

# El acceso a la propiedad o a otras formas de goce y disfrute de la vivienda protegida: qué problemas se presentan en la práctica y qué soluciones podrían ser factibles



**&** *Resumen/Abstract: El presente artículo es, en gran medida, la transcripción de las ideas que expuse en la Universitat de Barcelona sobre la misma materia y bajo el mismo título. El objetivo fundamental es, desde una óptica contractual, identificar los principales problemas que en la práctica presenta la vivienda protegida y las soluciones que podrían implementarse. Como conclusiones creo que deben destacarse, a grandes rasgos, la necesidad de fomentar una nueva legislación que contemple claramente la vivienda como un derecho subjetivo, es decir, no confundir política de vivienda con política financiera de acceso a la vivienda, aunque puedan interferirse.***&**

**&** *Palabras clave: vivienda protegida, derecho a la vivienda, política de vivienda*



## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es, en gran medida, la transcripción por escrito de las ideas que expuse en la Universitat de Barcelona<sup>1</sup> sobre la misma materia y bajo el mismo título.

El planteamiento de la cuestión exige, a mi modo de ver, precisar que el problema de la vivienda en España es endémico, cuando menos desde la ya casi centenaria legislación de Casas Baratas<sup>2</sup>, ello con independencia del régimen político vigente (aunque no haya sido, como no puede ser de otra manera, irrelevante la orientación dada según la ideología del partido gobernante o del régimen imperante), y con mayor o menor gravedad según las zonas geográficas y el ámbito rural o urbano. El problema de la vivienda es pues constante e incluso agravado —desde luego, como se verá, no por casualidad— en los momentos de mayor crecimiento económico. Así, es dado que este crecimiento económico —y con él el del precio de la vivienda— ha supuesto el incremento de clases desfavorecidas —ciertamente que en los últimos años de forma segmentada por razón de la edad— a las que les ha sido todavía más difícil encontrar vivienda, sea en propiedad o incluso alquiler. A esto no es ajeno —como es bien notorio— el que nuestro crecimiento haya estado desde hace decenios basado en la construcción inmobiliaria y el turismo, es decir, construcción de edificios de alojamiento o de viviendas pero no para satisfacer el legítimo derecho a una vivienda digna de toda persona o familia, sino otro tan legítimo —pero que no soluciona el derecho constitucional a la vivienda— como es el de la promoción empresarial inmobiliaria.

Esto ya creo que permite afirmar que se debería diferenciar claramente entre lo que es construir vivienda social para tener un parque susceptible más que de venderse de arrendarse, o ponerla a disposición de la ciudadanía necesitada a través de otros negocios jurídicos que se indicarán. Y por otro lado completamente distinto, estaría la política de financiación que puede atender a medidas de fomento —incluso económico— o a otras finalidades como facilitar la adquisición de vivienda (no necesariamente protegida o social), para lo que también están ciertas desgravaciones en el IRPF y que, en todo caso, solo muy genéricamente permite hablar de política de vivienda social, pues también debería diferenciarse entre lo que es la política de vivienda y creación de vivienda social. Aunque ciertamente que en la medida que sea más fácil acceder a una vivienda, será más innecesario el fomento de la vivienda protegida o social.

El pretender dar respuesta desde el Derecho al problema de la vivienda requiere ya inicialmente concretar unos presupuestos básicos como son a qué clase de vivienda puede o quiere accederse, por quién (no son lo mismo las necesidades, ni la forma de acceso, del joven que se emancipa, que las de la familia ya constituida aunque sea monoparental) y con qué titulación, al poderse distinguir entre acceso a la propiedad o a otras formas —estables y duraderas— de goce y disfrute de la vivienda protegida. Además, debería distinguirse si se configura como un auténtico derecho subjetivo a la vivienda (delimitando claramente los presupuestos de su ejercicio, al modo como pueda serlo la sanidad o la educación, los otros pilares del Estado del bienestar), susceptible de alcanzarse incluso en tiempo de crisis, o simplemente la vivienda como mero posible resultado (ni siquiera exigible como tal) de un conjunto de normas de distinta índole que facilitan el goce de la vivienda o simplemente su construcción o financiación. No pueden desconocerse tampoco la incidencia del suelo en el precio final y la muy distinta legislación autonómica sobre el suelo, la configuración y obten-

ción de suelo destinado a vivienda protegida e incluso sobre la forma de apropiación, es decir, la regulación sobre derecho de superficie y propiedad horizontal.

Con estos presupuestos, los problemas que se presentan en la práctica y las soluciones que podrían ser factibles requieren distinguir:

