

# O acceso á propiedade ou a outras formas de gozo da vivenda protexida: que problemas se presentan na práctica e que solucións poderían ser factibles



**&** *Resumo/Abstract: O presente artigo é, en boa medida, a transcripción das ideas que expuxen na Universitat de Barcelona sobre a mesma materia e baixo o mesmo título. O obxectivo fundamental é, desde unha óptica contractual, identificar os principais problemas que na práctica presenta a vivenda protexida e as solucións que se poderían poñer en práctica. Como conclusión creo que se debe destacar, a grandes trazos, a necesidade de fomentar unha nova lexislación que contemple claramente a vivenda como un dereito subxectivo, é dicir, non confundir política de vivenda con política financeira de acceso á vivenda, aínda que poidan interferirse.&*

**&** *Palabras clave: vivenda protexida, dereito á vivenda, política de vivenda*



## 1. INTRODUCCIÓN

O presente artigo é, en boa medida, a transcrición por escrito das ideas que expuxen na Universitat de Barcelona<sup>1</sup> sobre a mesma materia e baixo o mesmo título.

A formulación da cuestión esixe, desde o meu punto de vista, precisar que o problema da vivenda en España é endémico, cando menos desde a xa case centenaria lexislación de Casas Baratas<sup>2</sup>, iso con independencia do réxime político vixente (aínda que non fora, como non pode ser doutra maneira, irrelevante a orientación dada segundo a ideoloxía do partido gobernante ou do réxime imperante), e con maior ou menor gravidade segundo as zonas xeográficas e o ámbito rural ou urbano. O problema da vivenda é pois constante e mesmo agravado —desde logo, como se verá, non por casualidade— nos momentos de maior crecemento económico. Así, é dado que este crecemento económico —e con el o do prezo da vivenda— supuxo o incremento de clases desfavorecidas —certamente que nos últimos anos de forma segmentada por razón da idade—, ás que lles foi aínda máis difícil atopar vivenda, sexa en propiedade ou mesmo aluguer. A isto non é alleo —como é ben notorio— que o noso crecemento estivera desde hai decenios baseado na construción inmobiliaria e no turismo, é dicir, construción de edificios de aloxamento ou de vivendas pero non para satisfacer o lexítimo dereito a unha vivenda digna de toda persoa ou familia, senón outro tan lexítimo —pero que non soluciona o dereito constitucional á vivenda— como é o da promoción empresarial inmobiliaria.

Isto xa creo que permite afirmar que se debería diferenciar claramente entre o que é construír vivenda social para ter un parque susceptible máis que de venderse de arrendarse, ou poñela a disposición da cidadanía necesitada a través doutros negocios xurídicos que se indiciarán. E por outro lado completamente distinto, estaría a política de financiamento que pode atender a medidas de fomento —mesmo económico— ou a outras finalidades como facilitar a adquisición de vivenda (non necesariamente protexida ou social), para o que tamén están certas desgravacións no IRPF e que, en todo caso, só moi xenericamente permite falar de política de vivenda social, pois tamén debería diferenciarse entre o que é a política de vivenda e creación de vivenda social. Aínda que, certamente, na medida en que sexa máis doado acceder a unha vivenda, será máis innecesario o fomento da vivenda protexida ou social.

Pretender darlle resposta desde o Dereito ao problema da vivenda require xa inicialmente concretar uns presupostos básicos como son a que clase de vivenda se pode ou se quere acceder, quen o fai (non son o mesmo as necesidades nin a forma de acceso do mozo que se emancipa ca as da familia xa constituída, aínda que sexa monoparental) e con que titulación, xa que se pode distinguir entre acceso á propiedade ou a outras formas —estables e duradeiras— de gozo da vivenda protexida. Ademais, debería distinguirse se se configura como un auténtico dereito subxectivo á vivenda (delimitando claramente os presupostos do seu exercicio, á maneira que poida selo a sanidade ou a educación, os outros piares do Estado do benestar), susceptible de ser acadado mesmo en tempo de crise, ou simplemente a vivenda como mero posible resultado (nin sequera esixible como tal) dun conxunto de normas de distinta índole que facilitan o gozo da vivenda ou simplemente a súa construción ou financiamento. Non se poden descoñecer tampouco a incidencia do solo no prezo final e a moi distinta lexislación autonómica sobre o solo, a configuración e obtención de solo destinado a vivenda protexida e mesmo sobre a forma de apropiación, é dicir, a regulación sobre dereito de superficie e propiedade horizontal.

Con estes presupostos, os problemas que se presentan na práctica e as solucións que poderían ser factibles requiren distinguir:

