos) en aras a la protección del más necesitado de vivienda. De nuevo, los patrimonios fiduciarios podrían dar mayor certeza a estas figuras.

6. Figuras de derecho comparado provenientes del common law con probada eficacia como los *leaseholds* y las *shared-ownership* ayudarían a flexibilizar el mercado de vivienda aumentando las alternativas de acceso para los necesitados. El legislador civilista tiene la posibilidad de incorporarlas. Ambas figuras conjugan las ventajas del dominio (seguridad, completitud y acceso a financiación) y el alquiler (movilidad geográfica, mayor asequibilidad y más renta libre disponible), de manera que su introducción en nuestro derecho civil puede conllevar una mayor diversificación y accesibilidad de la oferta de vivienda, facilitando así su acceso. Los «equivalentes» en nuestro derecho a ambas figuras, el censo enfitéutico y el arrendamiento con opción de compra, respectivamente, no alcanzan el grado de eficacia y flexibilidad para poder ser realmente dinamizadores del mercado de vivienda. Su regulación deberá venir acompañada de un adecuado tratamiento tributario²¹⁵ y procesal.

7. La Ley de vivienda catalana 18/2007 prevé dos mecanismos adaptados a la situación actual y al contexto de vivienda urbana: por un lado, la expropiación forzosa del usufructo por infrautilización de una vivienda; por otro, la masovería urbana,

²¹⁵ Ver en relación al tratamiento tributario del dominio, del alquiler y el de algunas figuras intermedias aquí propuestas el trabajo de Estela Rivas en este libro.

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN UN CONTEXTO DE CRISIS

como alternativa a las situaciones de «okupación», al tiempo que puede dar salida a inmuebles no habitables. No obstante, en cuanto a la primera, persiste, dado que staba en fase de proyecto el PTSV 2010 y, con él, el modo en que se debe llevar a cabo a través de las zonas de fuerte y acreditada demanda de vivienda y su eficacia real como mecanismo facilitador de acceso a la vivienda. Y, en cuanto a la segunda, su proyectada regulación debería aún perfeccionarse. El tratamiento fiscal de éstas y del resto de figuras estudiadas debe ser estudiado en profundidad, así como su tratamiento procesal.