- a) *La vivienda «bien de inversión» de la «vivienda centro vital de la persona o familia», es decir, satisfecho como derecho subjetivo garantizado constitucionalmente a la vivienda. Todo puede aparecer relacionado, pues en la medida en que se pueda acceder a la vivienda libre será menos necesaria la vivienda protegida; aunque, en todo caso, la vivienda como «bien de inversión», más que con la vivienda en sí está en relación con la política económica, es decir, la creación de vivienda social debería separarse en la medida de lo posible de los ciclos económicos, aunque sin duda influirán, pues su construcción también requiere de financiación.*
- b) *Las distintas necesidades de vivienda a lo largo del periplo vital, desde la vivienda para emanciparse a la vivienda familiar y la vivienda para la tercera edad. Deberían fomentarse distintas tipologías de vivienda, tanto en metros cuadrados útiles como servicios colectivos por su muy distinta finalidad, aunque todas sean protegidas. Y, desde luego, será básica la forma de acceso que podría ir desde el *arrendamiento temporal* (cinco años prorrogables por otros tantos o anualmente, para jóvenes, o con prórroga tácita, para la vejez), *al acceso a la propiedad o arrendamiento de larga duración o incluso con opción de compra para las familias.**
- c) *La irregularidad de los ingresos a lo largo de la vida laboral, por otra parte no muy larga, pues a la avanzada edad en la que se logra un contrato de trabajo indefinido (o estable que permita plantearse la adquisición de una vivienda y formar el núcleo familiar) se une la pronta edad a la que se prejubilaba (de forma *cuasi-forzosa*) un gran número de ciudadanos desde hace unos decenios en España y, hoy por hoy, nada indica que vaya a desaparecer, sino a incrementarse al menos temporalmente. El plazo entre ambas situaciones difícilmente alcanza el cuarto de siglo o tres decenios (de los 30 a los 60 años), cuando la cuota mensual hipotecaria llega a sobrepasar dicho plazo. Esta situación debería influir en los plazos máximos de hipoteca; en la cobertura oficial (incluso aunque a *posteriori* se pudiera recuperar lo satisfecho por la Administración Pública) para caso de impago, *v. gr.* mediante una cantidad para la cobertura de un seguro de desempleo; en la imposición, cuando se crea una línea oficial de financiación a la vivienda, de límites en comisiones, incluso de tipos de interés o imposición de un tipo de interés fijo (sobre todo si ya está subvencionado oficialmente un tramo del mismo). Y, por tanto, frente a las ineficientes actuales subvenciones o ayudas a fondo perdido debería optarse, con menos gasto público y más garantía para el adquirente e incluso para la Entidad financiadora, por el fomento de medidas de cobertura o aval que permitan hacer realidad los posibles *aplazamientos durante el tiempo de paro, o incluso que los intereses durante dicho tiempo corran a cargo de la Administración Pública o del ya dicho seguro de cobertura de desempleo.* Este podría contratarse o estar garantizado —de ser colectivo— con gasto público inferior al que conlleva una subvención inicial<sup>3</sup>, de dudosa utilidad para el adquirente —por estar ya trabajando—, que muy escasamente disminuye la cuota, si no es vía para que se diluya la subvención con otros costes hipotecarios o de precio de adquisición de la vivienda. Parecería algunas veces que el*

precio se fija en razón a la cuota hipotecaria que se puede pagar, no al valor de la cosa —es decir, casa o vivienda— en sí.

- d) *Debería distinguirse en qué medida debe fomentarse el acceso a la propiedad y en qué medida lo que se debe garantizar es la vivienda con carácter vitalicio (de larga duración o simplemente temporal si es la primer vivienda para emanciparse);* al efecto, están los derechos reales limitados de goce y uso, que pueden ser tanto de carácter vitalicio como temporal, e incluso con disposición controlada por parte del titular, y también, los derechos personales, como el arrendamiento protegido, de larga duración o con prórroga indefinida —incluso tácita— y el arrendamiento con opción de compra como vía para poder pasar desde el mero arrendamiento a la propiedad.
- e) Desligar en la medida de lo posible que la vivienda protegida tenga que ir unida a los ciclos económicos, es decir, debería ser anticíclica y, desde luego, impedir la especulación (inherente al suelo<sup>4</sup> y, por tanto, también presente en la vivienda protegida desde el momento en que pueden descalificarse *ad libitum*, prácticamente, las de promoción privada) y *facilitar mecanismos para que el suelo destinado a vivienda protegida permanezca como tal perpetuamente, la vía más adecuada sería el derecho de superficie.*
- f) *La financiación hipotecaria, la refinanciación y la ejecución hipotecaria deberían contemplar expresamente la vivienda protegida.* No puede desconocerse que tiene un límite máximo de precio, que debe destinarse a domicilio habitual y permanente y que incluso, según su modalidad, el titular no puede tener más de unos determinados ingresos o incluso tiene que ser persona física.

Sobre estos puntos que acabo de exponer y, desde luego, básicamente desde una óptica contractual, es desde donde se consideran los epígrafes que siguen.

## 2. BENEFICIARIOS SIN RECURSOS SUFICIENTES Y POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS DE FINANCIACIÓN

El primer problema para poder dar solución al derecho constitucional a la vivienda es el de la falta de recursos económicos suficientes de los posibles adquirentes o beneficiarios de los programas de vivienda de la Administración Pública o entes u organismos dependientes de ella que actúan de promotores. Y es que, para bien o para mal, hoy lo que hay es exceso de vivienda construida<sup>5</sup>.

La posible solución, o consideración de los instrumentos jurídicos que puedan resolverlo o paliarlo, debe partir de la necesaria segmentación de la amplia gama de potenciales adquirentes. Así, debería atenderse no solo a sus ingresos, sino a sus expectativas vitales derivadas de su edad y/o estado civil, a lo que se une que habrá los que tienen nulos ingresos —sea por su situación laboral u otras situaciones de desvalimiento, por carencias físicas o psíquicas o de violencia de género, etc.—, junto a los que pueden destinar parte —aunque sea escasa— de sus ingresos pero que, por su escasa cuantía (puede que escasamente supere el salario mínimo inembargable) o inestabilidad laboral, necesitan de una sobre-garantía (afianzamiento de terceros, de ordinario los progenitores) al financiarse en el Mercado Hipotecario, es decir, a través de Bancos o Cajas de Ahorro, incluso aunque estos actúen como meros intermediarios de una línea oficial de crédito a la vivienda.