- a) A vivenda «ben de investimento» da «vivenda centro vital da persoa ou familia», é dicir, satisfeito como dereito subxectivo garantido constitucionalmente á vivenda. Todo pode aparecer relacionado, pois na medida en que se poida acceder á vivenda libre será menos necesaria a vivenda protexida; aínda que, en todo caso, a vivenda como «ben de investimento», máis que coa vivenda en si está en relación coa política económica, é dicir, a creación de vivenda social debería separarse na medida do posible dos ciclos económicos, aínda que sen dúbida influirán, pois a súa construción tamén require de financiamento.
- b) As distintas necesidades de vivenda ao longo do periplo vital, *desde a vivenda para emanciparse á vivenda familiar e a vivenda para a terceira idade*. Deberíanse fomentar distintos tipos de vivenda, tanto en metros cadrados útiles como servizos colectivos, pola súa moi distinta finalidade, aínda que todas sexan protexidas. E, desde logo, será básica a forma de acceso, que podería ir desde o *arrendamento temporal* (cinco anos prorrogables por outros tantos ou anualmente, para mozos, ou con prórroga tácita, para a vellez) ao *acceso á propiedade ou arrendamento de longa duración, ou mesmo con opción de compra* para as familias.
- c) A *irregularidade dos ingresos ao longo da vida laboral*, por outra parte non moi longa, pois á avanzada idade en que se logra un contrato de traballo indefinido (ou estable que permita proxectar a adquisición dunha vivenda e formar o núcleo familiar) únese a pronta idade á que se prexubila (de forma *cuasi* forzosa) un gran número de cidadáns desde hai uns decenios en España e, hoxe por hoxe, nada indica que vaia desaparecer, senón incrementarse polo menos temporalmente. O prazo entre ambas as dúas situacións dificilmente alcanza o cuarto de século ou tres decenios (dos 30 aos 60 anos), cando a cota mensual hipotecaria chega a superar o devandito prazo. Esta situación debería influír nos prazos máximos de hipoteca; na cobertura oficial (mesmo malia que *a posteriori* se puidese recuperar o satisfeito pola Administración Pública) para caso de non pagamento, *v. gr.* mediante unha cantidade para a cobertura dun seguro de desemprego; na imposición, cando se crea unha liña oficial de financiamento á vivenda, de límites en comisións, mesmo de tipos de xuro ou imposición dun tipo de xuro fixo (sobre todo se xa está subvencionado oficialmente un dos seus tramos). E, polo tanto, fronte ás ineficientes subvencións ou axudas a fondo perdido actuais, deberíase optar, con menos gasto público e máis garantía para o adquirente e mesmo para a entidade financiadora, polo fomento de medidas de cobertura ou aval que permitan facer realidade os posibles *aprazamentos durante o tempo de paro, ou mesmo que os xuros durante o devandito período corran a cargo da Administración Pública ou do xa mencionado seguro de cobertura de desemprego*. Este último podería contratarse ou estar garantido —de ser colectivo— con gasto público inferior ao que leva consigo unha subvención inicial<sup>3</sup>, de dubidosa utilidade para o adquirente —por estar xa a traballar—, que moi escasamente diminúe a cota, se non é vía para que se dilúa a subvención con outros custos hipotecarios ou de prezo de adquisición da vivenda. Parecería algunhas veces que o prezo se fixa en razón á cota hipotecaria que se pode pagar, non ao valor da cousa —é dicir, casa ou vivenda— en si.

- d) *Deberíase distinguir en que medida se debe fomentar o acceso á propiedade e en que medida o que se debe garantir é a vivenda con carácter vitalicio (de longa duración ou simplemente temporal se é a primeira vivenda para emanciparse); para o efecto, están os dereitos reais limitados de gozo e uso, que poden ser tanto de carácter vitalicio como temporal, e mesmo con disposición controlada por parte do titular, e tamén os dereitos persoais, como o arrendamento protexido, de longa duración ou con prórroga indefinida —mesmo tácita—, e o arrendamento con opción de compra como vía para poder pasar desde o simple arrendamento á propiedade.*
- e) *Desligar na medida do posible a unión entre a vivenda protexida e os ciclos económicos, é dicir, a vivenda protexida debería ser anticíclica; e, desde logo, impedir a especulación (inherente ao solo<sup>4</sup> e, polo tanto, tamén presente neste tipo de vivenda desde o momento en que poden descualificarse *ad libitum*, practicamente, as de promoción privada) e facilitar mecanismos para que o solo destinado a vivenda protexida permaneza como tal perpetuamente (a vía máis axeitada sería o dereito de superficie).*
- f) *O financiamento hipotecario, o refinanciamento e a execución hipotecaria deberían contemplar expresamente a vivenda protexida. Non se pode descoñecer que ten un límite máximo de prezo, que debe destinarse a domicilio habitual e permanente e que mesmo, segundo a súa modalidade, o titular non pode ter máis duns determinados ingresos ou ata ten que ser persoa física.*

Sobre estes puntos que acabo de expoñer e, desde logo, basicamente desde unha óptica contractual, considéranse os epígrafes que seguen.

## 2. BENEFICIARIOS SEN RECURSOS ABONDO E POSIBLES SOLUCIÓNS AOS PROBLEMAS DE FINANCIAMENTO

O primeiro problema para lle poder dar solución ao dereito constitucional á vivenda é o da falta de recursos económicos suficientes dos posibles adquirentes ou beneficiarios dos programas de vivenda da Administración Pública ou de entes e organismos dependentes dela que actúan de promotores. E é que, para ben ou para mal, hoxe o que hai é exceso de vivenda construída<sup>5</sup>.

A posible solución, ou consideración dos instrumentos xurídicos que o poidan resolver ou paliar, debe partir da necesaria segmentación da ampla gama de potenciais adquirentes. Así, deberíase atender non só aos seus ingresos, senón tamén ás súas expectativas vitais derivadas da súa idade e/ou estado civil, ao que se une que haberá os que teñen ingresos nulos —sexa pola súa situación laboral ou outras situacións de desvalemto, por carencias físicas ou psíquicas, ou de violencia de xénero, etc.— xunto aos que poden destinar unha parte —aínda que sexa escasa— dos seus ingresos, pero que, pola escasa contía destes (poida que apenas supere o salario mínimo inembargable) ou pola súa inestabilidade laboral, necesitan unha sobregarantía (afianzamento de terceiros, de ordinario os proxenitores) para financiarse no Mercado Hipotecario, é dicir, a través de Bancos ou Caixas de Aforros, mesmo aínda que estes actúen como simples intermediarios dunha liña oficial de crédito á vivenda.

Non todos son pois problemas de financiamento ou, polo menos, a iso débese engadir a distinción entre *situacións temporais* (nalgúns casos de violencia de xénero) e *situacións de duración indeterminable* (desvalemto persoal). E, xunto con estas situacións de carácter temporal, están as que derivan da *imposibilidade de prestar unha sobregarantía* (é dicir, un afianzamento de terceiros), aínda que non se financie o cen por cento do prezo de

adquisición, situación que en realidade non debería ser tal se xa a vivenda cobre máis do importe do empréstito, polo que tamén se debería legislar sobre cando e como poden existir-se os devanditos afianzamentos persoais ou seguros de cobertura de pagamento do empréstito, tratándose de vivenda protexida.