No todos son pues problemas de financiación o, al menos, a ello debe añadirse la distinción entre *situaciones temporales* (en algunos casos de violencia de género) y *situaciones de duración indeterminable* (desvalimiento personal). Y junto a estas situaciones de carácter tem-

poral están las que derivan de la *imposibilidad de prestar una sobre-garantía* (es decir, un afianzamiento de terceros), incluso aunque no se financie el cien por cien del precio de adquisición, situación que en realidad no debería ser tal si ya la vivienda cubre más del importe del préstamo, por lo que también debería legislarse sobre cuándo y cómo pueden exigirse dichos afianzamientos personales o seguros de cobertura de pago del préstamo, tratándose de vivienda protegida.

Ante estas situaciones que en realidad delatan y quedan unificadas por la imposibilidad de acceder a la vivienda, cabe distinguir las situaciones de absoluta falta de medios, las situaciones temporales de necesidad de vivienda —pero que no requieren el tener que acceder a la propiedad o uso indefinido de una vivienda— y, finalmente, aquellas en las que el adquirente sí podría ir pagando regularmente —al menos en tanto no esté en el paro— la cuota mensual hipotecaria pero que por su situación laboral se le exigen unas garantías adicionales (fiadores o cobertura de impago de las cuotas), o se le niega la financiación hipotecaria por la restricción de la financiación. Así, cabría paliar los problemas, aunque sea limitadamente, con las siguientes figuras jurídicas:

a) *El comodato y el precario*. Objeto de amplia jurisprudencia<sup>6</sup> y discusiones doctrinales, en orden a concretar cuándo se da uno u otro, sobre todo en su forma más habitual, es decir, el supuesto de hecho que se da cuando los padres facilitan al hijo que decide vivir en pareja una vivienda de su propiedad y que luego estos padres quieren recuperar si no es su hijo el que continúa ocupándola en caso de ruptura matrimonial o de la pareja.

Para la aplicación de dichas figura jurídicas en el uso de la vivienda protegida, la diferencia esencial entre comodato y precario está en si se presta para un uso concreto, —v. gr. ocupación por derribo de la vivienda— o si, simplemente, se permite ocuparla como un acto de mera tolerancia o a precario, contemplado en el art. 82.3 Ley del Derecho a la Vivienda de Cataluña.

Ambos, comodato y precario, están presididos por la nota de la gratuidad, art. 1740 CC y no tienen una finalidad que vaya más allá de dar solución a supuestos muy concretos de derecho a la vivienda temporal o, incluso, momentáneamente.

A los efectos que aquí nos interesan, el comodato —art. 1749 CC— respondería a aquellas situaciones en que debe satisfacerse *un uso concreto y con una finalidad muy determinada*, v. gr. situaciones de emergencia por hundimiento de la vivienda o similares, durante un periodo de tiempo indeterminado pero determinable por la causa a la que responde. Es decir, desaparecida la causa cesaría el comodato (una vez reconstruidas las viviendas o comprobada su habitabilidad, en el ejemplo puesto).

El precario, en cuanto supuesto de mera tolerancia, podría satisfacer los supuestos tanto de mínima estancia —situaciones de marginalidad extrema— como los de duración indefinida aunque previsiblemente corta.

En todo caso, reitero, aunque útiles o necesarios incluso para casos concretos, no son figuras para dar solución a la necesidad de vivienda, sino para solucionar el problema de tener alojamiento temporal de personas muy concretas.

Distintos son los supuestos que considero a continuación —también referidos a la vivienda protegida de promoción pública— en que se puede alcanzar la propiedad (aunque sea diferida en el tiempo) y obviar los problemas de financiación, así:

b) *El contrato de acceso diferido a la propiedad*. Una de las vías tradicionales con las que solucionar el problema de la vivienda era mediante los contratos de acceso diferido a

la propiedad. En virtud de ellos, el Ente, o Administración Pública promotora, cobraba una cantidad periódica mensual y únicamente se transmitía la propiedad al momento de haberse pagado la totalidad (vid. SSTS, Sala 4.ª, de 8 de julio de 1981 y 19 de mayo de 1982). No se trata pues de venta con precio aplazado dado que la propiedad la sigue ostentando la Administración u ente promotor.

Su utilización —ahora justamente que se dan notorios problemas de financiación— tendría como ventajas el que por tratarse de una Administración Pública, o ente de ella dependiente, no habría problemas de dobles ventas, embargos, etc.; que el adquirente no necesitaría hipotecarse y bastaría poder pagar la cuota periódica y, además, el derecho —derivado del contrato de acceso a la propiedad— sería transmisible a los herederos, si bien, ciertamente, no se sería propietario hasta el total pago. Sin embargo, podría anticiparse y el precio ya estaría concretado en el momento de la venta, por lo que no le afectarían los vaivenes de la inflación (ni, desde luego, tampoco los de la deflación, bastante infrecuente). En la práctica se dan las ventajas de ser «propietario» sin tener que obtener financiación para satisfacer el precio que, por otra parte, ya queda fijado definitivamente al concertarse el contrato de acceso diferido a la propiedad.

Esta fórmula —que fue realmente útil para adquirir sin tener que acudir a financiación ajena— está desaparecida de la misma forma en que desapareció la financiación por los promotores privados mediante el libramiento de decenas de letras de cambio (tantas como vencimientos mensuales o trimestrales); con la financiación mediante el libramiento de letras de cambio al comprador, con la garantía de una condición resolutoria explícita, la financiación correspondía obtenerla al promotor. Esta financiación del vendedor venía dada por el descuento bancario de las letras libradas al adquirente. Con este mecanismo la entidad bancaria contaba, al descontar las letras de cambio, con la solvencia del comprador y del vendedor (que era quien las descontaba y cuya solvencia era lo relevante para la entidad bancaria). Así, en caso de impago por el adquirente de la vivienda, podía acudir en vía de regreso contra el promotor librador. El adquirente únicamente tenía que aceptar las letras de cambio (con sus gastos de timbre) sin hipotecarse, con el precio ya fijado definitivamente y siendo ya propietario a todos los efectos, pudiendo, por tanto, enajenar a terceros o transmitir a sus herederos, que podrían continuar pagando las letras de cambio pendientes o anticipar el pago.