Ante estas situacións, que en realidade delatan e quedan unificadas pola imposibilidade de acceder á vivenda, cabe distinguir os casos de absoluta falta de medios, as situacións temporais de necesidade de vivenda —pero que non requiren ter que acceder á propiedade ou ao uso indefinido dunha vivenda— e, finalmente, aquelas en que o adquirente si podería ir pagando regularmente —polo menos en canto non estea no paro— a cota mensual hipotecaria, pero nas que pola súa situación laboral se lle esixen unhas garantías adicionais (fiadores ou cobertura de non pagamento das cotas), ou se lle nega o financiamento hipotecario pola restrición do financiamento. Así, cabería paliar os problemas, aínda que sexa limitadamente, coas seguintes figuras xurídicas:

- a) *O comodato e o precario*. Obxecto de ampla xurisprudencia<sup>6</sup> e discusións doutriniais, para concretar cando se dá un ou outro, sobre todo na súa forma máis habitual, é dicir, o suposto de feito que se dá cando os pais lle facilitan ao fillo que decide vivir en parella unha vivenda da súa propiedade e que despois estes pais queren recuperar se non é o seu fillo o que continúa ocupándoa en caso de ruptura matrimonial ou da parella. Para a aplicación destas figuras xurídicas no uso da vivenda protexida, a diferenza esencial entre comodato e precario está en se se presta para un uso concreto —v. gr. ocupación por derrubamento da vivenda— ou se, simplemente, se permite ocupala como un acto de simple tolerancia ou a precario, considerado no art. 82.3 da Lei do Dereito á Vivenda de Cataluña.

Ambos os dous, comodato e precario, están presididos pola nota da gratuidade —art. 1740 CC— e non teñen unha finalidade alén de dar solución a supostos moi concretos de dereito á vivenda temporal ou, mesmo, momentaneamente.

Para os efectos que aquí nos interesan, o comodato —art. 1749 CC— respondería a aquelas situacións en que se debe satisfacer *un uso concreto e cunha finalidade moi determinada*, v. gr. situacións de emerxencia por afundimento da vivenda ou similares, durante un período de tempo indeterminado pero determinable pola causa á que responde. É dicir, desaparecida a causa cesaría o comodato (unha vez reconstruídas as vivendas ou comprobada a súa habitabilidade, no exemplo posto).

O precario, en canto suposto de simple tolerancia, podería satisfacer tanto os supostos de mínima estadía —situacións de marxinalidade extrema— como os de duración indefinida aínda que previsiblemente curta.

En todo caso, reitero, aínda que útiles ou necesarios mesmo para casos concretos, non son figuras para lle dar solución á necesidade de vivenda, senón para solucionar o problema de teren aloxamento temporal de persoas moi concretas.

Distintos son os supostos que considero a continuación —tamén referidos á vivenda protexida de promoción pública— en que se pode alcanzar a propiedade (aínda que sexa diferida no tempo) e obviar os problemas de financiamento, así:

- b) *O contrato de acceso diferido á propiedade*. Unha das vías tradicionais coas que solucionar o problema da vivenda era mediante os contratos de acceso diferido á propiedade. En virtude deles, o ente ou a administración pública promotores cobraban unha cantidade periódica mensual e unicamente se transmitía a propiedade no momento de

pagar a totalidade (v. SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, do 8 de xullo de 1981 e do 19 de maio de 1982). Non se trata pois de venda con prezo aprazado, dado que a propiedade a segue ostentando a administración ou o ente promotores.

A súa utilización —agora xustamente que se dan notorios problemas de financiamento— tería como vantaxes que, por tratarse dunha administración pública ou ente dependente dela, non habería problemas de dobres vendas, embargos, etc.; que o adquirente non necesitaría hipotecarse e abondaría con poder pagar a cota periódica; e, ademais, o dereito —derivado do contrato de acceso á propiedade— sería transmisible aos herdeiros, se ben, certamente, non se sería propietario ata o total pagamento. Non obstante, poderíase anticipar e o prezo xa estaría concretado no momento da venda, polo que non lle afectarían os vaivéns da inflación (nin, desde logo, tampouco os da deflación, bastante infrecuente). Na práctica danse as vantaxes de ser «propietario» sen ter que obter financiamento para satisfacer o prezo que, por outra parte, xa queda fixado definitivamente ao concertarse o contrato de acceso diferido á propiedade.

Esta fórmula —que foi realmente útil para adquirir sen ter que acudir a financiamento alleo— está desaparecida, do mesmo xeito que desapareceu o financiamento polos promotores privados mediante o libramento de decenas de letras de cambio (tantas como vencementos mensuais ou trimestrais); co financiamento mediante o libramento de letras de cambio ao comprador, coa garantía dunha condición resolutoria explícita, o financiamento correspondíalle obtelo ao promotor. Este financiamento do vendedor viña dado polo desconto bancario das letras libradas ao adquirente. Con este mecanismo, a entidade bancaria contaba, ao descontar as letras de cambio, coa solvencia do comprador e do vendedor (que era quen as descontaba, de tal maneira que a súa solvencia era o relevante para a entidade bancaria). Así, en caso de non pagamento polo adquirente da vivenda, podía acudir en vía de regreso contra o promotor librador. O adquirente unicamente tiña que aceptar as letras de cambio (cos seus gastos de timbre) sen hipotecarse, co prezo xa fixado definitivamente e sendo xa propietario para todos os efectos, de xeito que podía allear a terceiros ou transmitir aos seus herdeiros, que poderían continuar pagando as letras de cambio pendentes ou anticipar o pagamento.