- c) *La copropiedad*. Puede tener considerable utilidad cuando lo que se necesita es financiar un porcentaje escaso, justo lo que no puede financiarse por superar el límite (del 80 %) establecido por la Ley del Mercado Hipotecario de 1981<sup>7</sup>. Aparece como complemento a la financiación crediticia pero su propia existencia es lo que garantiza el poder obtener la financiación necesaria para pagar el resto de la copropiedad. Esta es una de sus posibles utilidades aunque no la única, dado que también podría contemplarse como vía con escaso importe para poder acceder inicialmente a la propiedad de la vivienda, sin perjuicio de irse adquiriendo más cuota en el condominio sucesivamente, y, todo ello, ajustado con los mecanismos que permitan a la Administración promotora el resarcirse de su importe (actualizando precio de adquisición del resto del condominio, intereses aunque sean muy reducidos, etc.), aunque ello no se produzca hasta el momento de la enajenación.

Tiene como ventaja que se es ya propietario y, por tanto, en la misma medida en que se revalorice la propiedad se revaloriza la cuota, y, desde luego, es transmisible a los

herederos. Desde la óptica sociológica de ser propietario —titularidad dominical tan deseada por el adquirente de vivienda que huye del arrendamiento por considerarlo como un fondo perdido en que se paga para no tener nada, en expresión tan coloquial como impregnada en la mente del ciudadano español—, en efecto, se tendría —y podría inscribirse registralmente— una cuota del dominio.

- d) *La venta a carta de gracia*. Figura típica catalana que en no pocas ocasiones encubría la garantía de un préstamo usurario. Su modificación por Ley 29/1991, de 13 de diciembre, con la finalidad de fomentar el acceso a la vivienda de tipo social, en efecto, permite que, sin tener que pagar el total precio, se pueda acceder a la vivienda al facilitarse la redención en cualquier momento durante el plazo de vigencia de la calificación.

### 3. DERECHOS PERSONALES Y REALES DE GOCE Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA

Si se acepta que el Estado, y las CCAA en cuanto competentes en materia de vivienda, tienen como obligación facilitar el acceso a la vivienda a los ciudadanos, que no es lo mismo que hacerlos propietarios (con posibilidad incluso de especulación —aunque sea limitada— al poderse descalificar si es de promoción privada), la cuestión que cabe plantearse ahora es qué derechos de carácter personal o real pueden satisfacer de modo temporal o vitalicio el derecho a la vivienda.

Al efecto, debe diferenciarse entre arrendamiento y usufructo, sin perjuicio de que dentro de cada modalidad puedan modularse varios pactos ya tipificados, cuando menos socialmente, así:

- a) *El arrendamiento*. Tradicionalmente ha sido una de las vías que ha reconocido la legislación protectora como forma de goce de la vivienda, de suerte que se contempla expresamente el arrendamiento de viviendas de protección oficial en la LAU'94, DA 1.<sup>a</sup>, fijando un plazo propio de 25 años (a falta de financiación), distinto del de 30 años del grupo normativo de 1978. Su línea es continuista respecto del grupo normativo del 78 al partir de la construcción de edificios destinados por entero al arrendamiento, consecuencia lógica de la previsión legal de diferenciar entre construcción para destino exclusivo al arrendamiento y construcciones para su venta. Esta orientación debe entenderse superada con los nuevos Planes de Vivienda y, sobre todo, con la reciente Ley de Derecho a la Vivienda de Cataluña al permitir la calificación como vivienda protegida de viviendas aisladas, que pueden ofrecerse en cualquiera de las modalidades susceptibles de dar alojamiento.

Como mero *excursus* cabe indicar que el arrendamiento también podría ser solución para los supuestos de viviendas adjudicadas por impago en que incluso el mismo que ha perdido la propiedad pudiera continuar como arrendatario, lo que necesariamente exigiría una considerable diferencia entre canon arrendaticio y cuota mensual hipotecaria. Entre las ventajas que presenta el arrendamiento están el que puede acceder al Registro de la Propiedad, aunque sea un derecho personal, y es obvio que, para acceder a la vivienda, aunque solo sea a su uso (que puede ser duradero y estable), no se requiere de ninguna financiación y, además, al ser una renta limitada, como corresponde a la vivienda protegida —pues no es sino un porcentaje sobre el precio máximo de venta de la vivienda—, implica una mayor facilidad para poder satisfacerlo y además favorece la movilidad territorial.



El arrendamiento es una forma de acceso a la propiedad cuyo fortalecimiento ha sido una preocupación constante del legislador y de todas las Administraciones en los últimos decenios, desde luego, con escasos resultados<sup>8</sup>, seguramente fracasado por la facilidad —hoy, finales del 2008, acabada— de acceder a barata financiación que permitía adquirir en propiedad y, en consecuencia, descartar el arrendamiento, pues por escaso mayor importe se podía ser propietario. Por lo expuesto creo que dos cuestiones deben tenerse presentes, para que el arrendamiento pueda apreciarse por el ciudadano necesitado de vivienda:

1.<sup>a</sup> - Que la renta tiene que ser sensiblemente inferior al precio que como cuota mensual de préstamo hipotecario debería satisfacerse para adquirir la propiedad de una vivienda. Desde luego, tratándose de renta limitada como exige la legislación de viviendas protegidas, no debería suponer especial problema lograr esta finalidad.

2.<sup>a</sup> - Que el arrendatario pueda acceder a la propiedad de la vivienda arrendada, a ser posible a voluntad del mismo, sobre todo en la fijación del momento en que podrá ejercitar la opción. Quizás la mejor conjunción sería la de arrendamiento de larga duración o con prórroga forzosa indefinida con opción de compra.

Para dar solución a estas dos cuestiones que acabo de exponer cabe distinguir las dos figuras siguientes, contempladas —ya en cierto modo— por el Decreto 152/2008, de la Generalitat de Cataluña, de 29 de julio, por el que se regula la vivienda concertada y la vivienda en alquiler con opción de compra. Así:

\* *Arrendamiento de larga duración y/o con prórroga tácita indefinida (o pseudo censo enfiteútico)*. La legislación arrendaticia de 1964 consagró el arrendamiento con prórroga forzosa que, aunque resolvió el problema de la vivienda en aquel momento, siquiera fuese limitadamente, a la larga, devino —sobre todo a partir de los años 80— en un problema, pues a la escasa renta que percibía el propietario se unía el también mínimo gasto que hacía en el mantenimiento del edificio. No cabe olvidar que la declaración del estado de ruina no dejaba de ser una de las causas de desahucio<sup>9</sup>.

El conocido como Decreto Boyer<sup>10</sup> permitió que no tuviese que pactarse imperativamente la prórroga forzosa, lo que permitió restablecer al arrendamiento en su verdadera estructura y función. Hasta entonces el arrendamiento con prórroga forzosa permitía que prácticamente pudiera equipararse —en su función práctica— con el censo enfiteútico, pues había un propietario que debía soportar indefinidamente al arrendatario y este que pagaba un canon o renta que más parecía (por su escasa cuantía) un reconocimiento de la propiedad que no una verdadera renta equivalente al valor de lo que se disfrutaba. Sin olvidar que, además, el arrendatario podía adquirir la propiedad caso de transmitirse por un precio muy alejado del de mercado (art. 53 LAU'64).

El que se suprimiera el carácter imperativo de la prórroga forzosa no quiere decir que no pueda fijarse por un plazo temporal, o incluso de forma indefinida si es voluntad de los contratantes. Por tanto, entiendo que en materia de vivienda protegida debería fijarse un largo plazo (bien pudieran ser los 10 años que para los suelos libres fija el Decreto catalán 152/2008) de duración del arrendamiento o que fuera prorrogable tácita y anualmente a voluntad del arrendatario hasta un plazo máximo que puede ser el de los diez o quince años o hasta alcanzar una determinada edad. El arrendamiento, desde luego, debe dar estabilidad al arrendatario, pues no se trata solo de ocupar dicha

vivienda, sino de las relaciones que pueden trabarse en el barrio con todas sus consecuencias laborales, vecinales, colegiales si se tienen hijos menores, etc.

En suma, el arrendamiento de vivienda protegida<sup>11</sup> debe contemplar tanto la limitación de renta como la duración no ya mínima sino prolongada, quizás más unida a alcanzar una determinada edad que a unos plazos concretos y, desde luego, a voluntad del arrendatario el que anualmente se vaya prorrogando el arrendamiento.

**\*\* El arrendamiento con opción de compra.** La crisis de venta de la vivienda libre unida a la escasez de financiación ha llevado a que los propios promotores hayan acudido a la figura del arrendamiento con opción de compra<sup>12</sup>. Debe destacarse que cuando la opción es cláusula o pacto adicional del arrendamiento puede durar tanto como el mismo arrendamiento e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En el arrendamiento con opción de compra debe distinguirse claramente: a) El momento en que se fija el precio de adquisición, necesariamente al celebrarse el arrendamiento, salvo en las viviendas protegidas en que al poderse determinar legalmente podría deferirse al momento de ejercicio, dado que sería perfectamente determinable. Pero también debe destacarse que en este caso el adquirente sufre los vaivenes del precio de la vivienda, oscilantes como pocos en tiempos de crisis; b) El porcentaje que de la renta satisfecha se imputará como pago anticipado del precio, debería si no es total ser muy aproximado a la total renta que se satisfaga; y c) El plazo para el ejercicio que debería ser no solo el de la total duración del arrendamiento, sino un plazo sobreañadido por si se necesita financiación o, simplemente, contrastar las posibilidades de adquirir o volver a arrendar.

**\*\*\* La masovería urbana,** como la venta a carta de gracia, no son sino instituciones tradicionales catalanas, caídas en desuso pero que el legislador ha querido revitalizar con finalidades manifiestamente distintas a aquellas con las que nacieron pero que bien podrían ser útiles, como una medida más, para acceder a la vivienda, sobre todo la masonería urbana en el ámbito de las poblaciones rurales.

b) *El usufructo.* Tradicionalmente no se ha contemplado nada más que la propiedad o el arrendamiento, es decir, un derecho real pleno o simplemente un derecho personal; sin embargo, como figura que podría resolver varios problemas presentes en el disfrute de la vivienda está el usufructo (con el que podría alcanzarse —sin llegar a serlo por no estar admitida— una figura similar a la propiedad temporal anglosajona), al que incluso podría añadirse la facultad de disposición debidamente delimitada. Así, podrían solucionarse los siguientes problemas:

1.º - El del precio, al no tenerse que satisfacer el valor de la nuda propiedad, que por otra parte conservaría el transmitente (o Administración o ente dependiente actuante). También, y según los casos, puede ser gratuito; así quizás podría ser en los de corta duración o para causas concretas.