- c) *A copropiedade*. Pode ter considerable utilidade cando o que se precisa é financiar unha porcentaxe escasa, xusto a que non se pode financiar por superar o límite (do 80 %) establecido pola Lei do mercado hipotecario de 1981<sup>7</sup>. Aparece como complemento ao financiamento crediticio, pero a súa propia existencia é o que garante poder obter o financiamento necesario para pagar o resto da copropiedade. Esta é unha das súas posibles utilidades, aínda que non a única, pois tamén podería contemplarse como vía con escaso importe para poder acceder inicialmente á propiedade da vivenda, sen prexuízo de se ir adquirindo máis cota no condominio sucesivamente, e, todo iso, axustado cos mecanismos que lle permitan á administración promotora resarcirse do seu importe (actualizando prezo de adquisición do resto do condominio, xuros aínda que sexan moi reducidos, etc.), malia que iso non se produza ata o momento da alienación.

Ten como vantaxe que xa se é propietario e, polo tanto, na mesma medida en que se revalorice a propiedade revalorízase a cota, e, desde logo, é transmisible os herdeiros. Desde a óptica sociolóxica de ser propietario —titularidade dominical tan desexada polo adquirente de vivenda que foxe do arrendamento por consideralo como un fondo perdido en que se paga para non ter nada, en expresión tan coloquial como impreg-

nada na mente do cidadán español—, en efecto, teríase que inscribir rexistralmente —e poderíase facer— unha cota do dominio.

- d) *A venda a carta de graza*. Figura típica catalá que en non poucas ocasións encubría a garantía dun empréstimo usurario. A súa modificación por Lei 29/1991, do 13 de decembro, coa finalidade de fomentar o acceso á vivenda de tipo social, en efecto, permite que, sen ter que pagar o prezo total, se poida acceder á vivenda ao facilitarse a redención en calquera momento durante o prazo de vixencia da cualificación.

### 3. DEREITOS PERSOAIS E REAIS DE GOZO DA VIVENDA

Se se acepta que o Estado, e as CC. AA. en canto competentes en materia de vivenda, teñen como obriga facilitarlles o acceso á vivenda aos cidadáns, que non é o mesmo que facelos propietarios (con posibilidade mesmo de especulación —aínda que sexa limitada— ao se poder descualificar se é de promoción privada), a cuestión que cabe formularse agora é que dereitos de carácter persoal ou real poden satisfacer de xeito temporal ou vitalicio o dereito á vivenda.

Para o efecto, débese diferenciar entre arrendamento e usufruto, sen prexuízo de que dentro de cada modalidade se poidan modular varios pactos xa tipificados, cando menos socialmente, así:

- a) *O arrendamento*. Tradicionalmente foi unha das vías que recoñeceu a lexislación protectora como forma de gozo da vivenda, de sorte que se contempla expresamente o arrendamento de vivendas de protección oficial na LAU'94, DA 1.<sup>a</sup>, fixando un prazo propio de 25 anos (a falta de financiamento), distinto do de 30 anos do grupo normativo de 1978. A súa liña é continuísta respecto do grupo normativo do 78, dado que parte da construción de edificios destinados por enteiro ao arrendamento, consecuencia lóxica da previsión legal de diferenciar entre construción para destino exclusivo ao arrendamento e construcións para a súa venda. Esta orientación debe entenderse superada cos novos Plans de Vivenda e, sobre todo, coa recente Lei de dereito á vivenda de Cataluña, posto que permite a cualificación como vivenda protexida de vivendas illadas, que se poden ofrecer en calquera das modalidades susceptibles de dar aloxamento.

Como simple *excursus*, cabe indicar que o arrendamento tamén podería ser solución para os supostos de vivendas adxudicadas por non pagamento en que mesmo a persoa que perdeu a propiedade puidese continuar como arrendatario, o que necesariamente esixiría unha considerable diferenza entre canon arrendaticio e cota mensual hipotecaria.

Entre as vantaxes que presenta o arrendamento están que pode acceder ao Rexistro da Propiedade, malia ser un dereito persoal, e é obvio que, para acceder á vivenda, aínda que só sexa ao seu uso (que pode ser duradeiro e estable), non se require ningún financiamento e, ademais, ao ser unha renda limitada, como corresponde á vivenda protexida —pois non é senón unha porcentaxe sobre o prezo máximo de venda da vivenda—, implica unha maior facilidade para podelo satisfacer e ademais favorece a mobilidade territorial.

O reforzo do arrendamento como unha forma de acceso á propiedade foi unha preocupación constante do lexislador e de todas as administracións nos últimos decenios, desde logo, con escasos resultados<sup>8</sup>, seguramente fracasado pola facilidade —hoxe, finais do 2008, acabada— de acceder a financiamento barato que permitía adquirir en



propiedade e, en consecuencia, descartar o arrendamento, pois por un importe escasamente maior podíase ser propietario. Polo exposto, creo que se deben ter presentes dúas cuestións para que o arrendamento poida ser apreciado polo cidadán necesitado de vivenda:

1.<sup>a</sup> - Que a renda ten que ser sensiblemente inferior ao prezo que como cota mensual de empréstito hipotecario se debería satisfacer para adquirir a propiedade dunha vivenda. Desde logo, tratándose de renda limitada, como esixe a lexislación de vivendas protexidas, non debería supoñer especial problema lograr esta finalidade.

2.<sup>a</sup> - Que o arrendatario poida acceder á propiedade da vivenda arrendada, a ser posible pola súa vontade, sobre todo na fixación do momento en que poderá exercer a opción. Quizais a mellor conxunción sería a de arrendamento de longa duración ou con prórroga forzosa indefinida con opción de compra.