2.º - Su estabilidad e inscribibilidad al tratarse de un derecho real de uso que, además, permite transmitirse (*inter vivos* o *mortis causa*, art. 561-9 CCCat.) durante su plazo de duración (no necesariamente tiene que ser vitalicio, sino que podría durar un plazo similar al de duración de la vida útil del edificio o vivienda), al haber dejado de ser personal (a diferencia del Derecho romano).

3.º - El derecho de adquisición preferente del nudo propietario, contemplado en el art. 561-10 CCCat., que permite el control de las transmisiones.

4.º- Uniéndole la *facultad de disposición* (arts. 561-21 a 561-24 CCCat. aunque alcanzables idénticos efectos por vía convencional en el CC español) no del derecho de usufructo, sino de la total finca —incluida por tanto la nuda propiedad—, aunque se sujetase al previo asentimiento del nudo propietario y cobro del valor de la nuda propiedad en el momento de la enajenación, sería también un modo de disminuir el precio de adquisición y, sin mermar el disfrute del adquirente —equivalente a la propiedad, al ostentarse los derechos de uso y goce y el de disposición—, se lograría retener por la Administración actuante el control sobre las transmisiones al tener que prestar su asentimiento, que incluso podría darse por adelantado para actos concretos, por su naturaleza o cuantía.

#### **4. EL DERECHO DE SUPERFICIE: SU INFLUENCIA EN LA TITULARIDAD DEL SUELO Y EN EL PRECIO DE TRANSMISIÓN**

Acabo de referirme al usufructo de disposición en el que no hay propiedad dividida. Tampoco la hay en el derecho de superficie, entendido como derecho real limitado (así configurado en la amplia regulación catalana, arts. 564-1 a 564-6 CCCat.) y no como forma enfitéutica. En ambos puede disminuirse el precio de adquisición al no adquirirse en un caso la nuda propiedad y, en el otro, el derecho de superficie, el suelo.

El derecho de superficie es evidente que quiere revitalizarse como forma de facilitar la construcción y explotación de viviendas protegidas<sup>13</sup>. Su utilidad resulta evidente al conservarse la propiedad del suelo (con la consiguiente limitación a la posible especulación), pues solo se transmite la propiedad separada sobre el edificio construido o por construir. Cabe destacar que puede concederse a la misma constructora-promotora la facilidad de cobrarse mediante la explotación del edificio dividido horizontalmente; esta posibilidad de división horizontal del edificio y la enajenación de las entidades resultantes es una de las cuestiones que quedan resueltas en la nueva legislación civil catalana, así, art. 564-4.2.c) CCCat., posibilidad que puede encontrar dificultades en el CC al considerarse el suelo como elemento común —art. 396 CC—, pero que podría superarse consintiendo el propietario del mismo a conceder el derecho de superficie.

¿Qué ventajas e inconvenientes puede presentar el derecho de superficie como modalidad de goce de una vivienda protegida? Al efecto, cabe distinguir lo siguiente:

- 1.º - *El carácter unitario del derecho de superficie*<sup>14</sup>. No cabe ya distinguir con la nueva legislación del suelo entre superficie urbana y urbanística; además en Cataluña estaría la nueva regulación civil ya dicha, por lo que debe entenderse superada la STS de 26 de noviembre del 2002 y la discusión doctrinal, nacida en gran medida por la discrepancia entre la legislación del suelo y el Reglamento Hipotecario, no obstante que este no era sino una mera norma reglamentaria. Aunque, desde luego, cabía entender que con sus limitaciones es como únicamente podía acceder al RP cualquier derecho de superficie que no fuere el urbanístico, sin ser tampoco fácilmente aceptable. Pero por la finalidad del presente estudio no es hora de entrar en estos debates que, reitero, parecen haberse resuelto a favor del carácter unitario.
- 2.º - El derecho de superficie únicamente cabrá sobre los *suelos de dominio privado o patrimoniales*, es decir, que no sean dominio público, pues aquí habría que acudir a la concesión administrativa<sup>15</sup>.

- 3.º- Su larga duración (hasta 99 años en el CCCat., art. 564-3.2.a)) prácticamente coincidiría con la *vida útil del edificio*. Una cosa es que los edificios al cabo de 99 años sigan en pie y otra bien distinta es que sus distintos pisos o entidades puedan seguirse utilizando o considerándose susceptibles de utilizarse. Bastaría recorrer los edificios del casco antiguo de nuestras poblaciones y ver su fecha de construcción y estado actual de sus viviendas y elementos comunes, al margen la fachada y la cubierta que pueden seguir cumpliendo su función, pero no así otras instalaciones.
- 4.º- La propiedad separada sería sobre el edificio, ya he señalado que *susceptible de dividirse horizontalmente y explotarse por entidades*, por lo que disminuiría el precio al no tenerse que enajenar o computar el valor del mismo. Tanto el titular del derecho de superficie, como el del suelo, podrían pactar el régimen de sus derechos respectivos (vid. art. 564-4 CCCat., sobre régimen libremente pactable), pudiendo acordarse la limitación de la disponibilidad de los superficiarios.

Su asimilación al censo enfiteútico está contemplada en el art. 564-4.5 CCCat.

En todo caso, creo que el derecho de superficie es solo útil como medida para explotar en arrendamiento o en el propio derecho de superficie, mientras que prácticamente idénticos efectos y con más amplitud sobre los suelos recayentes podrían lograrse, con el usufructo, debidamente modulado, con facultad de disposición.

El gran problema del derecho de superficie será el de la financiación tanto del propio derecho, así para construir el edificio —aunque sea da en la práctica para otras finalidades que no son la construcción de edificios para viviendas—, como para su ulterior transmisión.

## 5. VIVIENDAS LIBRES CONVERTIDAS EN PROTEGIDAS

En su momento se admitió la «conversión» de viviendas libres e incluso de protección oficial en segunda transmisión como *viviendas de precio tasado*, que no eran viviendas protegidas aunque gozaban de ciertos beneficios y obligaciones —no prohibiciones de disponer— de no vender por cinco o diez años. Según el Plan de Vivienda, hoy parecería que ante la descomunal cifra de viviendas libres (entre 800 000 y 1 500 000, según los cálculos y la inclusión de solo las de nueva construcción o también las usadas) en espera de comprador y la dificultad de acceder a las mismas se quisieran reconvertir en protegidas o en vivienda concertada<sup>16</sup>.

Al efecto, cabría alegar que no hay nada que objetar, pero con condiciones, pues parecería beneficioso que si reúnen los requisitos para *calificarlas como VPO* (superficie máxima, precio máximo de enajenación, etc.) y dado que no tienen que ser bloques o edificios enteros que así se califiquen, sino unidades o entidades concretas, que así se haga, pero desde luego, respetando escrupulosamente la legislación ya vigente.

La reconversión en *vivienda concertada* con precio intermedio entre la VPO y el mercado libre no dejaría de ser una extensión de la protección a la vivienda, plausible según las circunstancias, lugar y tiempo en que se aplique, aunque, en todo caso, muy discutiblemente puede decirse que se protege al adquirente y no al que tiene necesidad de vender, para lo que bastaría con rebajar los precios. En cualquier caso, demuestra la necesidad de regular una verdadera acción o fomento de la vivienda protegida y de segmentar claramente qué y a quién se quiere proteger o hacerla accesible la vivienda.

Como indicaba al principio, resulta muy discutible el precio en base al Módulo Básico Estatal (MBE) por la gran diferencia de precios entre las distintas poblaciones de las diferentes CCAA y las muy distintas necesidades de la población de cada una de las mismas. No

desaparece la gran diferencia por razón de las zonas que pueden crearse o existir y la diferencia que pueden fijar las CCAA.

La cuestión sería ir más allá de los Planes de Vivienda, que deberían ser de eminente contenido financiero, para definir por ley —en lo que competencialmente puede todavía legislar el Estado— una nueva política de vivienda que supere la ya obsoleta legislación del 78 y, desde luego, debería distinguir claramente entre beneficiarios —por razón de edad y necesidades (emancipación, exclusión social, situaciones transitorias, etc.)—, tipología de vivienda, posibilidad de descalificación y fórmulas de acceso a la vivienda.

Los ingresos, que reiteradamente parecían la esencia de la regulación, no deberían ser sino algo relativo cuando se ha demostrado que, incluso con ingresos varias veces superiores al IPREM, hasta el 6,5 para el régimen concertado<sup>17</sup>, el acceso a la vivienda resulta prácticamente imposible para amplísimas capas de la sociedad.

Sí debería ser esencial, salvo que se adquieran por personas jurídicas, con objeto específico para destinarlas a arrendamiento, que junto a solo poder adquirir personas físicas se tuviese que destinar a domicilio habitual y permanente y, desde luego, no fueran descalificables, pues una cosa debería ser la ayuda financiera a la adquisición de la vivienda y otra muy distinta el acceso a la vivienda protegida, siempre a disposición del ciudadano en condiciones asumibles cuando la necesite.

## 6. TASACIÓN INMOBILIARIA Y MERCADO HIPOTECARIO

La tasación inmobiliaria es imprescindible para toda clase de vivienda sea o no protegida, sobre todo por la amplitud de la descalificación. Distinto sería si no pudiese descalificarse, dado que su precio máximo sería el valor de tasación.

Ya he señalado también cómo la legislación del Mercado Hipotecario garantiza que las viviendas sociales puedan entrar en dicho mercado hipotecario<sup>18</sup>. El problema, no obstante, subsiste —en la medida en que no haya financiación—, lo que demuestra la conveniencia de que no tenga que satisfacerse el precio íntegro al momento de adquirirse, y ello podría evitarse acudiendo a otras modalidades que no impliquen el pago de contado al principio, *v. gr.* el arrendamiento, si bien también debe precisarse que actualmente se exige que se hipoteque el pleno dominio; en consecuencia, no todas las posible modalidades de goce de la vivienda admiten la financiación en el mercado hipotecario.

La financiación también influye en el tiempo de duración del sometimiento de la vivienda adquirida al régimen protector. No parece tampoco de especial recibo, salvo que, una vez más, se confunda financiación con acceso a la vivienda. Reitero que creo que debería quedar muy clara la diferencia entre lo que son medidas financieras y lo que es creación de vivienda accesible.

## 7. CONCLUSIONES

Como conclusiones creo que debe destacarse, a grandes rasgos, la necesidad de fomentar una nueva legislación que contemple claramente la vivienda como un derecho subjetivo, es decir, no confundir política de vivienda con política financiera de acceso a la vivienda, aunque puedan interferirse. También la necesidad, como ha hecho la legislación catalana, de habilitar cuantas fórmulas contractuales sean factibles, de carácter personal o real, para gozar del uso de la vivienda. Desde luego, las diversas fórmulas deben segmentar por razón de la edad, de las necesidades vitales y de los medios económicos del necesitado de vivienda, no de alojamiento por circunstancias temporales.

Desligar la vivienda, en cuanto sea posible, de los ciclos económicos, subvencionar los intereses, dar ayudas directas, etc., facilita la posible adquisición cuando el sistema financiero no tiene problemas de financiación, lo que hoy no es así. Por tanto, debería acudir a figuras contractuales que no requieran de financiación, para lo que está la figura del acceso diferido a la propiedad o el arrendamiento con opción de compra, ya conocida en otro tiempo.