Para lles dar solución a estas dúas cuestións que acabo de expoñer cabe distinguir as dúas figuras seguintes, contempladas xa, en certo modo, polo Decreto 152/2008, da Generalitat de Cataluña, do 29 de xullo, polo que se regula a vivenda concertada e a vivenda en aluguer con opción de compra. Así:

\* *Arrendamento de longa duración e/ou con prórroga tácita indefinida (ou pseudo censo enfiteútico)*. A lexislación arrendaticia de 1964 consagrou o arrendamento con prórroga forzosa que, aínda que resolveu o problema da vivenda naquel momento, sequera fose limitadamente, co tempo, deveu —sobre todo a partir dos anos 80— nun problema, pois á escasa renda que percibía o propietario uníase o tamén mínimo gasto que facía no mantemento do edificio. Non se debe esquecer que a declaración do estado de ruína non deixaba de ser unha das causas de desafuzamento<sup>9</sup>.

O coñecido como Decreto Boyer<sup>10</sup> permitiu que non se tivese que pactar imperativamente a prórroga forzosa, o que permitiu restablecer o arrendamento na súa verdadeira estrutura e función. Ata entón, o arrendamento con prórroga forzosa permitía que practicamente se puidese equiparar —na súa función práctica— co censo enfiteútico, pois había un propietario que debía soportar indefinidamente o arrendatario, mentres este pagaba un canon ou renda que máis parecía (pola súa escasa contía) un recoñecemento da propiedade que non unha verdadeira renda equivalente ao valor do que gozaba. Sen esquecer que, ademais, o arrendatario podía adquirir a propiedade en caso de se transmitir por un prezo moi afastado do de mercado (art. 53 LAU'64).

Que se suprimise o carácter imperativo da prórroga forzosa non quere dicir que non se poida fixar por un prazo temporal, ou mesmo de forma indefinida se é vontade dos contratantes. Polo tanto, entendo que en materia de vivenda protexida se debería fixar un longo prazo (ben poderían ser os 10 anos que para os solos libres fixa o Decreto catalán 152/2008) de duración do arrendamento ou que fose prorrogable tácita e anualmente por vontade do arrendatario ata un prazo máximo que pode ser o dos dez ou quince anos, ou ata alcanzar unha determinada idade. O arrendamento, desde logo, débelle dar estabilidade ao arrendatario, pois non se trata só de ocupar a devandita vivenda, senón das relacións que se poden trabar no barrio con todas as súas consecuencias laborais, veciñais, colexiais se se teñen fillos menores, etc.

En suma, o arrendamento de vivenda protexida<sup>11</sup> debe contemplar tanto a limitación de renda como a duración non xa mínima senón prolongada, talvez máis unida a acadar unha

determinada idade que a uns prazos concretos e, desde logo, por vontade do arrendatario, que anualmente se vaia prorrogando o arrendamento.

\*\* *O arrendamento con opción de compra.* A crise de venda da vivenda libre unida á escaseza de financiamento levou a que os propios promotores acudiran á figura do arrendamento con opción de compra<sup>12</sup>. Débese destacar que cando a opción é cláusula ou pacto adicional do arrendamento pode durar tanto coma o propio arrendamento e inscribirse no Rexistro da Propiedade.

No arrendamento con opción de compra débese distinguir claramente: a) O momento en que se fixa o prezo de adquisición, necesariamente ao celebrarse o arrendamento, salvo nas vivendas protexidas en que ao poderse determinar legalmente poderíase deferir ao momento de exercicio, dado que sería perfectamente determinable. Pero tamén se debe destacar que neste caso o adquirente sofre os vaivéns do prezo da vivenda, oscilantes coma poucos en tempos de crise; b) A porcentaxe que da renda satisfeita se imputará como pago anticipado do prezo debería, se non é o total, ser moi aproximada á renda total que se satisfaga; e c) O prazo para o exercicio que debería ser non só o da total duración do arrendamento, senón un prazo engadido por se se necesita financiamento ou, simplemente, contrastar as posibilidades de adquirir ou volver arrendar.

\*\*\* *A masovería urbana*, como a venda a carta de graza, non son senón institucións tradicionais catalás caídas en desuso, pero que o lexislador quixo revitalizar con finalidades manifestamente distintas a aquelas coas que naceron mais que ben poderían ser útiles como unha medida máis para acceder á vivenda, sobre todo a masovería urbana no ámbito das poboacións rurais.

b) *O usufruto.* Tradicionalmente non se contemplou nada máis que a propiedade ou o arrendamento, é dicir, un dereito real pleno ou simplemente un dereito persoal; non obstante, como figura que podería resolver varios problemas presentes no gozo da vivenda está o usufruto (co que podería alcanzarse —sen chegar a selo por non estar admitida— unha figura similar á propiedade temporal anglosaxona), ao que mesmo se lle podería engadir a facultade de disposición debidamente delimitada. Así, poderían solucionarse os seguintes problemas:

1.º - O do prezo, ao non se ter que satisfacer o valor da núa propiedade que, por outra parte, conservaría o transmitinte (ou administración ou ente dependente actuante). Tamén, e segundo os casos, pode ser gratuíto; así quizais podería ser nos de curta duración ou para causas concretas.

2.º - A súa estabilidade e inscribibilidade ao tratarse dun dereito real de uso que, ademais, permite transmitirse (*inter vivos* ou *mortis causa*, art. 561-9 CCCat.) durante o seu prazo de duración (non necesariamente ten que ser vitalicio, senón que podería durar un prazo similar ao de duración da vida útil do edificio ou vivenda), ao deixar de ser persoal (a diferenza do Dereito Romano).

3.º - O dereito de adquisición preferente do nu propietario, considerado no art. 561-10 CCCat., que permite o control das transmisións.

4.º - Uníndolle a *facultade de disposición* (arts. 561-21 a 561-24 CCCat. aínda que alcanzables idénticos efectos por vía convencional no CC español) non do dereito de usufruto, senón do inmovible total —incluída polo tanto a núa propiedade—, aínda que se suxeitase ao previo asentimento do nu propietario e cobramento do valor da núa propiedade no momento da alienación, sería tamén un xeito de diminuír o prezo de adqui-

sición e, sen minguar o gozo do adquirente —equivalente á propiedade, ao ostentarse os dereitos de uso e gozo e mais o de disposición—, lograríase que a administración actuante retivese o control sobre as transmisións ao ter que prestar o seu asentimento, que mesmo se podería dar por adiantado para actos concretos pola súa natureza ou contía.