La vivienda en cuanto derecho subjetivo debe separarse de la descalificación; la financiación privilegiada —o el reintegro de los posibles beneficios— no es estrictamente hacer posible —sino mediatamente— el acceso a la vivienda. Por tanto, una cosa sería una financiación cualificada que posibilitaría la vivienda a un considerable grupo de ciudadanos y que revertidos los beneficios podría descalificarse, y otra cosa distinta sería facilitar el uso de la vivienda, ahora sí no descalificable.

## Notas

---

- 1 Se trata de la intervención en la Jornada que, bajo el título de *La nueva legislación de vivienda y la crisis inmobiliaria: la capacidad de respuesta desde el Derecho*, se celebró el día 10 de noviembre del 2008 en el Saló de Graus de la Facultat de Dret, en la Universitat de Barcelona, con ocasión de la presentación de la obra en que he colaborado, coordinada por PONCE SOLÉ, J. y 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 lo que supusieron en aquel momento y en el devenir de la legislación protectora —incluso en materia de arrendamiento de viviendas protegidas—, debe acudir a ORTEGO GIL, P. 2006. *Las casas baratas (La obra del Instituto de Reformas Sociales)*. Madrid: Iustel, sobre todo, pp. 193-306, para lo concerniente al fomento de la propiedad y el alquiler en su contraste con la situación en Europa.
- 3 Denominada AEDE (Ayuda Estatal Directa a la Entrada) y regulada en el art. 44 RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012; ciertamente que este importe puede destinarse al seguro de cobertura de desempleo que ofrecen las entidades de crédito, pero entiendo que debería estar casualizado y, quizá, incluso ser colectivo y suscrito por la propia Administración, por los menores costes que supondría.
- 4 Resulta esclarecedor, a pesar de ser de hace ya prácticamente tres lustros, en el ámbito de la incidencia del suelo en el precio de la vivienda, el conjunto de artículos recopilados en AA. VV. 1995. *Suelo y precio de la vivienda*, Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid. Madrid: Civitas. Sobre todo desde la óptica económica: SAN MARTÍN VARÓ, I. «Las dificultades para el acceso a una vivienda» (73-83); y también HIERRO RECIO, L. A. «Precio, rentas del suelo y gasto en vivienda», (191-200). Y desde la óptica del suelo: 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); y CASES PALLARÉS, L. «Inventario de problemas del suelo» (55-72).
- 5 Resulta reveladora de la situación actual, e incluso del futuro, la obra de GARCÍA MONTALVO, J. 2008. *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado*. Barcelona: Antoni Bosch editor; y su propia web: <http://www.econ.upf.edu/~montalvo/nvivienda.htm>
- 6 La diferenciación jurisprudencial de ambas figuras puede verse, recientemente, 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*, 92 (13-32).

- 7 Ha sido reformada por 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. Así, el nuevo art. 5.1 precisa que «en ningún caso podrán ser excluidos como bienes hipotecables las viviendas de carácter social que gocen de protección pública». Y en el n.º 2, último párrafo, dice 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, del 80 por ciento, que entiendo debe relacionarse con los porcentajes a los que alude el primer inciso y que, por tanto, no excluye que conforme al n.º 4 del mismo art. 5, pueda incluso en las viviendas protegidas alcanzar hasta el 95 por ciento.
- 8 Sobre posibles soluciones a través de los fondos de inversión inmobiliaria 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, en lo concerniente a la modificación de la legislación arrendaticia al objeto de facilitar la celebración de este contrato.
- 9 Vid., al efecto, MÁRQUEZ ESPADA, C. 1991. *Manual jurídico del constructor*. Elcano: Aranzadi (95-96).
- 10 En concreto, art. 9. Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos, del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de Medidas de Política Económica (BOE n.º 111, de 9 de mayo de 1985).
- 11 Vid., arts. 22-23, reguladores del programa de promoción de vivienda protegida en alquiler, RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.
- 12 Esta modalidad contractual está contemplada por el *Decret* (Generalitat de Catalunya) 152/2008, de 29 de julio, por el que se regula la vivienda concertada y la vivienda de alquiler con opción a compra, y se adoptan otras medidas en materia de vivienda.
- 13 Una amplia consideración al efecto puede encontrarse en COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008. «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 710 (2281-2295).
- 14 Singularmente defendido por COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008: «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *op. cit.*, (2286-2287); si bien a favor de seguir abierto el debate sobre el carácter unitario o no, puede verse 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*, 14 (15-40) (impresión folio 1-21, por donde se cita). En concreto, pp. 9-11, para afirmar que aunque podría deducirse el carácter unitario no es, sin embargo, 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», a lo que cabría oponer que la legislación registral, en todo caso, regularía cómo accedería el derecho de superficie, pero no su contenido y, en todo caso, en Cataluña creo que resulta indiscutido el carácter unitario.
- 15 Lo resalta COBACHO GÓMEZ, J. A. 2008: «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *op. cit.*, (2288-2289), citando al efecto la STS de 1 de octubre del 2003 en que, constituido un derecho de superficie por el Ayuntamiento de Zaragoza sobre bienes de dominio público, no lo admite por exigir su previa desafectación.
- 16 Así lo contempla el ya citado *Decret* (Generalitat de Catalunya) 152/2008, de 29 de julio, por el que se regula la vivienda concertada y la vivienda de alquiler con opción a compra, y se adoptan otras medidas en materia de vivienda.
- 17 Vid., art. 2 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.
- 18 Vid. NOGUERAS LOZANO, M. T. 1996. *La financiación del Mercado Hipotecario Español desde 1981*, Madrid: Uned (29-34), para los planes hasta entonces promulgados.