#### 4. O DEREITO DE SUPERFICIE: A SÚA INFLUENCIA NA TITULARIDADE DO SOLO E NO PREZO DE TRANSMISIÓN

Acabo de referirme ao usufruto de disposición no que non hai propiedade dividida. Tampouco a hai no dereito de superficie, entendido como dereito real limitado (así configurado na ampla regulación catalá, arts. 564-1 a 564-6 CCCat.) e non como forma enfitéutica. En ambos os dous se pode diminuír o prezo de adquisición ao non se adquirir, nun caso, a núa propiedade e, no outro, o dereito de superficie, o solo.

O dereito de superficie é obvio que se quere revitalizar como forma de facilitar a construción e explotación de vivendas protexidas<sup>13</sup>. A súa utilidade resulta evidente ao conservarse a propiedade do solo (coa conseguinte limitación á posible especulación), pois só se transmite a propiedade separada sobre o edificio construído ou por construír. Cabe destacar que se lle pode conceder á mesma construtora-promotora a facilidade de cobrarse mediante a explotación do edificio dividido horizontalmente; esta posibilidade de división horizontal do edificio e a alienación das entidades resultantes é unha das cuestións que quedan resoltas na nova lexislación civil catalá, así, art. 564-4.2.c) CCCat., posibilidade que pode atopar dificultades no CC ao considerarse o solo como elemento común —art. 396 CC—, pero que se podería superar consentindo o propietario deste a conceder o dereito de superficie.

¿Que vantaxes e inconvenientes pode presentar o dereito de superficie como modalidade de gozo dunha vivenda protexida? Para o efecto, cabe distinguir o seguinte:

- 1.º - *O carácter unitario do dereito de superficie*<sup>14</sup>. Non cabe xa distinguir coa nova lexislación do solo entre superficie urbana e urbanística; ademais en Cataluña estaría a nova regulación civil xa dita, polo que se debe entender superada a STS do 26 de novembro do 2002 e a discusión doutrinal, nacida en boa medida pola discrepancia entre a lexislación do solo e o Regulamento Hipotecario, malia que este non era senón unha simple norma regulamentaria. Aínda que, desde logo, cabía entender que coas súas limitacións é como unicamente podía acceder ao RP calquera dereito de superficie que non for o urbanístico, sen ser tampouco doadamente aceptable. Pero pola finalidade do presente estudo, non é hora de entrar nestes debates que, reitero, parecen terse resolto a favor do carácter unitario.
- 2.º - O dereito de superficie soamente caberá sobre os *solos de dominio privado ou patrimoniais*, é dicir, *que non sexan dominio público*, pois aquí habería que acudir á concesión administrativa<sup>15</sup>.
- 3.º - A súa longa duración (ata 99 anos no CCCat., art. 564-3.2.a)) practicamente coincidiría coa *vida útil do edificio*. Unha cousa é que os edificios ao cabo de 99 anos sigan en pé e outra ben distinta é que os seus distintos pisos ou entidades se poidan seguir utilizando ou considerándose susceptibles de ser utilizados. Abondaría percorrer os edificios do casco antigo das nosas poboacións e ver a súa data de construción e estado actual das súas vivendas e elementos comúns, á marxe da fachada e da cuberta, que poden seguir cumprindo a súa función, pero non así outras instalacións.

4.º - A propiedade separada sería sobre o edificio, como xa sinalei, *susceptible de dividirse horizontalmente e explotarse por entidades*, polo que diminuíría o prezo ao non se ter que allear ou computar o seu valor. Tanto o titular do dereito de superficie como o do solo poderían pactar o réxime dos seus dereitos respectivos (v. art. 564-4 CCCat., sobre réxime libremente pactable) e sería tamén posible acordaren a limitación da dispoñibilidade dos superficiarios.

A súa asimilación ao censo enfitéutico está considerada no art. 564-4.5 CCCat.

En todo caso, creo que o dereito de superficie só é útil como medida para explotalo en arrendamento ou no propio dereito de superficie, mentres que practicamente idénticos efectos e con máis amplitude sobre os solos recaentes poderíanse lograr co usufruto debidamente modulado, con facultade de disposición.

O gran problema do dereito de superficie será o do financiamento do propio dereito, tanto para construír o edificio —aínda que se dá na práctica para outras finalidades que non son a construción de edificios para vivendas—, coma para a súa ulterior transmisión.

## 5. VIVENDAS LIBRES CONVERTIDAS EN PROTEXIDAS

No seu momento admitiuse a «conversión» de vivendas libres e mesmo de protección oficial en segunda transmisión como *vivendas de prezo taxado*, que non eran vivendas protexidas aínda que gozaban de certos beneficios e obrigas —non prohibicións de dispoñer— de non vender por cinco ou dez anos. Segundo o Plan de Vivenda, hoxe parecería que, ante a descomunal cifra de vivendas libres (entre 800 000 e 1 500 000, segundo os cálculos e a inclusión de só as de nova construción ou tamén as usadas) en espera de comprador e a dificultade de acceder a estas, se quixesen reconverter en protexidas ou en vivenda concertada<sup>16</sup>.

Para o efecto, cabería alegar que non hai nada que obxectar, pero con condicións, pois parecería beneficioso que, se reúnen os requisitos para *cualificalas como VPO* (superficie máxima, prezo máximo de alienación, etc.) e dado que non teñen que ser bloques ou edificios enteiros que así se cualifiquen, senón unidades ou entidades concretas, así se faga, pero desde logo, respectando escrupulosamente a lexislación xa vixente.

A reconversión en *vivenda concertada* con prezo intermedio entre a VPO e o mercado libre non deixaría de ser unha extensión da protección á vivenda, plausible segundo as circunstancias, lugar e tempo en que se aplique, aínda que, en todo caso, moi discutiblemente se pode dicir que se protexe o adquirente e non o que ten necesidade de vender, para o que abondaría con rebaxar os prezos. De todos os xeitos, demostra a necesidade de regular unha verdadeira acción ou fomento da vivenda protexida e de segmentar claramente que e a quen se quere protexer ou facerlle accesible a vivenda.

Como indicaba ao principio, resulta moi discutible o prezo sobre a base do Módulo Básico Estatal (MBE) pola gran diferenza de prezos entre as distintas localidades das diferentes CC. AA. e as moi distintas necesidades da poboación de cada unha destas. Non desaparece a gran diferenza por razón das zonas que se poden crear ou existir e a diferenza que poden fixar as CC. AA.

A cuestión sería ir alén dos Plans de Vivenda, que deberían ser de eminente contido financeiro, para definir por lei —no que competencialmente pode aínda legislar o Estado— unha nova política de vivenda que supere a xa obsoleta lexislación do 78 e que, desde logo, debería distinguir claramente entre beneficiarios —por razón de idade e necesidades (emancipa-

ción, exclusión social, situacións transitorias, etc.)—, tipoloxía de vivenda, posibilidade de descualificación e fórmulas de acceso á vivenda.

Os ingresos, que reiteradamente parecían a esencia da regulación, non deberían ser senón algo relativo cando se demostrou que, mesmo con ingresos varias veces superiores ao IPREM, ata o 6,5 para o réxime concertado<sup>17</sup>, o acceso á vivenda resulta practicamente imposible para amplísimas capas da sociedade.

Si debería ser esencial, salvo que sexan adquiridas por persoas xurídicas co obxecto específico de destinalas a arrendamento, que, ademais de estar limitada a súa adquisición a persoas físicas, se tivesen que destinar a domicilio habitual e permanente e, desde logo, que non fosen descualificables, pois unha cousa debería ser a axuda financeira á adquisición da vivenda e outra moi distinta o acceso á vivenda protexida, sempre a disposición do cidadán en condicións asumibles cando a necesite.

## 6. TAXACIÓN INMOBILIARIA E MERCADO HIPOTECARIO

A taxación inmobiliaria é imprescindible para toda clase de vivenda, sexa ou non protexida, sobre todo pola amplitude da descualificación. Distinto sería se non se puidese descualificar, dado que o seu prezo máximo sería o valor de taxación.

Xa sinalei tamén como a lexislación do Mercado Hipotecario garante que as vivendas sociais poidan entrar no devandito mercado hipotecario<sup>18</sup>. O problema, con todo, subsiste —na medida en que non haxa financiamento—, o que demostra a conveniencia de que non se teña que satisfacer o prezo íntegro no momento da adquisición, e iso poderíase evitar acudindo a outras modalidades que non impliquen o pagamento de contado ao principio, *v. gr.* o arrendamento, se ben tamén se debe precisar que actualmente se esixe que se hipoteque o pleno dominio; en consecuencia, non todas as posibles modalidades de gozo da vivenda admiten o financiamento no mercado hipotecario.

O financiamento tamén inflúe no tempo de duración do sometemento da vivenda adquirida ao réxime protector. Non parece tampouco de especial recibo, salvo que, unha vez máis, se confunda financiamento con acceso á vivenda. Reitero que creo que debería quedar moi clara a diferenza entre o que son medidas financeiras e o que é creación de vivenda accesible.

## 7. CONCLUSIÓNS

Como conclusións creo que debe destacarse, a grandes trazos, a necesidade de fomentar unha nova lexislación que contemple claramente a vivenda como un dereito subxectivo, é dicir, non confundir política de vivenda con política financeira de acceso á vivenda, aínda que poidan interferirse. Tamén a necesidade, como fixo a lexislación catalá, de habilitar cantas fórmulas contractuais sexan factibles, de carácter persoal ou real, para gozar do uso da vivenda. Desde logo, as diversas fórmulas deben segmentar por razón da idade, das necesidades vitais e dos medios económicos do necesitado de vivenda, non de aloxamento por circunstancias temporais.

Desligar a vivenda, en canto sexa posible, dos ciclos económicos, subvencionar os xuros, dar axudas directas, etc., facilita a posible adquisición cando o sistema financeiro non ten problemas de financiamento, o que hoxe non é así. Polo tanto, debería acudirse a figuras contractuais que non requiran financiamento, para o que está a figura do acceso diferido á propiedade ou o arrendamento con opción de compra, xa coñecida noutro tempo.

A vivenda en canto dereito subxectivo débese separar da descualificación; o financiamento privilexiado —ou o reintegro dos posibles beneficios— non é estritamente facer posible —senón mediatamente— o acceso á vivenda. Así pois, unha cousa sería un financiamento cualificado que lle posibilitaría a vivenda a un considerable grupo de cidadáns e que revertidos os beneficios podería descualificarse, e outra cousa distinta sería facilitar o uso da vivenda, agora si non descualificable.

## Notas

---

- 1 Trátase da intervención na Xornada que, baixo o título de «*La nueva legislación de vivienda y la crisis inmobiliaria: la capacidad de respuesta desde el Derecho*», se celebrou o día 10 de novembro do 2008 no *Saló de Graus da Facultat de Dret*, na Universidade de Barcelona, con ocasión da presentación da obra en que colaborei, coordinada por PONCE SOLÉ, J. e D. Sibina Tomás. 2008. *El Derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*. Barcelona: Marcial Pons.
- 2 Sobre o que supuxeron naquel momento e no devir da lexislación protectora —mesmo en materia de arrendamento de vivendas protexidas—, débese acudir a ORTEGO GIL, P. 2006. *Las casas baratas (La obra del Instituto de Reformas Sociales)*. Madrid: Lustel, sobre todo, pp. 193-306, para o que atinxe ao fomento da propiedade e o aluguer no seu contraste coa situación en Europa.
- 3 Denominada AEDE (Axuda Estatal Directa á Entrada) e regulada no art. 44 RD 2066/2008, do 12 de decembro, polo que se regula o Plan Estatal de Vivenda e Rehabilitación 2009-2012; certamente que este importe se pode destinar ao seguro de cobertura de desemprego que ofrecen as entidades de crédito, pero entendo que debería estar casualizado e, quizais, mesmo ser colectivo e subscrito pola propia Administración, polos menores custos que suporía.
- 4 Resulta esclarecedor, a pesar de ser de hai xa practicamente tres lustros, no ámbito da incidencia do solo no prezo da vivenda, o conxunto de artigos recompilados en AA. VV. 1995. *Suelo y precio de la vivienda*. Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid. Madrid: Civitas. Sobre todo desde a óptica económica: SAN MARTÍN VARÓ, I. «Las dificultades para el acceso a una vivienda» (73-83); e tamén HIERRO RECIO, L. A. «Precio, rentas del suelo y gasto en vivienda» (191-200). E desde a óptica do solo: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. «Evolución del marco normativo del suelo. Valoración crítica» (27-41); SORIANO GARCÍA, J. E. «Urbanismo y economía: Desregulación urbanística» (43-53); e CASES PALLARÉS, L. «Inventario de problemas do solo» (55-72).
- 5 Resulta reveladora da situación actual, e mesmo do futuro, a obra de GARCÍA MONTALVO, J. 2008. *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado*. Barcelona: Antoni Bosch Editor; e a súa propia web: <http://www.econ.upf.edu/~montalvo/nvivienda.htm>
- 6 A diferenciación xurisprudencial de ambas as dúas figuras pódese ver, recentemente, en MARÍN LÓPEZ, M. J. 2008. «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 92 (13-32).

- 7 Foi reformada por Lei 41/2007, do 7 de decembro, pola que se modifica a Lei 2/1981, do 25 de marzo, de regulación do mercado hipotecario. Así, o novo art. 5.1 precisa que «en ningún caso podrán ser excluidos como bienes hipotecables las viviendas de carácter social que gocen de protección pública». E no n.º 2, último parágrafo, di que «en todo caso se aplicará el límite máximo del 80 por ciento a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública». Límite, o do 80 por cento, que entendo que debe relacionarse coas porcentaxes ás que alude o primeiro inciso e que, polo tanto, non exclúe que conforme ao n.º 4 do mesmo art. 5, poida mesmo nas vivendas protexidas acadar ata o 95 por cento.
- 8 Sobre posibles solucións a través dos fondos de investimento inmobiliario cabe acudir a MÉNDEZ SERRANO, M. M. 2007. *Los fondos de inversión inmobiliaria y los arrendamientos urbanos: Otra alternativa al problema de la vivienda en España*. Madrid: La Ley, particularmente, pp. 61-121, no que atinxe á modificación da lexislación arrendaticia co obxecto de facilitar a celebración deste contrato.
- 9 Véxase, para o efecto, MÁRQUEZ ESPADA, C. 1991. *Manual jurídico del constructor*. Elcano: Aranzadi (95-96).
- 10 En concreto, art. 9. Supresión da prórroga forzosa nos contratos de arrendamentos urbanos, do Real Decreto-Lei 2/1985, do 30 de abril, de medidas de política económica (BOE n.º 111, do 9 de maio de 1985).
- 11 Véxase arts. 22-23, reguladores do programa de promoción de vivenda protexida en aluguer, RD 2066/2008, do 12 de decembro, polo que se regula o Plan Estatal de Vivenda e Rehabilitación 2009-2012.
- 12 Esta modalidade contractual está considerada polo *Decret* (Generalitat de Catalunya) 152/2008, do 29 de xullo, polo que se regula a vivenda concertada e a vivenda de aluguer con opción a compra, e se adoptan outras medidas en materia de vivenda.
- 13 Unha ampla consideración para o efecto pódese atopar en COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008. «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 710 (2281-2295).
- 14 Singulamente defendido por COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008. «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *op. cit.* (2286-2287); se ben a favor de seguir aberto o debate sobre o carácter unitario ou non, pódese ver EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A. 2008. «La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio (RCL 2008, 1260)», *Aranzadi Civil*, n.º 14 (15-40) (impresión folio 1-21, por onde se cita). En concreto, pp. 9-11, para afirmar que, malia que se podería deducir o carácter unitario, non é, con todo, tan claro, «sobre todo cuando carecemos de reglas en el ámbito registral que restrinjan el acceso al Registro de la Propiedad de derechos de superficie constituidos bajo parámetros distintos a los que se contemplan en la legislación del suelo», ao que cabería opoñer que a lexislación rexistral, en todo caso, regularía como accedería o dereito de superficie, pero non o seu contido e, de todos os xeitos, en Cataluña creo que resulta indiscutido o carácter unitario.
- 15 Resáltao COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008. «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *op. cit.*, (2288-2289), citando para o efecto a STS do 1 de outubro do 2003 en que, constituído un dereito de superficie polo Concello de Zaragoza sobre bens de dominio público, non o admite por esixir a súa previa desafectación.
- 16 Así o contempla o xa citado *Decret* (Generalitat de Catalunya) 152/2008, do 29 de xullo, polo que se regula a vivenda concertada e a vivenda de aluguer con opción a compra, e se adoptan outras medidas en materia de vivenda.
- 17 Véxase art. 2 do Real Decreto 2066/2008, do 12 de decembro, polo que se regula o Plan Estatal de Vivenda e Rehabilitación 2009-2012.
- 18 Véxase NOGUERAS LOZANO, M. T. 1996. *La financiación del Mercado Hipotecario Español desde 1981*. Madrid: Uned (29-34), para os plans ata entón promulgados.